Universidad de Jaén

Escuela de Doctorado

TESIS DOCTORAL

•

CONSTITUCIÓN *vs.* TRATADOS INTERNACIONALES: la previsión constitucional de la retroactividad penal en Bolivia

PRESENTADA POR:

MARÍA MICAELA ALARCÓN GAMBARTE

DIRIGIDA POR:

Dr. JUAN LUIS JIMÉNEZ RUIZ

JAÉN, 2020

Don JUAN LUIS JIMÉNEZ RUIZ, Doctor en Derecho y Profesor en el Departamento de Derecho Público y Privado Especial, Área de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Jaén,

HACE CONSTAR:

Que Dª. MARÍA MICAELA ALARCÓN GAMBARTE, licenciada en Derecho, ha realizado en las Áreas de Derecho Internacional Público y RR. II. e Historia del Derecho y de las Instituciones, de la Universidad de Jaén, bajo mi tutela y dirección, el trabajo de investigación correspondiente a **su Tesis doctoral, con el título:** ***CONSTITUCIÓN VS. TRATADOS INTERNACIONALES: LA PREVISIÓN CONSTITUCIONAL DE LA RETROACTIVIDAD PENAL EN BOLIVIA.***

Revisado convenientemente el citado trabajo, estimo que **PUEDE SER PRESENTADO** al Tribunal que ha juzgarlo, según lo prescrito en la normativa reguladora de los estudios de Doctorado de la Universidad de Jaén (España).

POR TODO LO EXPUESTO:

AUTORIZO la presentación de esta Tesis en la Universidad de Jaén, lo que firmo a los efectos oportunos, en Jaén, a 04 de mayo de 2020.

Fdo. Dr. Juan Luis Jiménez Ruiz.

UNIVERSIDAD DE JAÉN

CONSTITUCIÓN VS. TRATADOS INTERNACIONALES: LA PREVISIÓN CONSTITUCIONAL DE LA RETROACTIVIDAD PENAL EN BOLIVIA

Dirigida por:

Dr. Juan Luis Jiménez Ruiz

Elaborada por:

María Micaela Alarcón Gambarte

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO
UNIVERSIDAD DE JAÉN

Porque un niño nos es nacido, hijo nos es dado, y el principado sobre su hombro; y se llamará su nombre Admirable, Consejero, Dios Fuerte, Padre Eterno, Príncipe de Paz. Isaías 9:6

Agradecimientos.

Seré breve. A quienes constituyen un valor especial para mi, en este camino por el que he transitado, donde ciertamente he visto a la luz vencer...

Profundamente a mis Padres Rafael y Marlene, a mi querida Abuela Marlene, a mi Tío Dr. Carlos Alarcón y a mi Director, mentor en la eximia acepción del vocablo, Juan Luis Jiménez Ruiz.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN **1**

CAPÍTULO I. EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA: FUNDAMENTOS DE SU DISEÑO CONSTITUCIONAL **9**

1. PLANTEAMIENTO GENERAL **9**

2. LA CULTURA CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA **10**

2.1. Génesis de la identidad constitucional del Estado **21**

2.2. Premisas sobre la Constitución Política del Estado (2009) **23**

2.2.1. *Antecedentes político-jurídicos* **23**

2.2.2. *La previsión de reforma* **44**

2.3. El Estado «Plurinacional» **50**

2.4. El diseño constitucional de la estructura del Poder Público **54**

2.5. El sistema de Fuentes del Ordenamiento jurídico **58**

2.6. ¿Cláusulas pétreas? **72**

2.7. El individuo en el marco de la Constitución **82**

3. EL DISEÑO JURÍDICO ORGANIZATIVO INTERNO DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA **86**

3.1. Parámetros constitucionales actuales: territoriales y competenciales **87**

3.1.1. *Elementos sobre la organización del Sistema* **89**

3.1.2. *Autonomía y Competencias en los niveles territoriales internos del Estado* **96**

3.2. Caracterización jurídica de los niveles infraestatales **100**

4. LA APERTURA Y CONEXIÓN DE BOLIVIA A LOS SISTEMAS INTERNACIONALES **104**

4.1. Previsión constitucional **104**

4.2. Los tratados internacionales y su posición jerárquica 107

4.3. Procedimiento de negociación, adhesión y recepción de tratados internacionales 110

4.3.1. *El control previo de constitucionalidad de tratados internacionales* 113

4.3.2. *Las Reservas a los tratados internacionales* 118

4.4. Enmienda y modificación de tratados internacionales 119

4.5. El procedimiento *ex post* y la denuncia de tratados internacionales 120

4.6. Nulidad, suspensión de la aplicación y terminación de los tratados internacionales 121

5. RECAPITULACIÓN 123

CAPÍTULO II. EL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN JURÍDICO MULTINIVEL DE BOLIVIA: ESTRUCTURA Y CONFIGURACIÓN 125

1. PLANTEAMIENTO GENERAL 125

2. LA PERSPECTIVA MULTINIVEL DEL DERECHO COMO TÉCNICA DE CONEXIÓN SISTÉMICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO BOLIVIANO 126

2.1. La protección multinivel de los Derechos humanos 131

2.2. Multinivel normativo: el Bloque de constitucionalidad 136

2.3. Multinivel institucional-jurisdiccional: la interacción entre tribunales estatales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos 146

3. EL NIVEL INTERNACIONAL GENERAL COMO MARCO EN EL QUE SE INTEGRA EL SISTEMA INTERNACIONAL REGIONAL AMERICANO 150

3.1. La Carta Internacional de los Derechos Humanos 152

3.2. Los mecanismos convencionales 154

3.3. El Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional 156

4. EL NIVEL INTERNACIONAL REGIONAL AMERICANO COMO MARCO DE INTEGRACIÓN DE BOLIVIA A TRAVÉS DEL SISTEMA SUBREGIONAL LATINOAMERICANO 159

4.1. Organización de Estados Americanos 160

4.1.1. *Documentos básicos del Sistema Interamericano de Derechos humanos* 164

4.1.2. *Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos humanos*..... 170

4.2. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 188

4.2.1. *Efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.....190

4.2.2. *Elementos transversales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: los principios de legalidad e irretroactividad*..... 194

4.3. Bolivia en el marco del Sistema Interamericano de Derechos humanos..... 201

4.3.1. *Los Derechos fundamentales en el nivel estatal*..... 203

4.3.2. *El control de convencionalidad*..... 207

4.4. Otras Organizaciones Internacionales a las que se conecta Bolivia en el Sistema Internacional subregional de América Latina y su previsión sobre los Derechos humanos..... 214

4.4.1. *La Comunidad Andina de Naciones*..... 220

4.4.2. *MERCOSUR*..... 222

4.4.3. *Otras Organizaciones Internacionales del sistema subregional*..... 224

5. RECAPITULACIÓN..... 227

CAPÍTULO III. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD E IRRETROACTIVIDAD Y EL DEBIDO PROCESO: LÍMITES EN EL SISTEMA JURÍDICO BOLIVIANO 229

1. PLANTEAMIENTO GENERAL..... 229

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS EN EL ORDENAMIENTO BOLIVIANO .. 230

3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD..... 243

3.1. Consideraciones en torno a su evolución jurídica..... 244

3.2. El Principio de legalidad en el Derecho boliviano..... 261

3.2.1. *Previsión constitucional y penal*..... 261

3.2.2. *Las garantías política, jurídica e institucional*..... 273

3.2.3. *Relación con la Teoría jurídica del delito*..... 297

3.3. Límite a la aplicación retroactiva de la ley desfavorable..... 304

4. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD 305

4.1. Consideraciones en torno a su evolución jurídica 305

4.2. El Principio de irretroactividad en el Derecho boliviano..... 309

4.2.1. *Previsión constitucional y penal*..... 310

4.2.2. *Las garantías política, jurídica e institucional* 315

4.3. La previsión de la retroactividad favorable 329

4.4. Límite a la aplicación retroactiva de la ley desfavorable..... 332

5. EL DEBIDO PROCESO..... 333

5.1. Consideraciones en torno a su evolución jurídica 334

5.2. El Debido proceso en el Derecho boliviano 341

5.2.1. *Previsión constitucional* 341

5.2.2. *Las garantías política, jurídica e institucional* 344

5.3. Vínculos con el Principio de proporcionalidad: jurisprudencia 364

5.4. La doctrina jurisprudencial de la «Triple Dimensión»..... 370

5.5. Límite a la aplicación retroactiva de la ley desfavorable..... 374

6. RECAPITULACIÓN..... 375

CAPÍTULO IV. LA PREVISIÓN CONSTITUCIONAL DE LA RETROACTIVIDAD PENAL EN EL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO: DISCUSIÓN..... 377

1. PLANTEAMIENTO GENERAL 377

2. LA PREVISIÓN CONSTITUCIONAL DE LA RETROACTIVIDAD PENAL EN BOLIVIA 378

2.1. El artículo 123 de la Constitución Política del Estado..... 379

2.2. La repercusión del artículo 123 en el ordenamiento jurídico boliviano 381

2.2.1. *El Código penal* 382

2.2.2. *El Código de procedimiento penal* 383

2.2.3. *Leyes especiales de naturaleza penal* 384

3. LEY DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO E INVESTIGACIÓN DE FORTUNAS, LEY «MARCELO QUIROGA SANTA CRUZ» 385

3.1. Naturaleza y contenido 385

3.2. Posición en el sistema jurídico 392

3.3. Experiencia práctica en la aplicación de la ley retroactiva desfavorable: casuística localizada en torno a la Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz» 394

4. ¿ANTINOMIA JURÍDICA? 411

5. LÍMITES Y GARANTÍAS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS 415

5.1. El Sistema Internacional general 418

5.2. El Sistema Internacional regional 421

5.3. El Bloque de constitucionalidad y el Control de convencionalidad 425

6. ¿ES POSIBLE EL CONTROL CONVENCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO? 429

7. ¿ES NECESARIA UNA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO? .. 436

8. LA VÍA DE REFORMA CONSTITUCIONAL 440

9. LA PREVISIÓN DE LA RETROACTIVIDAD PENAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS AMERICANOS: MARCO COMPARADO 444

10. RECAPITULACIÓN 451

CONCLUSIONES 453

BIBLIOGRAFÍA CITADA 463

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

ACE	Acuerdo de Complementación Económica.
AEC	Arancel Externo Común.
AEC	Asociación de Estados del Caribe.
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración.
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CAN	Comunidad Andina de Naciones.
CARICOM	Comunidad del Caribe.
CB	Constitución Boliviana.
CDF	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero.
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos.
CEE	Comunidad Económica Europea.
CPI	Corte Penal Internacional.
DIH	Derecho Internacional Humanitario.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
EURATOM	Comunidad Europea de Energía Atómica.
LMAD	Ley Marco de Autonomías y Descentralización.
MERCOSUR	Mercado Común del Sur.
OEA	Organización de Estados Americanos.
OECO	Organización de Estados del Caribe Oriental.
ONU	Organización de Naciones Unidas.
OTCA	Organización del Tratado de Cooperación Amazónica.
PARLASUR	Parlamento del Mercado Común del Sur.
PDESC	Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PO	Protocolo de Olivos.
POP	Protocolo de Ouro Preto.
SAI	Sistema Andino de Integración.
SELA	Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe.
SICA	Sistema de la Integración Centroamericana.
TA	Tratado de Asunción.
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
TM80	Tratado de Montevideo (1980).
UE	Unión Europea.

INTRODUCCIÓN

En la rama del Derecho internacional de los Derechos humanos es manifiesta la trascendencia de los tratados internacionales relativos a esta serie de derechos. Dichos tratados no sólo afianzan la protección de los Derechos y Libertades fundamentales de toda persona sin acepción de ninguna forma, sino que también comprometen a los Estados a cumplirlos y materializarlos en sus propias jurisdicciones nacionales. En virtud de ello se desprende el deber del Estado de respetar los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción. A este tenor KELSEN recuerda que la fórmula *pacta sunt servanda* autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos[1]. BIDART CAMPOS suscribiendo la tesis kelseniana manifiesta que los tratados internacionales se caracterizan porque las normas internacionales sobre Derechos humanos gozan de naturaleza de *ius cogens*. En otros términos se trata de derechos inderogables, imperativos e indisponibles. Además los Derechos humanos forman parte de los principios generales del Derecho internacional público[2].

En efecto, dada la especial importancia de los tratados internacionales sobre Derechos humanos en el actual contexto internacional, es que la jerarquía de los tratados debe ser determinada únicamente por la Constitución nacional. De tal manera que la Constitución es la llamada a decidir el valor de un tratado sobre Derechos humanos en el orden interno y su ubicación en las fuentes de Derecho estatal. A propósito de las palabras del profesor

---

[1] KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*; *introducción a la ciencia del derecho*, trad. NILVE, Moisés, 23a. Edición (de la Edición en francés de 1953), Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1986, p. 1999. Pero más allá KELSEN expresa su propósito jurídico: «...al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para lograr la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada». KELSEN, Hans, *op. cit.*, *Teoría Pura*..., p. 223 y 224.

[2] BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 507.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, quien afirma expresamente que la cuestión de cuál norma debe tener prevalencia en caso de suscitarse un conflicto u oposición entre las normas del Derecho internacional y las del Derecho interno, se rige por el Derecho constitucional de cada país[3].

La idea reseñada debe ser extrapolada al ámbito del Estado, donde se asume la posición monista o dualista del Derecho internacional, que constituye una determinación exclusiva de la propia norma fundamental. En palabras del profesor AYALA CORAO significa que: «las constituciones le otorgan a estos instrumentos internacionales, cuatro tipos de rango o valor: *i*) supra-constitucional; *ii*) constitucional; *iii*) supralegal; y *iv*) legal»[4].

Dicho lo anterior observamos que la Constitución de 2009 *prima facie* reconoce el valor supra-constitucional de los tratados internacionales sobre Derechos humanos. Ante esta situación, no han faltado opiniones, postulando que sólo presenciamos un valor relativo, debido a las contradicciones intrasistema, como ser las contradicciones subsistentes entre uno o varios preceptos constitucionales que regulan el régimen de los derechos. Por otra parte se hace necesario manifestar que la Constitución al tenor literal del artículo 256.II en armonía con el artículo 410.II de la misma Carta expresa de manera clara e inequívoca la tendencia a reconocer el valor supra-constitucional de los tratados internacionales sobre Derechos humanos, siempre que éstos tratados proclamen derechos más favorables a los contenidos en el texto constitucional.

Siguiendo el hilo conductor propuesto, cuando se presenta un conflicto entre una norma que forma parte del orden nacional y una norma atinente al orden internacional en materia de protección de Derechos humanos, desde la concepción del sistema único de normas, es posible especificar que no existe antinomia jurídica, sino que debe apelarse al Principio *pro persona* para resolver la oposición sobrevenida. De tal manera que se aplica la norma que mejor reconozca o amplié la protección de los Derechos humanos, evitando aquella que los restringe. Por lo tanto, en los márgenes del Estado Democrático y de Derecho se

[3] JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *Curso de derecho internacional público*, Centro Estudiantes de Derecho, vol. I, Montevideo, 1959, p. 55.
[4] AYALA CORAO, Carlos, «El derecho de los derechos humanos: La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los derechos humanos», *Lecturas Constitucionales Andinas 3*, Comisión Andina de Juristas, Perú, 1994, p. 55.

admite el Principio *pro persona*, como parámetro de interpretación y hermenéutica en lo relativo a la protección maximizadora de los Derechos humanos.

En este orden de ideas, señalamos que la problemática que abordaremos, se centra en el artículo 123 *in fine* de la Constitución de 2009 que prevé literalmente la retroactividad de la ley en materia de corrupción para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado y en el resto de los casos señalados por la Constitución. En este contexto constatamos la oposición que existe entre el orden nacional y el orden internacional, o en otros términos, entre el precepto constitucional y los principios de legalidad e irretroactividad. Principios que se consagran ampliamente en los instrumentos internacionales sobre Derechos humanos, que han sido suscritos por el Estado boliviano. Evidentemente desde la primera Constitución de Bolivia de 1826 hasta la Constitución de 2004, ningún texto constitucional ha reconocido la retroactividad de la ley penal desfavorable, pues constituye un precepto *ex novo* en el constitucionalismo boliviano.

Por tanto, completamos el posicionamiento de la irretroactividad en el sistema jurídico, enunciando que desde el ámbito de Derecho penal, la retroactividad de la ley sólo puede operar en favor del encausado penalmente. Efectivamente, la retroactividad favorable está consagrada en las Constituciones y en los Códigos penales de los países que conforman América. En el caso particular de la Constitución de 2009, resulta que el artículo 123, dispone que la retroactividad podrá ser aplicada en tres supuestos: *i*) en materia penal, en favor del imputado, *ii*) en materia laboral, cuando beneficia al trabajador y *iii*) en materia de delitos de corrupción y otros casos señalados por la Constitución. De modo que al consagrar la Constitución ésta tercera excepción, que *ad litteram* reconoce la retroactividad de la ley penal en materia de corrupción, colisiona frontalmente con el principio latino: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. No obstante, puntualizamos que el Principio de legalidad no sólo se agota en la clásica fórmula fraguada por FEUERBACH, sino que se complementa con cuatro atributos nucleares, éstos son: *i*) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, ii*) *nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta, iii*) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* y *iv*) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*.

Recordemos que en el transcurso de la historia el Principio de irretroactividad alcanzó reconocimiento. Desde Platón que pone en boca de Sócrates éstas palabras: «Lo que la

ciudad tiene en mira al darse leyes, es lo útil… Y lo útil se refiere al tiempo futuro, pues cuando damos leyes, sólo las damos para que puedan ser útiles en un tiempo venidero, y este lo llamamos precisamente futuro» (Teeteto, 177-178). De igual modo en las fuentes romanas evidenciamos la presencia del Principio de irretroactividad de las leyes: «*Leges et constitutiones futuris certum est dare forman negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore et adpendentibus negoliis cautum sit* (Es cosa cierta que las leyes y Constituciones regulan los asuntos futuros, sin recaer sobre los hechos pasados, a no ser que también se trate expresamente del tiempo pasado y de asuntos todavía pendientes)» (Cod. XIV, 7).

En el mismo sentido, Ulpiano enseñaba: «*Quotiens de delicto quaeritur, placuit non eam poenam subiré quem debere, quam condijo eius admittit eo tempore quo sententia de eo fertur, sed eam quam sustineret, si eo tempore esset sententiam passus cum deliquisset* (Siempre que se trate de un delito, plugo -al legislador- que el reo deba sufrir, no aquella pena que admite de su condición de tal -de reo- en el tiempo en que es sentenciado sino aquella que sufriría si hubiera sido sentenciado en el tiempo en que delinquió)» (Dig., 48, 19, de poenis, fr. 1). Por su parte el Derecho canónico codificaba el mismo principio: «*Leges respiciunt futura, non praeterita, nils nominatim in eis de praeteritis caveatur* (Las leyes miran lo futuro, no lo pasado, a no ser que en ellas se haga expresamente referencia a los pasado)» (Cod. iur. can., can. 10). De lo que extraemos que este principio fundamental del Derecho penal aparece recogido en las primeras legislaciones y así fue trasladado a los Códigos penales de la modernidad.

Al hilo de lo anterior, debemos puntualizar que la retroactividad de la ley punitiva no contempla ninguna justificación jurídica en el marco del Estado de Derecho. En opinión del profesor ROXIN: «La prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad político-jurídica por el hecho que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar *a posteriori* las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables»[5]. En esta línea se sitúa MAGGIORE, quien matiza: «Para desenmascarar lo irrazonables de esta, tal como observaba Carrara 'El delito es un ente jurídico, constituido por una relación de contradicción entre un hecho y la ley; y no puede haber contradicción entre lo

[5] ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, trad. y notas LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, y VICENTE REMESAL, Javier, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 161.

que se hace y una ley que todavía no existe'»[6]. En efecto, el Derecho penal, atendiendo principalmente al ideal de justicia, sentencia la prohibición de las leyes penales *ex post facto*. Principio que se proclama en casi todas las Constituciones de Iberoamérica.

Por tanto, a la luz de esta sucinta contextualización, precisamos que el objeto en sí mismo del presente estudio, se centra en analizar la posición binómica Constitución/Tratados internacionales en lo referido a la aplicación de la retroactividad de la ley penal en materia de corrupción, dispuesta taxativamente en el artículo 123 *in fine* de la Constitución. Determinada ésta oposición entre la norma interna y la norma internacional, cabe plantearnos cuál de ellas prevalece dada la materialización del precepto citado. Cuestión que responderemos tomando en cuenta el plano jurídico en el que se desarrolla tal problemática. Por un lado, desde la perspectiva del Estado afirmamos que la Constitución mantiene la superioridad; mientras que por otro, desde el punto de vista de la sociedad internacional aseveramos que prevalecen los tratados internacionales. Pues al parecer tendrá preeminencia la unidad normativa que corresponda al espacio jurídico determinado.

Proyectamos el estudio estructurándolo en cuatro capítulos que, aunque interconectados, merecen su análisis individualizado. Así, durante el Capítulo I se abordará el Estado Plurinacional de Bolivia, examinando los fundamentos de su diseño constitucional y, en definitiva su configuración dispuesta a partir de la aprobación del nuevo texto constitucional (2009). Esta tarea nos debe llevar a observar la Cultura constitucional de Bolivia. En este contexto procederemos al estudio del diseño jurídico organizativo interno del Estado Plurinacional de Bolivia, y la apertura y conexión del Estado a los sistemas internacionales.

El Capítulo II se centrará en el examen de la perspectiva multinivel del Derecho como técnica de conexión sistémica del ordenamiento jurídico boliviano, adentrándonos en el tratamiento del nivel internacional general como marco en el que se integra el Sistema internacional regional americano, y a su vez, el nivel internacional regional americano como marco de integración de Bolivia. Definiremos, por tanto, tres niveles de análisis multinivel en lo que respecta la problemática planteada: *i*) internacional, *ii*) regional y *iii*)

[6] MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal*, vol. I, Temis, Bogotá, 2000, p. 196.

nacional. En el nivel regional asistimos a la presencia de OEA y el Sistema interamericano de Derechos humanos.

En el Capítulo III abordaremos el análisis de los principios de legalidad e irretroactividad y Debido proceso, concebidos como límites en el sistema jurídico constitucional boliviano. Para alcanzar este objetivo efectuaremos el tratamiento de los tres principios jurídicos apuntados en función a la categorización de las garantías: *i*) política, *ii*) jurídica e *iii*) institucional. Consecuentemente, expuestos detalladamente los principios referenciados, procederemos a fundamentar la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable.

A la luz de la información, y bajo el hilo conductor apuntado, comprobaremos, en el Capítulo IV si la previsión de la retroactividad penal, en materia de corrupción, contenida en el artículo 123 *in fine* de la Constitución de 2009, es, o no, un dispositivo coherente con la teoría constitucional que emana de la Constitución misma.

Es necesario a nuestro juicio abordar, al menos, la controversia apuntada desde la perspectiva del Derecho constitucional y del Derecho internacional, y también desde la unión de ambas, a través del Derecho internacional de los Derechos humanos. Rama jurídica autónoma que se nutre de los aportes tanto del Derecho constitucional, como del Derecho internacional, en lo que concierne al contenido, garantía y protección de los Derechos humanos. Asimismo acudiremos de forma auxiliar a otros ámbitos de conocimiento que actúan complementariamente a las ramas principales, como son la filosofía jurídica y política, la sociología jurídica y la Historia del Derecho.

Para este propósito emplearemos una metodología jurídico-propositiva, a objetivo de estudiar la retroactividad de la ley penal en materia de corrupción recogida en el texto constitucional boliviano. A tal efecto enmarcaremos el análisis propuesto desde la óptica metodológica que ofrece la disposición multinivel de protección de Derechos humanos, conformado por los niveles internacional-general, internacional regional (interamericano) y nacional, centrado en Bolivia. Añadimos que el método utilizado en el presente trabajo está marcado por un íter jurídico-deductivo. En consecuencia llevaremos a cabo el estudio partiendo lógicamente de lo universal, para lograr centrarnos en lo particular.

Concluimos esta introducción enunciando que aspiramos a alcanzar el esclarecimiento de la problemática referida a la retroactividad de la ley penal en materia de corrupción

contenida en la Constitución de 2009. Asimismo, llegado el momento, propondremos, en su caso, una eventual vía de solución que compatibilice con el elenco de tratados internacionales en materia de Derechos humanos, suscritos por el Estado boliviano. Hilando un poco más también queremos hace constar la reflexión en torno al estado actual de la justicia boliviana en los márgenes de la nueva concepción de la justicia *plurinacional*. Ello en relación al respeto de los presupuestos del Estado de Derecho y la observancia del sistema de derechos fundamentales/humanos, como premisas elementales de todo Estado que se proclame democrático.

CAPÍTULO I
EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA: FUNDAMENTOS DE SU DISEÑO CONSTITUCIONAL

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL.- 2. LA CULTURA CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA.- 2.1. Génesis de la identidad constitucional del Estado.- 2.2. Premisas sobre la Constitución Política del Estado (2009). - 2.2.1. *Antecedentes político-jurídicos*. - 2.2.2. *La previsión de reforma*. - 2.3. El Estado «Plurinacional». - 2.4. El diseño constitucional de la estructura del Poder Público. - 2.5. El sistema de Fuentes del Ordenamiento jurídico. - 2.6. ¿Cláusulas pétreas? - 2.7. El individuo en el marco de la Constitución. - 3. EL DISEÑO JURÍDICO ORGANIZATIVO ITERNO DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. - 3.1. Parámetros constitucionales actuales: territoriales y competenciales. - 3.1.1. *Elementos sobre la organización del Sistema*. - 3.1.2. *Autonomía y Competencias en los niveles territoriales internos del Estado*. - 3.2. Caracterización jurídica de los niveles infraestatales. - 4. LA APERTURA Y CONEXIÓN DE BOLIVIA A LOS SISTEMAS INTERNACIONALES. - 4.1. Previsión constitucional. - 4.2. Los tratados internacionales y su posición jerárquica. - 4.3. Procedimiento de negociación, adhesión y recepción de tratados internacionales. - 4.3.1. *El control previo de constitucionalidad de tratados internacionales*. - 4.3.2. *Las Reservas a los tratados internacionales*. - 4.4. Enmienda y modificación de tratados internacionales. - 4.5. El procedimiento *ex post* y la denuncia de tratados internacionales. - 4.6. Nulidad, suspensión de la aplicación y terminación de los tratados internacionales. - 5. RECAPITULACIÓN.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El objeto del presente capítulo se sitúa en perfilar la forma y naturaleza del ordenamiento jurídico boliviano, desde un enfoque constitucional, partiendo para ello desde una doble perspectiva. Por un lado la concepción kelseniana de Constitución y su desarrollo doctrinal; por otro, la posición häberliana de Derecho constitucional como Cultura. Asimismo, examinaremos el cambio de modelo de Estado de «República» a «Estado Plurinacional» y trataremos de sintetizar el diseño constitucional de la estructura del poder público.

Cobra especial importancia, como veremos, el análisis del diseño jurídico organizativo interno del Estado. En este sentido, observaremos que el sistema organizativo establecido en la Constitución comprende cinco niveles: *i*) central, *ii*) departamental, *iii*) municipal, *iv*) regional, e *v*) indígena originario campesino. Tónica en la que abordaremos la distribución competencial, que se rige por una nómina de materias atribuidas a cada nivel.

De suma importancia resultará el análisis referido a la apertura de Bolivia a los sistemas internacionales. En esta línea, efectuaremos el estudio del régimen constitucional y legal de los tratados internacionales y su directa conexión con el Bloque de constitucionalidad. También determinaremos las diferencias que existen entre los tratados internacionales de Derechos humanos y tratados que regulan otras materias. Finalmente, esperamos observar con detalle el marco legal de los tratados internacionales que es tributario de la modalidad de control previo de constitucionalidad reconocido en Bolivia.

2. LA CULTURA CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA

Iniciamos este epígrafe señalando algunas aportaciones doctrinales relevantes en torno al término Constitución. Aproximación que nos permitirá acotar cuál es su tratamiento en el ámbito de Derecho.

Partimos pues de la concepción fundamental relativa a que la Constitución en el Estado Constitucional, es la fuente primaria de todo el Derecho, y por tanto, será la Constitución, y no la ley, la que presida la cúspide del ordenamiento jurídico. Tal como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, la Constitución a la vez que configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos, del mismo modo dispone límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales. De ello es que la Constitución se presenta como «un sistema contenido de preceptos que emana del pueblo en su condición de titular de la soberanía»[7]. Por lo que en palabras del autor: «La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico (...). Pero la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*»[8].

Cabe precisar que la Constitución goza, genéricamente en todos los sistemas jurídicos democráticos modernos, del carácter de supremacía normativa, tal y como ya se plasmara en la famosa sentencia del caso *Marbury v. Madison*,[9] de 1803, en la que el juez Marshall pudo, en definitiva, concretar la máxima de Derecho: *The Constitución is superior to any ordinary act of the legislatura*.

---

[7] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, España, 2001, p. 48.
[8] *Ibidem*.
[9] En este sentido, como ejemplo paradigmático, citamos concretamente el caso: Corte Suprema de Estados Unidos, Sentencia *Marbury v. Madison*, 5. U.S. 137/1803, de 1 de febrero.

El llamado jurista del siglo XX, KELSEN, manifiesta que la validez de todo acto jurídico en el Derecho positivo vigente de un Estado, dependerá primordialmente, de que en su cúspide se situé una norma suprema. Por tanto, siguiendo la teoría kelseniana, el orden jurídico se concibe como «un todo», consecuentemente las normas jurídicas particulares que componen dicho orden jurídico, serán válidas, si en todos los ámbitos son observadas y aplicadas, confluyendo en la eficacia jurídica. También el autor puntualiza que los términos validez y eficacia no deben confundirse, por lo que afirma: «...validez se refiere a que la ley debe ser obedecida y cumplida, mientras que eficacia significa que la ley es en verdad, obedecida y aplicada, (...) la eficacia es solamente una condición de la validez, no es igual a ella»[10].

Por su parte, GUASTINI, en lo que respecta a los significados principales de Constitución, matiza cuatro acepciones del término, por lo que señala: «...a) 'Constitución' expresa todo ordenamiento político de tipo 'liberal'; b) 'Constitución' indica un cierto conjunto de normas jurídicas: en general, el conjunto de normas, entendidas en algún sentido fundamentales, caracterizando e identificando todo ordenamiento; c) 'Constitución' denota en términos sencillos un documento normativo, que se le atribuye ese nombre; d) 'Constitución' cuya significancia es un especial texto normativo dotado de notables características 'formales', es decir es un régimen jurídico distintivo»[11]. En suma desde la perspectiva de este autor la Constitución se erige como un ordenamiento político y jurídico, compuesto por normas fundamentales informadoras de todo el sistema, cuya peculiaridad radica en la especialidad del texto normativo que es concebido como tal.

Reconociendo las múltiples acepciones del término Constitución, LOEWENSTEIN, propone por su parte una clasificación de las Constituciones según las categorías: «normativas», «nominales» y «semánticas». En virtud a esta ordenación, el autor afirma: «...en las 'normativas' existiría coincidencia entre lo que la Constitución manda y lo que ocurre en la realidad; en las 'nominales' habría una desviación entre lo previsto por la Constitución y la realidad; y en las 'semánticas' la realidad conlleva un remedo de la Constitución»[12].

---

[10] KELSEN, Hans, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 201.
[11] GUASTINI, Ricardo, «Sobre el Concepto de Constitución», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1999, p. 164.
[12] LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970, p. 56.

Desde la perspectiva del orden jurídico y político, se hace necesario apuntar, que el concepto «Constitución» presenta diferentes enfoques, partiendo de ambas premisas. PÉREZ ROYO, sentencia que: «...la Constitución tiende a posibilitar la construcción jurídica de un orden político»[13]. Según DE OTTO, las conceptualizaciones «Constitución» y «Derecho constitucional», desde sus orígenes remotos, denotan una fuerte carga política, en consecuencia afirma que: «...evocan ideas primordiales como libertad, democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos y limitación de poder[14].

En este orden conceptual, GARCÍA PELAYO, apunta que Constitución escrita puede definirse como «Constitución racional normativa», por cuanto significa, que implanta un sistema normativo organizador de la vida estatal y social, por lo que enfatiza: «...no condice con la idea de representar una suma de decisiones parciales asumidas según se presentan acontecimientos o situaciones, sino en establecer de una sola vez para siempre y en modo general un esquema de organización en el que esté toda la vida del Estado y en el que se incluya todos los casos particulares que acontezcan»[15]. Para PÉREZ ROYO la «Constitución racional normativa» es el resultado de combinar los elementos formal y material, pues afirma: «...desde la perspectiva formal, debe ser producto de la creación de la sociedad y no una norma impuesta sin su consentimiento. En cuanto a la perspectiva material, la Constitución debe permitir a la sociedad autodirigirse políticamente de forma permanente» matizando que: «la sociedad no sólo debe ser libre en la aprobación de la Constitución, sino que debe continuar después indefinidamente»[16].

Repasando otras definiciones observamos que LASALLE postula que las cuestiones constitucionales no son cuestiones jurídicas sino «cuestiones de poder», enfatizando que: «...la Constitución escrita es una 'hoja de papel', y que la Constitución verdadera de un país, es la relación real de fuerzas que existen en la sociedad» y a continuación, sentencia: «La Constitución escrita, o es expresión de esa relación real de fuerzas, o no sirve para nada»[17]. Para BACHOF, el rasgo distintivo entre Constitución escrita o Constitución en

---

[13] PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 100.
[14] DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional*, Ariel, Madrid, 1999, p.11.
[15] GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1993, p. 35.
[16] PÉREZ ROYO, Javier, *op. cit*., *Curso de*..., p. 99.
[17] LASSALLE, Ferdinand, ¿*Qué es una Constitución*?, Ariel, Barcelona, 1989, p. 45. Sobre este punto ÁLVAREZ CONDE describió distintas posiciones doctrinales: «L. Von Stein proclamará la idea de que la Constitución debe legitimar el orden social existente. Por su parte, Schmitt mantendrá la teoría decisionista de la Constitución, como acto de voluntad del poder constituyente en cuanto es la decisión política fundamental creadora de un nuevo orden, con la distinción entre Constitución y Leyes Constitucionales.

sentido formal y Constitución en sentido material, es que: «...la Constitución en sentido formal es una ley caracterizada por ciertas peculiaridades en su aprobación, denominación y reforma agravada (...). Constitución en sentido material, enuncia el conjunto de normas que regulan la Constitución, funciones y competencias de los órganos del Estado, estructuras estatales, así como el posicionamiento de los ciudadanos en el seno del Estado[18]. En este sentido se hace pertinente apreciar que la reforma agravada, dada su misma naturaleza jurídica, se encuentra ligada intrínsecamente con la supremacía constitucional y rigidez constitucional[19].

Debido a las múltiples concepciones doctrinales construidas en torno al término Constitución, y los diferentes enfoques jurídicos propuestos desde el ámbito del Derecho, procederemos a sintetizar las líneas expositivas, formuladas principalmente por HÄBERLE, GARCÍA PELAYO, HESSE, HELLER, VALADÉS, ZAGREBELSKY, FERRAJOLI, y MARÍN GÁMEZ.

Así continuado con el análisis, GARCÍA PELAYO, manifiesta que existen tres grandes conceptos de Constitución, a saber: «*i*) concepto racional normativo: que configura la Constitución como un complejo normativo, establecido de una sola vez, en el que se regulan las funciones del Estado; *ii*) concepto histórico-tradicional: implica que la Constitución de un pueblo no es producto de la razón, sino el resultado de una transformación histórica. Cada Estado tiene su Constitución, formada por

---

Finalmente Kelsen define la Constitución desde un punto de vista lógico-jurídico como la Norma Hipotética fundamental del ordenamiento jurídico. Por su parte, la doctrina italiana, Mortati hablara de Constitución en *senso materiale*, que debe reflejar la estructura fundamental de una sociedad y por ello la define como la fuerza resultante de la organización de un grupo social que se singulariza de los demás y que logra, triunfando sobre grupos antagónicos y portadores de intereses diversos, hacer valer efectivamente la forma particular de orden por él afirmada. Para este autor, la Constitución material no se subsume en la Constitución formal, sino que permanece sustentándola a lo largo de todo el despliegue de la vida constitucional, con la consecuencia de que el intérprete de la Constitución habrá de tener en cuenta en todo momento este dualismo. Por su parte, Smend fundamentó su teoría de la integración, integrando tanto los elementos fácticos como normativos, la realidad histórico-política y realidad jurídica, rechazando la teoría decisionista de la Constitución, entendida esta como la decisión global sobre el tipo y la forma de la unidad política o en cuanto una ley de difícil modificabilidad». ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 150.

[18] BACHOF, Otto, *Normas constitucionales inconstitucionales*, Palestra, Lima, 2010, p. 58 y 59.

[19] MUÑOZ MACHADO acerca de la superioridad de la Constitución indica expresamente: «...desde luego, el reconocimiento de la superioridad de la Constitución es indiscutible». MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Constitución*, Iustel Publicaciones y Portal Derecho, Madrid, 2004, p. 38. Premisa que ciertamente se inserta en la opinión general sobre la supremacía formal y material de la Constitución. Supremacía que responde a los propios postulados kelsenianos. Además prueba de ello es el establecimiento de normas específicas y especiales para su reforma.

acontecimientos históricos; *iii*) concepto sociológico: establece que la Constitución es la forma de ser de un determinado pueblo o sociedad»[20].

HESSE escribe que la Constitución presenta dos objetivos claramente definidos: *i*) unidad política y *ii*) orden jurídico, por tanto afirma: «...la Constitución es el orden jurídico fundamental de la Comunidad, (...) la Constitución dispone los principios rectores en función a los cuales se debe formar la unidad política, (...) la Constitución es el plan estructural básico, orientado a determinados principios de sentido para la conformación jurídica de una Comunidad» seguidamente matiza que: «la Constitución no se limita a ordenar la vida estatal, sino que sus normas abarcan en similar sentido las bases del orden de la vida no estatal, es decir matrimonio y familia, propiedad, educación o ciencia»[21].

Para HELLER la Constitución es «una totalidad», que reúne en una relación dialéctica, los elementos estático y dinámico, así como normalidad y normatividad, por lo que admite: «...la unidad del concepto de Constitución, pero reconociendo la autonomía de sus partes integrantes»[22].

VALADÉS comenta a tenor del estudio introductorio de la obra «El Estado Constitucional», la especial importancia que reviste para HÄBERLE -en su teoría de la Constitución como ciencia de la Cultura- la relación entre Cultura y dignidad[23]. También describe la influencia que significa para HÄBERLE, las enseñanzas impartidas por HELLER y SMEND, pues SMEND enfáticamente sostenía: «...la norma puede variar conforme al lugar de su aplicación, o conforme a condiciones temporales y especiales, y esta variación sólo encuentra su razón en la cultura». En esta misma tónica, HÄBERLE, postula: «...la vinculación amplia, dinámica y constructiva entre Constitución y cultura»[24].

Según apunta ZAGREBELSKY la visión abierta de Constitución condice con la concepción de sociedad pluralista, por lo que afirma: «...atendiendo a la idea de que las sociedades en la actualidad caracterizadas por intereses, ideologías y proyectos naturalmente diferentes

---

[20] GARCÍA PELAYO, Manuel, *op. cit.*, *Derecho Constitucional...*, p. 65.
[21] HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992, p. 16.
[22] HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 277.
[23] HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 6 y 7.
[24] HÄBERLE, Peter, *op. cit.*, *El Estado...*, p. 8 y ss. Para seguir en más profundidad este apartado consúltese la obra: SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. BENEYTO PÉREZ, José María, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1985.

lo que trae consigo que la sociedad está dotada de su cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución la pretensión no de establecer un proyecto predeterminado de vida en común, sino proveer las condiciones de posibilitar la misma», precisando que se trata de: «constituciones democráticas en la época del pluralismo»[25].

Para FERRAJOLI la noción de Constitución parte de la relación fundamental: «Constitución - derechos». En perspectiva del autor, la Constitución no se configura como representativa de la voluntad del pueblo, sino más bien, como garantista de los derechos de toda persona, incluso frente a la misma voluntad popular, en consecuencia, FERRAJOLI sentencia: «...el fundamento de legitimidad de la Constitución, muy diferente a lo acontecido con las leyes ordinarias y posibilidades de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor de especial importancia: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales los mismos que se expresan como límites y vínculos, frente a las leyes y los actos de gobierno reflejados en las mayorías»[26]. Ciertamente las premisas de: igualdad y derechos, constituyen elementos nucleares en la teoría de FERRAJOLI, pues es evidente que conjugados entre sí limitan las fuerzas mayoritarias y actos de gobierno desmedidos, con razón afirma, que nos encontramos en presencia de «democracias constitucionales», que fueron afianzadas progresivamente desde el tránsito paradigmático del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho.

MARÍN GÁMEZ señala que el término Constitución es sinónimo de: «...libertad frente al despotismo y al totalitarismo de límites al poder, así como de control frente a tendencias autoritarias y dictatoriales», matizando que se trata: «del gobierno de las leyes frente a la autocracia»[27]. Unido a la idea de Constitución, el autor puntualiza, que la Constitución de Cádiz es la primera que se ha hecho acreedora de tal nombre, pues afirma: «...como señala el profesor TORRES DEL MORAL significa nacimiento de una 'nación constituida' (...). Una patria que no depende del territorio, ni de la tradición histórica, sino de la propia

[25] ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*, Trotta, Madrid, 2011, p. 13.
[26] FERRAJOLI, Luigi, «Pasado y futuro del Estado de Derecho», *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 28.
[27] MARÍN GÁMEZ, José Ángel, «La Constitución de Cádiz y la Constitución histórica de España: Constitución liberal y Constitución histórica», *Sobre un hito jurídico. La Constitución de 1812: Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos*, Edición a cargo de CHAMOCHO CANTUDO, Miguel Ángel y LOZANO MIRALLES, Jorge, Universidad de Jaén, Jaén, 2012, p. 114.

Constitución como texto fundamental que consagra la soberanía nacional y las libertades ciudadanas»[28].

Sintetizando diremos que la Constitución es la ley fundamental del ordenamiento jurídico, que contiene normas reguladoras del sistema constitucional nacional. De ahí que podemos extraer tres características de Constitución: *i*) regula la forma de organización y estructura del Estado; *ii*) proclama valores y principios fundamentales; y *iii*) consagra Derechos fundamentales y libertades de todas las personas, sin ninguna índole de acepción[29].

Aquí es importante efectuar una apreciación pues en el contexto latinoamericano se está expandiendo la idea de las «Constituciones democráticas», *a priori*, tales Constituciones fraguadas recibirían el calificativo de «democráticas» porque representarían el producto final, primero de la «activación de la voluntad popular», y segundo, del tratamiento de «procesos constituyentes de supuesto carácter originario», tales hechos «legitimarían» la aparición de estas nuevas Cartas. Algunos defensores de esta corriente han utilizado

---

[28] MARÍN GÁMEZ, José Ángel, *op. cit.*, «*La Constitución...*»..., p. 115. En relación a la regulación liberal que la Constitución de Cádiz aporta en el constitucionalismo español MARÍN GÁMEZ manifiesta: «Los antecedentes patrios importan y mucho para acceder a una mejor y más global comprensión de la evolución de la influencia liberal, sobre todo francesa, en nuestros textos constitucionales. Creo que ese constitucionalismo liberal impacta de lleno en la Constitución de 1812 o en el Estatuto Real de 1834, en las Constituciones de 1837 y 1845, los intentos de reforma operados por la Constitución de 1845, entre los que cabría destacar por motivos históricos, políticos y constitucionales, los textos de Bravo Murillo en 1852 y la norma que no vio la luz de 1856. Es decir, un sesgo liberal notorio desde liberalismo nominalista de las Constituciones de 1812, 1834, 1837, 1845. También el que se lee en la revolución y restauración doctrinaria, la Constitución de 1869, la I República y el Proyecto de 1873, la Constitución de 1876, y todavía se dibuja en el constitucionalismo social de la II República y la Constitución de 1931. Trasunto histórico constitucional quebrado por la égida del régimen político franquista, sus leyes Fundamentales, y luego retomado por la ulterior transición y Ley para la reforma política, además de la vigente Constitución». *Ibidem*.

[29] En este sentido, debemos reseñar el concepto de Constitución Democrática, en alusión a la aprobación de las nuevas constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador. MARTÍNEZ DALMAU, autor de esta teoría dice: «Esta indisoluble asimilación entre pueblo, poder constituyente y soberanía, conforma los cimientos de la Constitución democrática; al mismo tiempo, el texto constitucional consagra los elementos de la garantía y desarrollo del gobierno democrático, lo que da paso al Estado constitucional. La elección y control efectivos de los gobernantes por parte del soberano y su autolimitación a través del Derecho constituyen, de esta manera, el elemento primordial para la entrada en vigor del principio democrático y, con ello, la aparición de la Constitución material -democrática-, principal característica del Estado constitucional. La distinción fundamental es, por tanto, entre las Constituciones democráticas, fruto del poder constituyente popular, y las que no lo son (...). En cuanto a la interpretación de la Constitución democrática, es el reto de los procesos de integración (...) o en lo que se ha dado en llamar 'constitución compuesta' o 'constitucionalismo multinivel'. El problema de fondo en la incorporación del constitucionalismo multinivel en su dimensión supraconstitucional es su cuestionamiento sobre el carácter democrático del poder constituyente que sustenta la estructura del poder público». MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, «La interpretación de la constitución democrática en el nuevo constitucionalismo», en AA.VV., *XV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*, Madrid, 2013, p. 637. De este mismo autor consúltese *Teoría y Práctica del Poder Constituyente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

términos bastante llamativos para referirse a las nuevas Constituciones, así como al fenómeno constitucional que lleva aparejado, como ser: «constitucionalismo sin padres» o «nuevo constitucionalismo latinoamericano» entre otros. Lo cierto es que este nuevo tipo de Constituciones, en el ámbito que nos atiene, está develando elementos contradictorios entre sí, pues por un lado, reconoce un amplio catálogo de derechos y derechos de los indígenas; por otro, sutilmente se deja entrever la pervivencia de instituciones realmente antidemocráticas, como la tendencia a la reelección presidencial de carácter indefinida, o la instrumentalización política de la justicia, por medio de la aplicación práctica de lo que en vía teórica es conocido como «Derecho penal del enemigo». Baste aquí referir sólo generalizaciones que aproximan su análisis, sin dejar de afirmar, que estos textos constitucionales se encuadran en un modelo de diseño constitucional (Bolivia igual que Ecuador) replicado, hablamos entonces que las Constituciones de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia, están alineadas ideológicamente -al socialismo-. Es más cabría afirmar que los bloques instaurados en el continente europeo, -claramente separados, por un lado el capitalismo, y por otro, el socialismo, causantes de las grandes Guerras Mundiales, con repercusión en todo el Mundo-, también ha salpicado a Estados de América del Sur, máxime si atendemos a los factores particulares que tradicionalmente han marcado estos Estados: *i*) democracias no estables; *ii*) factores económicos completamente desfavorables; y *iii*) fuertes índices de analfabetismo.

Reseñadas algunas de las definiciones de Constitución que reputamos básicas, proseguimos con el análisis relativo al vínculo entre: «Constitución y Cultura», dada la especial importancia que presenta en el ámbito constitucional, pues el «aspecto cultural», está inmerso en el modelo de Estado (de conformidad al artículo 1 de la Constitución), y naturalmente, se despliega sustancialmente en la parte orgánica como dogmática del texto constitucional.

HÄBERLE escribe que la «teoría de la Constitución» tiene por objeto el tipo de las «constituciones democráticas», por lo que afirma: «...este tipo de constituciones estarían compuestas por elementos ideales y reales, (...) tales elementos son la dignidad humana como premisa, realizada a partir de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de ese pueblo, que encuentra su

identidad en tradiciones y experiencias históricas»[30]. Siguiendo esta línea el autor define la Constitución como «estadio cultural», pues puntualiza que toda Constitución en el «Estado Constitucional» vive de la dimensión cultural, por tanto, la Constitución no sólo es texto jurídico, sino es la expresión del «estadio de desarrollo cultural»[31]. HÄBERLE además propugna la conjunción de tres conceptos elementales: Constitución-Cultura-pueblo, afirmando que: «...la Constitución es un pacto de las generaciones, mediante el cual se realiza la Constitución del pueblo de manera tangible para la ciencia cultural, (...) el pueblo es el resultado de procesos de socialización cultural que repetidamente se prolongan por varias generaciones, (...) si la cultura es concebida, como cuarto elemento del Estado, tal concepción debe aludirse también al pueblo»[32].

Por su parte, CALLE MEZA, señala que la Constitución, entendida como Cultura, significa -en atención a las palabras de HÄBERLE- no sólo el conjunto de normas dirigidas a la comprensión de juristas, sino cómo la sociedad civil realmente concibe la Constitución. Para la autora la manifestación de esta peculiaridad amplia los sujetos de derecho, pues puntualiza: «...en Iberoamérica con el reconocimiento de los afrodescendientes e indígenas, cuyos derechos han sido reconocidos constitucionalmente desde la segunda mitad del siglo XX»[33]. En esta misma tónica, CALLE MEZA, afirma que Constitución se define como «Cultura», en mérito al catálogo de Derechos fundamentales insertos en las Constituciones Iberoamericanas, por lo que sostiene: «...estas Constituciones se han visto obligadas a recoger los diversos idiomas indígenas y la pluralidad étnica y cultural de esas sociedades, (...) la Constitución de Panamá de 1972, las Constituciones boliviana y venezolana, así como las Constituciones de Ecuador, Guatemala, Paraguay y Argentina». Con especial atención trata el caso constitucional boliviano, de ahí que esta autora afirma de forma expresa que: «...no se trata de una forma de racismo, sino a la inversa -en razón del núcleo propio de la cultura constitucional- se presenta como una discriminación positiva y una suerte de reparación histórica de aquellos sujetos inexistentes en su condición jurídica en anteriores Constituciones»[34].

---

[30] HÄBERLE, Peter, *op. cit., El Estado...*, p. 81.
[31] HÄBERLE, Peter, *op. cit., El Estado...*, p. 86.
[32] HÄBERLE, Peter, *op. cit., El Estado...*, p. 99.
[33] CALLE MEZA, Melba Luz, «A propósito de la cultura constitucional», *Revista Derecho del Estado*, núm. 25, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2010, p. 225 y 226.
[34] *Ibidem*. En cuanto a las particularidades que pueden surgir en relación a la existencia de un Derecho penal colonizado desde la experiencia jurídica colombiana véase: RESTREPO RODRÍGUEZ, Diana, «Aproximación

Como puede advertirse la autora al analizar el aspecto cultural ínsito en la Constitución, comenta la Constitución Boliviana, aludiendo expresamente a la discriminación positiva y factores de reparación histórica de los pueblos indígenas. No obstante la consagración constitucional de los derechos indígenas constituye una reivindicación constitucional que surge en la Constitución Boliviana de 2004, texto que habría aportado las más importantes reformas en toda la historia republicana, después de la Constitución de 1967, y cuyo tenor literal del artículo 1, dispuso: «I. Bolivia libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural constituida en República Unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa y participativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos». Obviamente ya desde esta Carta Magna se regulaba los componentes plural, multiétnico y cultural de la composición de la sociedad boliviana, y por supuesto, los derechos que les correspondían en armonía con la premisa básica y de reconocimiento universal: la igualdad.

Desde la perspectiva de la Cultura constitucional de Bolivia, observando el tenor literal del artículo 1 de la Constitución de 2009[35], en conexión con la idea «Constitución-Cultura» propuesta por HÄBERLE, queda manifiesto que la Constitución de 2004 define a Bolivia como «República unitaria» que adopta para su gobierno la forma «democrática y representativa», anteponiéndose los conceptos de: «multiétnica y pluricultural». En este sentido, la Constitución de 2009 sustituye las últimas dos nociones apuntadas por el componente «plurinacional»[36]. Según afirma TAPIA MEALLA los conceptos concretos de «multiétnico y pluricultural», significan diversidad cultural, y están escindidos del aspecto político, a diferencia del elemento «plurinacional» que está vinculado al factor político, pues tal como enfatiza el autor: «...este último no sólo reconoce la diversidad de lenguas, orígenes, historia, sino también redefine las estructuras políticas y formas de autogobierno (...). El Estado social de derecho y comunitario, significa la estructura

al concepto de bien jurídico en un 'Derecho penal colonizado'», *Nuevo Foro Penal*, núm. 75, 2010, p. 146 y ss.

[35] Artículo 1 CB 2009: «Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país».

[36] TAPIA MEALLA, Luis, «El pluralismo político-jurídico en la nueva Constitución de Bolivia», en AA.VV., *Miradas Nuevo Texto Constitucional*, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia y Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, 2010, p. 261.

social, cultural y política de los pueblos que desde la colonia fueron subordinados y excluidos»[37].

Por tanto, el concepto «Plurinacional Comunitario», asimila la naturaleza multicultural, por medio del reconocimiento de las naciones indígenas u originarias, contexto en el que Bolivia integraría tales naciones, articuladas en función a su propia identidad cultural. Si bien, resulta que el componente cultural está regulado en toda la Constitución Boliviana, un ejemplo de ello es el reconocimiento de treinta y cuatro idiomas de las naciones indígena originario campesinas, a tenor literal del artículo 5 de la Constitución, que reza: «I. Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco». Aunque algunas voces han expresado que semejante cantidad de idiomas insertos en el texto constitucional, lo único que ha provocado, es la aparición de varias nacionalidades correspondientes a cada uno de los idiomas acogidos constitucionalmente. Pues resulta irrazonable, en casos por ejemplo, que el idioma representa sólo a dos o tres personas de una determinada comunidad ubicada geográficamente en el oriente boliviano, por tanto, es ilógico recoger en el texto constitucional tal cantidad de idiomas que no representan al conjunto de la población, situación que ahonda las serias dudas en cuanto a la unidad de la nación boliviana, dispuesta en el artículo 1 de la Constitución.

[37] En este cuadro TAPIA MEALLA indica: «Lo multiétnico y pluricultural hacen referencia al reconocimiento de la diversidad cultural, sobre todo en sus dimensiones lingüísticas y culturales, en términos de memoria histórica, pero no reconoce la dimensión política de otros pueblos y culturas. La noción de lo plurinacional que acaba sustituyendo a las dos anteriores, incluyéndolas, sirve sobre todo para resaltar la dimensión política de la diversidad cultural que constituye a Bolivia, es decir, el hecho de que no sólo se reconoce una diversidad de lenguas, de orígenes e historias culturales sino también de sus estructuras políticas y formas de autogobierno, como va a aparecer de forma explícita en el art. 2. En esta misma línea de reconocimiento de la diversidad, cabría decir además que esta definición, que se compone de la noción de Estado social de derecho y, por otro lado, comunitario, está dando cuenta de una diversidad de tipos de sociedad que contiene Bolivia. Lo comunitario hace referencia al tipo de estructura social, cultural y política que organizan una buena parte del conjunto de los otros pueblos y culturas que durante la colonia fueron subordinados y desconocidos en esta dimensión. Ahora se incorpora lo comunitario con un explícito reconocimiento de su dimensión política. Esto hace que, en la segunda parte del artículo, se diga que Bolivia se funda, entonces, en el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, es decir, no sólo se reconoce una diversidad de lenguas, sino el conjunto de estructuras que hacen a cada una de las culturas y tipo de sociedades que existen en el país». TAPIA MEALLA, Luis, *op. cit.*, «El pluralismo...»..., p. 262.

2.1. Génesis de la identidad constitucional del Estado

En el presente epígrafe efectuaremos un análisis sucinto de la historia constitucional de la República de Bolivia, de tal modo que partiremos del emblemático e histórico suceso independista que marcó el nacimiento de una nueva Nación libre.

La independencia de Bolivia se produjo en el año 1809. Sin embargo, prosiguieron dieciséis años de guerra, antes de proclamarse República. Adoptó el nombre de *Estado independiente de Bolívar*, en reconocimiento al «Libertador Simón Bolívar», el 6 de agosto de 1825. FÉLIX TRIGO puntualiza que el proceso independista de Bolivia no difiere del ocurrido en otras partes de Iberoamérica[38]. Según el autor en el territorio entonces denominado «Nueva Toledo», «Alto Perú» o «Charcas», el primer grito de independencia se dio en 1809 (Chuquisaca, 25 de mayo y La Paz, 16 de julio), abriéndose un período de duras luchas que llegaría hasta 1825, después de la decisiva batalla de Ayacucho, de 9 de diciembre de 1824[39].

FÉLIX TRIGO señala que establecida la independencia definitivamente, Sucre el «Gran Mariscal de Ayacucho», dictó el *Decreto de 9 de febrero de 1825*, convocando a elecciones, el 25 de marzo de 1825[40]. La reunión se retrasó hasta el 10 de mayo, y se trasladó la sesión a Chuquisaca. Entre tanto, el Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata, acordaba el 8 de mayo de 1825, que el Alto Perú quedase: «en plena libertad para disponer de su suerte, según crean convenir mejor a sus intereses y a su felicidad»[41].

El autor continúa explicando que Bolívar por Decreto de 16 de mayo de 1825, declaró que estos territorios «...no reconocerán otro centro de autoridad, por ahora y hasta la instalación del nuevo Congreso peruano, sino la del Gobierno supremo de esta República (Perú)». No obstante, FÉLIX TRIGO, afirma que la Asamblea prosiguió con sus trabajos, y formuló la Declaración de Independencia del Reino de España, decidiendo sin más

---

[38] En este contexto FÉLIX TRIGO afirma: «Las grandes sublevaciones indígenas del Alto Perú no pueden ser consideradas como un precedente más que en un sentido muy distante: en efecto, la Independencia 'más bien fue un sacudimiento de las clases medias de la época colonial', con una gran influencia de los intelectuales, y en particular de la Universidad de San Francisco Xavier, de Chuquisaca, por donde entró la ideología revolucionaria». FÉLIX TRIGO, Ciro, *Las Constituciones de Bolivia*, Atenea, La Paz, 2003, p. XXVIII y XXIX.

[39] *Ibidem*.

[40] FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit.*, *Las Constituciones*..., p. XXX.

[41] *Ibidem*.

dilaciones, formar un «Estado soberano e independiente de todas las naciones, tanto del Viejo como del Nuevo Mundo». Es así que el *Acta de Independencia* sacramenta la fecha de 6 de agosto de 1825[42]. Pues Bolívar aceptó la situación en su proclama de 1 de enero de 1826, que públicamente y ante las naciones del mundo manifestó: «Seréis reconocidos por una nación independiente» y añadía: «Recibiréis la Constitución más liberal del mundo». Así, el Libertador anunciaba el envió de su célebre «Constitución Boliviana», que remitió desde Lima precedido del gran «Discurso del Libertador al Congreso Constituyente de Bolivia», en junio de 1826[43].

FÉLIX TRIGO sobre los textos constitucionales de la República de Bolivia, afirma, que una vez ocurrido el fracaso de la «Constitución boliviana», se dio lugar a una consecución de Cartas constitucionales, redactadas a la medida del gobernante político de turno. El autor ejemplifica este fenómeno, aludiendo a las Constituciones Políticas de los presidentes Santa Cruz, Velasco, Ballivián, Belzu, Achá, Melgarejo, Morales, Daza, Villarroel y Hertzog[44].

Para cerrar este epígrafe diremos que el espíritu revolucionario e independentista se dispersaba en los territorios americanos en búsqueda incansable de lograr una Nación soberana, dotada de su propia Constitución. En efecto, se anunciaba la libertad y abolición definitiva de la esclavitud, última que por medio de diversas modalidades de compra-venta de esclavos, había sido frecuentemente utilizada por el régimen, en contraposición a cualquier noción mínima de dignidad humana y derechos, que ya se proclamaba en las

---

[42] *Ibidem*.

[43] FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit.*, *Las Constituciones...*, p. XXX y XXXI.

[44] En esta tónica FÉLIX TRIGO precisa: «Después del fracaso de la Constitución boliviana, seguirá una larga teoría de textos constitucionales, vinculados, en general, a los gustos del personaje político dominante. Bajo Santa Cruz, se establecen las Constituciones de 14 de agosto de 1831 y 16 de octubre de 1834, y se realiza, de 1836 a 1839, el intento de la Confederación peruano-boliviana. Sigue la Constitución de 26 de octubre de 1839 (Velasco), la de 11 de junio de 1843 (Ballivián), la de 20 de septiembre de 1851 (Belzu), la de 29 de julio de 1861 (Achá), la de 17 de septiembre de 1868 (Melgarejo), la de 9 de octubre de 1871 (Morales), la de 14 de febrero de 1878 (Daza), la de 17 de octubre de 1880. La Asamblea Constituyente de 1899 confirma la anterior, por ley de 23 de octubre; y lo mismo hizo la Constituyente de los años 1920-21 (después de la revolución de 12 de julio de 1920). Después de la revolución de 25 de junio de 1930, la Junta Militar provoca el referéndum de 11 de enero de 1931, sobre el texto de unas reformas que fueron incorporadas a la Constitución por Decreto-ley de 23 de febrero de 1931. La Convención Nacional, convocada después del desastre del Chaco, en 1938, dio lugar a la Constitución de 28 de octubre de 1938. El 24 de noviembre de 1945 (Presidencia de Villarroel) se realizó un retoque parcial. La revolución del 21 de julio de 1946 dio lugar a la confirmación provisional de la Constitución de 1945, por ley de 10 de mayo de 1947, y a la convocatoria de un Congreso Constituyente, que, por leyes de 20 de septiembre y 26 de noviembre del mismo año, aprobó varias reformas que dieron lugar a la Constitución de 26 de noviembre de 1947 (Presidencia de Hertzog), la número 14 de las que ha tenido Bolivia». FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit.*, *Las Constituciones...*, p. XXXIX y XL.

grandes Declaraciones sobre Derechos, vigentes en ese entonces en el mundo. Por tanto, se trataba también de la proclamación de derechos y libertades de todas las personas, según el estatus de persona, sin ninguna especie de distinción. Por esto, MARÍN GÁMEZ, afirma: «Esta primacía constitucional alcanzada por naciones civilizadas se plasmaría en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: 'Toda sociedad en la que no está garantizada la libertad ni establecida la división de poderes carece de Constitución'»[45].

2.2. Premisas sobre la Constitución Política del Estado (2009)

En este apartado procede continuar observando la cadena de Constituciones fraguadas durante el período republicano, visualizando las condiciones formales y materiales que antecedieron la aprobación de la Constitución de 2009. Por tanto, apuntaremos las características generales de cada una de las Cartas constitucionales otorgadas en Bolivia, asumiendo que el análisis acentuado de cada texto constitucional excede nuestro ámbito de estudio. De forma posterior, procederemos al examen de la reforma constitucional, preceptuado en las distintas Constituciones.

2.2.1. *Antecedentes político-jurídicos*

Iniciaremos este epígrafe señalando que con motivo del nacimiento de la República de Bolivia, los padres fundadores[46] expresaron las virtudes de esta tierra: «El mundo sabe

---

[45] Al hilo de lo expuesto MARÍN GÁMEZ efectúa la siguiente puntualización: «Ciertamente el triunfo de las revoluciones americana y francesa fue caldo fecundo para el movimiento constitucionalista, que con la rapidez entonces posible extendieron su espíritu por todo el orbe, propiciando la idea de que dotarse de Constitución era algo así como la prueba palpable de que se había producido la incorporación a la nueva égida de la iluminación, a la libertad, al progreso y que, por el contrario, no contar con Constitución era tanto como permanecer en la noche de los tiempos, en el oscurantismo, en la superstición y en la servidumbre. De ahí que al cabo de unos años todos los países que se consideraban civilizados presentaban su credencial constitucional como acreditación del nuevo orden social dimanante de las revoluciones citadas. La máxima que resumiría el fenómeno quedaba condensada en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: 'Toda sociedad en la que no está garantizada la libertad ni establecida la división de poderes carece de Constitución'. De manera que al fin y al cabo la primigenia idea constitucional se sintetiza en el conjunto de garantías de la libertad (...). Además, la postulación de un nuevo orden basado en la dignidad humana y la reivindicación de derechos de las personas como contrapeso del poder y como condición esencial de todo régimen legítimo, en cuya garantía se disponía una división de las funciones de dicho poder, dinamitaba la estructura del absolutismo monárquico vigente hasta entonces». MARÍN GÁMEZ, José Ángel, *op. cit.*, «*La Constitución...*»..., p. 123.

[46] El mensaje *in extenso* de los padres fundadores de la República de Bolivia, Libertador Simón Bolívar y Mariscal de Ayacucho, fue emblemático por la tradición americana y por el espíritu libertador que se movía constantemente en la época, donde el objetivo firme y común fue obtener la independencia por haber sufrido lazos crueles con España. Nota bene: el Acta de Independencia de la República de Bolivia se encuentra enmarcado y tratado como reliquia en la «Casa de la Libertad» de la ciudad de Sucre. Asimismo RUIZ RUIZ presenta una exposición de la recepción del republicanismo clásico en España e Hispanoamérica en éstas

que el Alto Perú ha sido en el continente de América, el ara donde se vertió la primera sangre de los libres y la tierra donde existe la tumba del último de los tiranos»[47].

El estadio histórico de la colonización española en América, es reseñado por MESA QUISBERT. Es en este sentido, que el presidente de la Nación, apostilla: «La llegada de Colón a América cambió para siempre la historia de la humanidad, el destino de este continente y los pueblos que lo habitaban. España era entonces una de las sociedades poderosas de Europa (...). Se ha dicho siempre que las dos razones que explicaron la conquista de América fueron el afán de enriquecimiento y el deseo de extender la religión. El proceso de conquista no era como en tiempos de Roma una inversión directa y absoluta del imperio, sino una aventura de riesgo compartido en la que el dinero para barcos, caballos, vituallas y contratación de efectivos corrían a cargo de los conquistadores; la corona cedía a cambio derechos potenciales sobre las tierras conquistadas, siempre y cuando dieran como resultado la extracción de riquezas significativas. Mientras unos

palabras: «En Hispanoamérica, por su parte, todas las naciones, tras su independencia, se enfrentaron al reto de organizar sus sociedades y sus Estados y de redactar sus constituciones, como había sucedido unas décadas antes en los Estados Unidos. Se trataba de una tarea ingente, dada la enorme dificultad de constituir en aquel tiempo repúblicas sin monarcas, lo que les llevó a bucear en las fuentes clásicas y renacentistas de la tradición republicana tanto como en las modernas de la tradición liberal. No obstante, los nuevos Estados hispanoamericanos no partían de cero, a diferencia de sus vecinos del norte, sino que contaban con el ejemplo de éstos, no sólo en el terreno práctico o institucional, sino también en el doctrinal. En cualquier caso, las tesis clásicas apenas llegaron a tener influencia real a pesar de que fueran esgrimidas, ni más ni menos que por el propio Simón Bolívar, entre otros (...). El Libertador, al igual que los líderes republicanos norteamericanos y franceses, tenía una gran formación clásica que influyó decisivamente en su modo de entender la sociedad y la política; de hecho, Catalano, al analizar las causas de la gran originalidad del pensamiento político de Bolívar, lo atribuye a su 'elección consciente de un modelo constitucional que admiraba, el romano (la 'Constitución romana es la que mayor poder y fortuna ha producido a ningún pueblo del mundo', afirmaba Bolívar en Angostura) y del esfuerzo constante por adaptarlo a la realidad hispanoamericana'. Asimismo, y de nuevo a semejanza de otros líderes revolucionarios que le precedieron, el Libertador estaba muy influido por sus lecturas de la obra de Rousseau». Véase en RUIZ RUIZ, Ramón, «Republicanismo clásico en el pensamiento hispano: comentarios sobre una tradición frustrada», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 47, Universidad de Granada, 2013, p. 275 y ss.

[47] A continuación el mensaje transcrito en su plena literalidad: «El mundo sabe que el Alto Perú ha sido en el continente de América, el ara donde se vertió la primera sangre de los libres y la tierra donde existe la tumba del último de los tiranos. Les mostraremos un territorio con más de trescientas leguas de extensión de Norte a Sur y casi otras tantas de Este a Oeste, con ríos navegables, con terrenos feraces con todos los tesoros del reino vegetal en las inmensas montañas de Yungas, Apolobamba, Yucararé, Mojos y Chiquitos; poblado de animales los más preciosos y útiles para el sustento recreo e industria del hombre, situado donde existe el gran manantial de los metales que hace la dicha del orbe y le llenan de opulencia; ved que donde ha podido existir un floreciente Imperio, solo aparece bajo la torpe y desecante mano de Iberia, el símbolo de la ignorancia, del fanatismo, de la esclavitud e ignominia; una educación bárbara calculada para romper todos los resortes del alma, una agricultura agonizante, guiada por la sola rutina, el monopolio escandaloso del comercio el desplome e inutilización de nuestras poderosas minas, por la barbarie del poder español; venid en fin y si cuando contempléis a nuestros hermanos los indígenas, hijos del grande Manco Capac, no se cubren vuestros ojos de torrentes de lágrimas viendo en ellos los hombres más desgraciados, esclavos tan humillados, seres sacrificados a tantos ultrajes y penurias, concluyendo con nosotros que nada es tan justo como romper los inicuos vínculos con que fuimos unidos a la cruel España». CÁCERES BILBAO, Pío, *El Senado Nacional 1825-1925*, Unidas, La Paz, 1926, p. 83.

ponían la vida, el rey cedía títulos, honores y beneficios a futuro descontando siempre una quinta parte de lo obtenido para él. Y la religión que contribuyó a destruir los dioses del pueblo americano»[48]. Pues existía un fuerte deseo expansionista por parte de Castilla hacia los territorios americanos, traducido en intereses netamente de orden económico.

FÉLIX TRIGO en cuanto al modo organizativo político y administrativo ejercido por España en América, describe: «Con el descubrimiento de América se inicia en este continente la época colonial, durante la cual España tuvo a su cargo la organización política y administrativa de las tierras que descubría, poblaba y conquistaba. Mediante autoridades establecidas en la Metrópoli, como eran el rey, el Consejo de Indias y la Casa de Contratación, y, en América, merced a los Adelantados, Gobernadores, Virreyes, Intendentes, Audiencias, Cabildos y Consulados, se manifestó el Estado español en las Indias...»[49]. Así pues durante el período de la colonia y los Virreinatos[50] el régimen legal que ordenaba las relaciones sociales y jurídicas en los territorios de América, provenía de las leyes de Castilla, y en su último estadío de las leyes españolas y de la Constitución de Cádiz (1812)[51].

---

[48] DE MESA, José; GISBERT, Teresa y DE MESA GISBERT, Carlos, *Historia de Bolivia*, Gisbert y CIA, La Paz, 2007, p. 84 y 85.

[49] FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit*., *Las Constituciones*..., p. 18 y ss.

[50] En relación al descubrimiento y la conquista de América FÉLIX TRIGO afirma: «Cuando se descubrió y conquistó Perú, Pizarro y Almagro procedieron a distribuir sus tierras, dando la denominación de gobernación de Nueva Toledo al antiguo Collasuyo. Posteriormente, el Perú se dividió en bajo y alto. El Alto Perú fue parte integrante del Virreinato del Perú, con sede en Lima. Pero, desde 1776, pasó a integrar el Virreinato del Río de la Plata, cuya capital era Buenos Aires. Este Virreinato comprendía ocho intendencias y cuatro provincias, a saber: Intendendias de La Paz, Charcas o Chuquisaca, Potosí, Cochabamba, Salta del Tucumán, Córdoba del Tucumán, Buenos Aires y Paraguay, y Provincias de Moxos, Chiquitos, Misiones Guaraníes y Montevideo. La Audiencia de Charcas, fundada por Real Cédula de 12 de junio de 1559, situada cerca de Potosí, cuyas minas atrajeron gran cantidad de gente, alcanzó esplendorosa fama en América y sirvió de base para la creación de América». FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit*., *Las Constituciones*..., p. 19.

[51] A propósito de las palabras de TOMÁS y VALIENTE en el contexto indicado: «El Derecho de Castilla se trasplantó íntegra y automáticamente a Indias en principio, como consecuencia de la incorporación de éstas a la Corona de Castilla, de modo que las leyes promulgadas en Castilla se entendían sin más vigentes en el nuevo mundo. Esto fue expresamente declarado por diferentes disposiciones reales de 1528, 1530, 1538, 1563, etc. En todas estas ocasiones al hablar de vigencia automática del Derecho de Castilla e Indias, y referencia a aquél, se alude 'a la ley de Toro', es decir, a todo el sistema normativo castellano» y añade: «...se produjo lo que García-Gallo ha denominado 'el trasplante del Derecho castellano a Indias'. En unos primeros momentos, cuando ni Colón ni los reyes ni nadie sabían aún en verdad que era lo que habían descubierto, se pensó sin más que en las nuevas tierras rigiese el Derecho de Castilla (...). Y así como un Derecho especial respecto a otro más amplio Derecho general, el de Castilla, fueron surgiendo las leyes de indias». Véase en TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, 4ta. Edición, 8va. Reimpresión, Tecnos, Madrid, 2001, p. 330 a 340. Por otra parte, considerando el contexto histórico español analizado, remitimos también para profundizar el estudio especialmente de los Fueros del reino de Toledo y Castilla la Nueva a la obra: CHAMOCHO CANTUDO, Miguel Ángel, *Los Fueros del reino de Toledo y Castilla La Nueva*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1era. Edición, Madrid, 2017.

Se hace evidente que la Constitución de Cádiz regía paralelamente en territorios de España y territorios de las Indias. A tal punto que esta Carta Magna regía para españoles y americanos, pues ambos conformaban «una sola nación» a tenor literal del artículo 1 de la Constitución de Cádiz[52]. La descripción de la entrada en vigor de la Constitución de Cádiz, es comentada por ANDALUZ: «...en 1812, con ocasión de la promulgación de la Constitución de Cádiz, el Virrey Abascal, en Lima, ordenó festejos en todo el territorio del virreinato. En Chuquisaca, el Presidente de la Audiencia de Charcas, Brigadier Juan Ramírez, 'ordenó replique de campanas salvas de artillería, iluminación general durante tres noches, así como Tedeum y rogativas'. Y, cuando Fernando VII la juró en 1820, la Constitución de Cádiz fue jurada en los pueblos de Charcas en octubre de aquel mismo año...»[53].

ANDALUZ también analiza el contenido de la «Gaceta», documento que constituía una declaración referida a las colonias americanas, y que contenía tres partes claramente definidas. En la primera parte ratificaba que: «el inconcuso concepto de que los dominios españoles en ambos hemisferios forman una misma y sola monarquía, una misma y sola Nación y una sola familia, y que por lo mismo los naturales que sean originarios de dichos dominios europeos o ultramarinos son iguales en derechos a los de la península»[54]. En cuanto a la segunda parte, enunciaba lo siguiente: «quedaba a cargo de las Cortes tratar con oportunidad y con particular interés todo cuanto pudiera contribuir a la felicidad de los de Ultramar, como también del número y forma que debiera tener en lo sucesivo la representación nacional en ambos hemisferios»[55]. Y finalmente en la tercera parte de este documento, se establecía que: «desde el momento en que los países de Ultramar en donde

---

[52] En lo que se refiere a este punto crucial de la historia de América ROLLA especifica: «... el común curso jurídico de España y la colonia convergió con la instauración de las Cortes de Cádiz, por tanto se trataba de la primera aproximación al constitucionalismo liberal moderado, (...) la Constitución de 1812 es concebida como el primer y único intento que realizó la clase política española conjuntamente con América, de crear una comunidad hispánica de naciones, una verdadera *commonwealth*, (...) vínculos políticos que unían a dicho continente con España, sino también de la decisión de asociarse en las decisiones constituyentes representadas en tal continente, y que proporcionaron al debate una contribución peculiar, concediendo a este texto una cierta vocación americanista». ROLLA, Giancarlo, «La evolución del constitucionalismo en América Latina», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16, Madrid, 2012, p. 330. Para completar este planteamiento aludimos a TORRES DEL MORAL, quien desarrolla un estudio detallado sobre los distintos elementos que componen la Constitución Española de 1812, precedido por un análisis objetivo del constitucionalismo histórico español. Véase concretamente la obra: TORRES DEL MORAL, Antonio, «El inicio del constitucionalismo español», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 26, Valencia, 2012, p. 169 y ss.

[53] ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, «Cádiz en Charcas: conjeturas e indicios», *Revista de Derecho Político*, núm. 84, Madrid, mayo-agosto de 2012, p. 441.

[54] *Ibidem*.

[55] *Ibidem*.

se hubieran manifestado conmociones hicieran el debido reconocimiento a la legítima autoridad soberana que se haya establecido en la madre Patria, hubiera un general olvido de cuanto hubiese ocurrido indebidamente en ellos, dejando, sin embargo, a salvo, el derecho de terceros'»[56]. Documento que en todas sus partes confirma lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución de Cádiz, que los dominios españoles en ambos hemisferios son una misma y sola Nación, y que por tanto, los originarios de América gozarían de los mismos derechos, que los propios de la población peninsular ibérica. Aunque en la *praxis* es sabido que los americanos sufrieron una afectación directa de su dignidad.

Tras la fundación de Bolivia por el Gran Mariscal de Ayacucho, mediante el solemne *Decreto del 9 de febrero de 1825*, es que se redimió oficialmente las provincias del Alto Perú de la opresión española, proclamándose su absoluta libertad[57]. Se denomina las provincias del Alto Perú al dominio de España sobre el medio geográfico y social de gran parte del actual territorio de Bolivia y del sur peruano. De este modo resulta que se trata básicamente de una zona andina, y además corresponde puntualizar que el territorio del Alto Perú mantiene correspondencia naturalmente con aquella zona geográfica conocida comúnmente como Callao[58].

---

[56] *Ibidem*.

[57] Luego de elegirse al Mariscal Sucre, como presidente provisorio, la Asamblea pidió a Bolívar escribir un proyecto de Constitución para Bolivia, aplazando para el 25 de mayo de 1826 la siguiente reunión del Congreso, que debía sancionar la Constitución Boliviana. En su mensaje al Congreso de Bolivia, en Lima el 25 de mayo de 1826, el Libertador Bolívar presentó su proyecto de Constitución con las siguientes palabras: «La sabiduría de todos los siglos no es suficiente para componer una ley fundamental, las lecciones de la experiencia sólo muestran largos períodos de desastres interrumpidos por relámpagos de ventura. Vuestro deber os llama a resistir el choque de dos monstruosos enemigos que recíprocamente se combaten y ambos os atacarán a la vez: la tiranía y la anarquía forman un inmenso océano de opresión que rodea a una pequeña isla de libertad, embatida perpetuamente por la violencia de las olas y de los huracanes, que la arrastran sin cesar a sumergirla». SIMÓN JOSÉ ANTONIO DE LA SANTÍSIMA TRINIDAD, Bolívar Ponte y Palacios Blanco, *Doctrina del Libertador*, Ayacucho, Caracas, 1979, p. 230.

[58] En cuanto al territorio del Alto Perú FÉLIX TRIGO puntualiza: «El Alto Perú, como es sabido, comprendía cuatro provincias o gobernaciones, que se subdividían en distritos y subdelegaciones. Las provincias eran: 1) La Paz, o actual departamento del mismo nombre; 2) Chuquisaca, Charcas o La Plata; 3) Potosí, que comprendía Atacama y Oruro, y a la que se agregó los territorios de Tarija, que la Ordenanza de Intendentes (1782) le adjudicó, y 4) Cochabamba, que comprendía el distrito de Santa Cruz y los territorios de Mojos y Chiquitos. Bolívar asignaba a esta parte de América gran importancia por su posición estratégica. El Alto Perú constituía, evidentemente, un cuerpo político distinto, con nítida fisonomía de una nación incipiente, a la que vino a cimentar el derecho de Sucre. La noble finalidad de la revolución fue organizar la vida independiente de nuestra patria, para lo que no hubo sacrificio que no se consumara, soportando quince años de sangrienta y desigual lucha en la que los pueblos tomaron para sí la responsabilidad de mantener siempre *encedida la antorcha de la libertad*. El Alto Perú, que durante el coloniaje estuvo bajo la dependencia del Virreinato del Perú, primero, y del Río de la Plata, después, tenía vínculos de los que precisaba desligarse. El Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata, por ley de 9 de mayo de 1825, acordó que las cuatro provincias del Alto Perú 'queden en plena libertad para disponer de su suerte, según crean convenir mejor a sus intereses y a su felicidad'». FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit.*, *Las Constituciones*..., p. 27 y ss.

FÉLIX TRIGO en cuanto al emblemático *Decreto de 9 de febrero de 1825*, que sacramentó la independencia de la Nación, comenta: «El General Sucre, carente de instrucciones de orden político y desconociendo el pensamiento íntimo de Bolívar sobre cuál sería la organización institucional que debían adoptar estas provincias, actuó de acuerdo al clamor de los altoperuanos (...). Para el efecto, dictó el célebre *Decreto de 9 de febrero de 1825*, que es el primer documento institucional de Bolivia. Está noblemente inspirado, reconoce la soberanía del pueblo, consagra principios básicos de Derecho público para concluir colocando la piedra fundamental sobre la que se levante la independencia del país: 'La Asamblea General de Representantes del Alto Perú deliberará acerca de los destinos de las provincias y sobre el régimen provisorio de gobierno. Reconocimiento explícito de la autodeterminación de los pueblos que permitió la creación del nuevo Estado'»[59]. De forma posterior a la proclamación independista se fraguaron una serie de Constituciones durante toda la época republicana, iniciándose este proceso, con la primera Constitución dada a la Nación, en 1826.

De este modo la primera Constitución de la República de Bolivia fue sancionada el 6 de noviembre de 1826, y promulgada por el presidente Sucre, el 19 de noviembre de 1826. Respecto a esta Carta Magna, FÉLIX TRIGO, expresa: «...la Asamblea Deliberante de 1825, que clausuró sus sesiones el 6 de octubre de ese año, dispuso para el 25 de mayo del venidero la reunión del Congreso General Constituyente y solicitó a Bolívar un proyecto de Constitución, que fue remitido desde Lima en el mes de junio de 1826, acompañado de un grandioso mensaje denominado: 'Discurso del Libertador al Congreso Constituyente de Bolivia'»[60].

En cuanto a posibles influencias de la Constitución de Cádiz a la Constitución de 1826, ANDALUZ, asegura que sólo existió una asistencia de tipo técnica de la Constitución de Cádiz, debido al modelo político adoptado con anterioridad. Por tanto, afirma que sin la presencia de Cádiz, igualmente Bolivia hubiese proclamado la Constitución de 1826, a causa principalmente de la fuerza independista y liberal que se cernía en los aires de aquel entonces[61]. Un ejemplo de ello es la asistencia técnica que claramente está reflejada en

[59] FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit., Las Constituciones...*, p. 28.
[60] FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit., Las Constituciones...*, p. 59 y 60.
[61] ANDALUZ VEGACENTENO explica detalladamente los múltiples artículos que develan la asistencia técnica que hubo de Cádiz con la Constitución de 1826. De este modo, extractamos preceptos relevantes, según el autor: «La otra fuente documental es la propia Constitución de 1826. Hay en ella ciertas coincidencias con la Constitución de Cádiz que denotan el conocimiento de su texto. Así, mientras en Cádiz se decía que 'La

los artículos 1 de ambas Constituciones. En efecto, el artículo 1 de Cádiz dice: «La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios», por su parte el artículo 1 de la Constitución de 1826, ordenaba: «La Nación boliviana es la reunión de todos los bolivianos».

La Constitución de 1826 definió a la Nación como la reunión de todos los bolivianos, con el reconocimiento de un gobierno popular representativo. Sin embargo, la Constitución escrita de Bolívar (12 de agosto a 29 de diciembre de 1825) tuvo efímera vigencia, pues fue abatida en un motín, el 18 de abril de 1828[62]. Esta revuelta terminó derrocando al presidente Sucre (1825-1828)[63]. MESA GISBERT sobre la Constitución boliviana de 1826, señala las siguientes notas características: *i*) religión católica, *ii*) régimen unitario, *iii*) presidente vitalicio nombrado por el congreso constituyente, quien proponía al legislativo el vicepresidente, *iv*) legislativo dividido en tres Cámaras: tribunos, senadores y censores, todos ellos cargos vitalicios y *v*) un cuarto poder: electoral[64].

Celebrado el Tratado de Piquiza, el 6 de junio de 1828[65], el ejército peruano tuvo que evacuar el territorio invadido, al cumplimiento previo de dos exigencias contenidas en el

---

Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios' (artículo 1), en Bolivia se dijo que 'La Nación boliviana es la reunión de todos los bolivianos' (también artículo 1). Lo mismo, el artículo 2 de la Constitución de Cádiz decía que 'La Nación española es libre é independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona', y el artículo 2 de la Constitución de Bolivia que 'Bolivia es, y será para siempre, independiente de toda dominación extranjera; y no puede ser patrimonio de ninguna persona ni familia'. Y en ambos países, por ley, se haría la 'división más conveniente' del territorio (artículo 11 en España y 5 en Bolivia)...». ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *op. cit.*, «Cádiz en...»..., p. 458 a 460. Para profundizar sobre las fuentes de la Constitución vitalicia véase: ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *Cádiz en Charcas: conjeturas e indicios*, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2019.

[62] En relación a este hecho histórico FÉLIX TRIGO indica expresamente: «En sus lineamientos generales, la Constitución bolivariana, de efímera vigencia, pues fue abatida prácticamente con el motín de 18 de abril de 1828 y sustituida formalmente por otra en 1831». FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit.*, *Las Constituciones...*, p. 60.

[63] URIOSTE NARDIN, Juan Cristóbal, «La Constitución Política del Estado en la Historia», en AA.VV., *Reflexión crítica a la nueva Constitución Política del Estado*, Konrad-Adenauer-Stiftung, La Paz, 2009, p. 72.

[64] DE MESA, José; GISBERT, Teresa, y DE MESA GISBERT, Carlos, *op. cit.*, *Historia de...*, p. 275.

[65] En cuanto al suceso histórico de la firma del Tratado de Piquiza MESA GISBERT señala lo siguiente: «En esos años la situación internacional se puso tensa, el gobierno del general La Mar en el Perú se preparaba para una guerra con Colombia y ante el peligro de una invansión desde Bolivia por parte de Sucre, La Mar envió a la frontera un ejército al mando de Gamarra. En marzo de 1828 Sucre tuvo una entrevista con Gamarra en el Desaguadero y a su regreso a Chuquisaca; el 18 de abril, sufrió un atentado en el que fue herido en un brazo. El orden fue restablecido, pero el Mariscal de Ayacucho consideró como definitivo su alejamiento del poder y renunció a la presidencia de la República. El motín estuvo alentado desde Perú y algunos políticos bolivianos participaron en él, hecho explicable por el cansancio de tener el país ocupado por tropas extrañas, los cargos principales en manos de muchos extranjeros y por el peligro de que a Bolivia se la involucrara en un conflicto intercontinental. Por su parte, el pueblo sufría los abusos de un ejército inactivo y cansado. A raíz de estos sucesos, Gamarra avanzó con sus tropas hasta Oruro, el ejército boliviano estaba en manos de Pérez de Urdininea que no tuvo una actuación decidida; Pedro Blanco, que

tratado: *i*) convocar al Congreso constituyente, hasta ese momento en receso, para recibir el mensaje y admisión de la renuncia del presidente Gran Mariscal de Ayacucho, Antonio José de Sucre; y *ii*) nombrar un gobierno provisorio, convocando a una Asamblea Nacional que modifique o declare subsistente tal situación[66].

En diciembre de 1828, la Asamblea Convencional denominada también «Asamblea Convulsional» eligió como presidente a Blanco (1828-1829), quien terminó siendo cómplice del motín contra Sucre, y la invasión de Gamarra. Después de un mes en la presidencia, en enero de 1829, una acción militar con la participación de José Ballivián, lo apresó y encerró en el claustro de «La Recoleta» donde fue fusilado en medio de un tumulto[67]. MESA GISBERT afirma que la pretensión de Blanco fue la anexión de Bolivia a Perú, plan que definitivamente terminó truncándose con su defenestración: «...estando Velásco interinamente en la presidencia, el congreso en forma sorpresiva nombró presidente al general Pedro Blanco y vicepresidente a Ramón Loayza (...). Los antecedentes de ambos ciudadanos, muestran claramente que hubo acuerdos con Gamarra para que dicha elección tuviera lugar, ambos, Blanco y Loayza, eran partidarios de una anexión al Perú...[68].

De forma posterior a este suceso de absoluta trascendencia, resulta que se instaló la Asamblea General Constituyente de 1831, en la que se nombró presidente de la República al Mariscal Andrés de Santa Cruz (1829-1839)[69]. FÉLIX TRIGO en lo que se refiere a la Constitución de 1831, afirma expresamente que la Asamblea General Constituyente de 1831, reformó la Constitución de 1826 y dictó la segunda Constitución de la República de Bolivia, que fue sancionada y promulgada por el presidente Andrés de Santa Cruz, el 14 de agosto de 1831. Las notas características de esta Carta Magna, fueron: *i*) ampliación del capítulo de garantías, y *ii*) proclamación de que: «nadie ha nacido esclavo en Bolivia

---

era el otro jefe del ejército, estaba de acuerdo con Gamarra y tampoco tomó acción alguna. En julio de 1828, en Piquiza, se suscribió un tratado entre Perú y Bolivia el cual estipulaba la salida de las tropas colombianas del país, la convocatoria de una asamblea para aceptar la renuncia del mariscal Sucre, designar un gobierno provisorio y revisar la Constitución vitalicia». DE MESA, José; GISBERT, Teresa, y DE MESA GISBERT, Carlos, *op. cit.*, *Historia de*..., p. 278.

[66] URIOSTE NARDIN, Juan Cristóbal, *op. cit.*, «La Constitución...»..., p. 72 y 73.

[67] *Ibidem.*

[68] DE MESA, José; GISBERT, Teresa, y DE MESA GISBERT, Carlos, *op. cit.*, *Historia de*..., p. 279.

[69] Ésta Carta constitucional enfatizó que el nombre de Bolivia era inalterable y el gobierno republicano, popular representativo bajo la forma de unidad.

desde el 6 de agosto de 1825», y prohibición de introducir esclavos al territorio boliviano[70].

El Mariscal Andrés de Santa Cruz pronto promulgó otra Constitución, en 1834[71]. FÉLIX TRIGO respecto a la Constitución de 1834, afirma que fue sancionada por el Congreso reunido en Sucre, el 16 de octubre de 1834, y fue promulgada por el presidente Andrés de Santa Cruz, el 20 de octubre del mismo año. El autor también expresa que esta Carta constitucional mantuvo casi idénticos los preceptos de la Constitución de 1831, con escasas modificaciones de forma: *i*) reuniones del Congreso, que eran anuales, debían realizarse cada dos años; *ii*) ambas Cámaras se reunirían en Congreso para examinar y aprobar los tratados públicos y concordatos celebrados por el Poder Ejecutivo[72].

El Congreso, en junio de 1835, autorizó a la República de Bolivia a confederarse con los Estados formados del Perú[73], quedando establecida la Confederación Perú-Boliviana, en octubre de 1836. FÉLIX TRIGO afirma que el Mariscal Santa Cruz tenía el firme propósito de alcanzar la federación de Bolivia a Perú. También describe que el territorio peruano fue dividido en dos Estados con gobiernos respectivos: Nor y Surperuano. El presidente

---

[70] En lo que respecta la Constitución de 1831 FÉLIX TRIGO precisa: «En 1831 se reunió en La Paz un nuevo Congreso, convocado para examinar los actos del presidente Santa Cruz, que merecieron aprobación. Los representantes nacionales, reunidos en Asamblea General Constituyente, reformando la Constitución Política sancionada en 6 de noviembre de 1826, dictaron un nuevo texto político. La segunda Constitución fue sancionada en 14 de agosto de 1831 y promulgada en la misma fecha por Andrés de Santa Cruz. El capítulo de las garantías es ampliado. Se proclama que *nadie ha nacido esclavo en Bolivia desde el 6 de agosto de 1825* y queda prohibida la introducción de esclavos en su territorio». FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit*., *Las Constituciones*..., p. 72 y 75.

[71] El tenor literal del artículo 74 de la Constitución de 1834, decía: «Las atribuciones del Presidente de la República son: 20. Dirigir las negociaciones diplomáticas, y celebrar tratados de paz, amistad, federación, alianza, treguas, neutralidad, comercio y cualquier otros; debiendo preceder siempre la aprobación del Cuerpo Legislativo». Cuadro en el que subrayamos: «Anticipándose al proyecto de la Confederación Perú-Boliviana, que ya tenía en mente. Santa Cruz obtuvo la introducción de algunas reformas en la carta dictada tres años atrás y que se ajustarán a sus futuros propósitos. En efecto la nueva Constitución autorizaba al Presidente de la República a celebrar tratados federativos o confederados con Estados vecinos y ampliaba el receso legislativo a dos años, en reemplazo de las anteriores reuniones anuales. Esta última medida tendía, como es fácil advertir, a dotar de una mayor libertad de acción al poder ejecutivo». SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis; RAMOS PÉREZ, Demetrio; COMELLAS, José Luis, y GALLEGO, José Andrés, *Historia General de España y América*, Tomo XVIII, RIALP, Madrid, 1992, p. 526.

[72] FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit*., *Las Constituciones*..., p. 75.

[73] Artículo 1 de la Ley de 22 de julio de 1835: «Se aprueban los actos del Gobierno, verificados en uso de la autorización extraordinaria que se le concedió por la ley de 6 de Noviembre de 1833, y especialmente el tratado concluido con el Gobierno del Perú, en esta capital en 15 de Junio del presente año, como también el art. 5 de la declaratoria del Capital General Presidente Andrés Santa-Cruz, en 10 de Julio del mismo año, que habla de la federación de Bolivia con el Perú dividido en dos Estados. Se prestó la República de Bolivia á confederarse con los Estados que se formasen en el Perú». De esta forma, Andrés de Santa Cruz por medio de esta ley estableció la confederación perú-boliviana compuesta por el Estado nor-peruano, Estado sud-peruano y la República de Bolivia.

Andrés de Santa Cruz efectivizó la firma del Pacto de confederación entre los dos Estados, el 1 de mayo de 1837. Sin embargo, a causa de la batalla de Yungay, se puso fin a la hegemonía de Santa Cruz[74].

Tras el descalabro de la confederación en febrero de 1839, el protector dimitió del mando. A su caída fue declarado por Ley traidor a la patria y se le prohibió de por vida regresar del exilio donde murió. El mismo año, el Congreso eligió como presidente Constitucional al general José Miguel de Velasco (1837-1839), quien promulgó una Constitución[75]. FÉLIX TRIGO respecto a la Constitución de 1839, señala que el Congreso Constituyente ratificó el pronunciamiento general contra el proyecto de la confederación perú-boliviana. Así, se dictó la cuarta Constitución de la República, sancionada y promulgada por el presidente José Miguel de Velasco, el 26 de octubre de 1839. Su característica principal radicaba en que el Congreso jamás podía reformar sobre: *i*) libertad e independencia de Bolivia, y *ii*) inalterabilidad de su nombre[76].

El presidente José Ballivián (1841-1847) había alcanzado su apogeo tras la victoria de Ingavi, en 1841, batalla en la que abatió a las fuerzas invasoras peruanas de Gamarra. El general Gamarra (Presidente del Perú), murió en pleno combate[77]. FÉLIX TRIGO, sobre la Constitución de 1843, señala que la Convención Nacional reunida en Sucre, dictó la quinta Constitución de la República de Bolivia, sancionada el 11 de junio de 1843, y promulgada por el presidente José Ballivián, el 17 de junio del mismo año. La principal característica de esta Carta Magna fue el restablecimiento del Poder Ejecutivo

---

[74] FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit., Las Constituciones...*, p. 76.

[75] Artículo 1 de la Constitución de 1839: «La Nación Boliviana se compone de todos los bolivianos reunidos bajo una misma asociación política; es libre e independiente y adopta para su gobierno la forma popular representativa».

[76] FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit., Las Constituciones...*, p. 76.

[77] Contextualiza MAYMURA MILÁN el acontecimiento histórico de la Batalla de Ingavi: «José Ballivián el 27 de septiembre de 1841 es proclamado por el Congreso, Capitán General y jefe supremo del Estado; era consciente del peligro que existía en aquel entonces e intentó por todos los medios posibles una conciliación, pero Gamarra no renuncia a su plan de anexar Bolivia al Perú por la fuerza y ocupa La Paz, el 13 de octubre de 1841 (...). El 18 de noviembre de 1841, después de un choque militar estruendoso en los campos de Ingavi, las fuerzas comandadas por Ballivián triunfaron ante las armas peruanas. Un ejército formado imprevistamente por él, que contó con el apoyo y la indignación de todo el pueblo, de todas las fracciones políticas, incluyendo las fuerzas militares que comandaba el Presidente Velasco, porque se jugaba la suerte del país, derrotó a los osados, dejando muerto al impío invasor en la propia línea de fuego y sellando la suerte de Bolivia, país que, desde ese día, nunca más sería amenazado por los que querían absolverlo directamente en su propósito de destruir su calidad de Estado-Nación libre e independiente. El resultado final fue que el General peruano Agustín Gamarra había sido derrotado y apareció un gran héroe boliviano: José Ballivián y Segurola, en esos días tenía 36 años». MAYMURA MILÁN, Marcos L., *Presidentes de Bolivia y Derecho Constitucional*, Hermanos Maymura Milán, Santa Cruz de la Sierra, 2015, p. 60 y 61.

centralizado y con mayores atribuciones de gobierno. De ahí que fue denominada como «ordenanza militar»[78].

Transcurridos varios años, se dictó la sexta Constitución de la República de Bolivia, en 1851. FÉLIX TRIGO, respecto a la Constitución de 1851, expresa que fue sancionada el 20 de septiembre de 1851 por la Convención Nacional reunida en La Paz, y fue promulgada por el presidente Manuel Isidoro Belzu (1848-1855), al día siguiente. Esta Carta constitucional reconocía primordialmente derechos, libertades y garantías individuales. Además, fue la primera Constitución que reconoció el Principio de supremacía constitucional[79].

La siguiente Constitución fraguada durante la República, fue en 1861. FÉLIX TRIGO, en referencia a la Constitución de 1861, señala que fue sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente reunida en La Paz, el 29 de julio de 1861, y fue promulgada por el presidente José María de Achá (1861-1864), el 5 de agosto del mismo año. Se calificó como la Constitución más liberal de su época, y sus notas características fueron: *i*) ampliación de derechos y garantías, *ii*) ni el Congreso ni ninguna asociación podía conceder al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias ni la suma del Poder Público[80].

Tras la revolución de 28 de diciembre de 1864, se canceló la Constitución de 1861, y se disolvió el Consejo de Estado, dando lugar al surgimiento del absolutismo de Melgarejo (1864-1871), quien estaba fuertemente respaldado por el ejército. Así, la Constitución de 1868 fue redactada a la medida del déspota, pues el autócrata no reconocía otra fuente de poder que su caprichosa voluntad[81]. El autor FÉLIX TRIGO, en atención a la Constitución de 1868, afirma que fue sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente reunida en La Paz, el 17 de septiembre de 1868, y fue promulgada por el presidente Mariano Melgarejo, el 1 de octubre del mismo año. Aunque una disposición transitoria señalaba el 1 de noviembre para su promulgación y vigencia. Esta Constitución no contenía mayores reivindicaciones de carácter constitucional.

---

[78] FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit., Las Constituciones...*, p. 79.
[79] FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit., Las Constituciones...*, p. 80 y 83. Resulta de especial importancia el artículo 82 de la Constitución de 1851: «El Poder Judicial reside en la Corte Suprema, en las Superiores y Juzgados de la República. A ellos pertenecen privativamente la potestad de juzgar y aplicar esta Constitución con preferencia a las demás leyes, y las leyes con preferencia a otras resoluciones».
[80] FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit., Las Constituciones...*, p. 83 y 84.
[81] FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit., Las Constituciones...*, p. 89 y 90.

Una nueva reforma a la Constitución, ocurre en 1871. El autor FÉLIX TRIGO, señala que la Asamblea Nacional Constituyente reunida en Sucre, el 9 de octubre de 1871, sancionó la Constitución de 1871, y fue promulgada por el presidente Agustín Morales (1871-1872), el 18 de octubre del mismo año. Se introdujo varias reformas, entre ellas el artículo 1, que suprimió la expresión «República una e indivisible» por la de «República democrática, representativa», redacción que evidenciaba la influencia de los federalistas frente a la tesis unitaria, última que en definitiva prevaleció[82].

La Constitución de 1878, introdujo nuevamente la figura de «República unitaria» a tenor literal de su artículo 1. FÉLIX TRIGO en cuanto a la décima Constitución de la República, expresa que la Asamblea Constituyente de 1877, reunida en La Paz, sancionó esta Constitución, el 14 de febrero de 1878, y fue promulgada por el presidente Hilarión Daza (1876-1879), el 15 de febrero del mismo año. Puntualiza que esta Constitución encarnó la expresión del pensamiento liberal predominante en la época, pues enmarcó sus disposiciones dentro de los principios democráticos. Sus notas características fueron: *i*) régimen unitario adoptado por el Estado, *ii*) forma democrática representativa de gobierno, *iii*) ampliación de garantías de protección de los derechos individuales, y *iv*) regulación de una nueva sección, titulada «De la conservación del orden público», relativa al Estado de sitio[83].

En la Convención Nacional de 1880, en la sesión extraordinaria de 30 de mayo de 1880, el convencional Mariano Baptista, presentó un proyecto de ley que declaraba en vigencia la Constitución de 1878[84]. FÉLIX TRIGO, en referencia a la Constitución de 1880, señala que fue sancionada por la Convención Nacional, reunida en La Paz, el 17 de octubre de 1880, y fue promulgada por el presidente Narciso Campero (1880-1884), el 28 de octubre del mismo año. Pues a raíz de la guerra sostenida con Chile[85], se llegó a congregar a los hombres más representativos en la Convención Nacional de 1880. En esta Carta Magna se introdujo modificaciones de especial relevancia, como: *i*) religión, prohibía el ejercicio

[82] FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit., Las Constituciones...*, p. 93.
[83] FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit., Las Constituciones...*, p. 100 y ss.
[84] *Ibidem*.
[85] Ésta guerra fue denominada del «Pacífico», o del «Salitre». Conflicto que se desarrolló en el período de 1879 a 1884. Donde Chile se enfrentó a Perú y Bolivia, que en esta época eran aliados. Justamente la guerra se desarrolló en el Océano Pacífico, concretamente en el desierto de Atacama. La causa de guerra fue el impuesto de diez centavos establecido por Bolivia a Chile y el tratado de 1873, aunque en el fondo se trataba de un problema de fronteras y de negocio del salitre entre ambos Estados.

público de todo otro culto que no fuese el católico, apostólico y romano, exceptuando las colonias, donde se reconocía tolerancia y *ii*) la creación de una segunda vicepresidencia[86].

Las posteriores reformas constitucionales fueron las de mayor envergadura para la Nación. Estas reformas corresponden a las Constituciones de 1967, 1995 y 2004. Es en este sentido que la Constitución de 1967 en su artículo 1 reconocía a Bolivia, como: «Libre e independiente constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa». Seguidamente, la Constitución de 1995 promulgada por el presidente Gonzalo Sánchez de Lozada (1993-1997), pretendió haber alcanzado una formulación más equitativa en términos de carácter social, pues en su artículo 1, decía: «Bolivia, libre independiente y soberana, multiétnica y pluricultural constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unión y solidaridad de todos los bolivianos»[87].

La convulsión social anunciada por diversos sectores sociales culminó con los terribles sucesos de *Febrero y Octubre Negro de 2003*[88] que cobraron varias vidas, marcando un antes y un después en la historia de Bolivia. Estas movilizaciones de carácter popular demandaron mejores condiciones laborales, incremento salarial, nacionalización de los hidrocarburos, reconocimiento de los derechos indígenas, entre otros. Ante el peligro del resquebrajamiento del Estado de Derecho, el presidente Gonzalo Sánchez de Lozada -elegido democráticamente- sufrió un atentado a su mandato, viéndose obligado a renunciar ante el Congreso Nacional y huir del país para salvar su vida y la de los suyos. El vicepresidente Mesa Gisbert por mandato del artículo 93 de la Constitución de 1995, que establecía: «I. En caso de impedimento o ausencia temporal del Presidente de la

---

[86] *Ibidem*.

[87] *Ibidem.* Esta reforma concordó con otra enmienda que reconoció: *i*) los derechos específicos de los indígenas, *ii*) instituyó las tierras comunitarias de origen, *iii*) reconoció la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y *iv*) dispuso que las autoridades naturales de las comunidades indígenas puedan ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos en conformidad a sus costumbres y procedimientos. No olvidemos que Gonzalo Sánchez de Lozada hizo una de las reformas más importantes para Bolivia, después de la Revolución de 1952, nos referimos a la «participación popular» y la implementación del «Bonosol». Además de luchar contra el narcotráfico y los índices de analfabetismo en área rural.

[88] En palabras de MAYMURA MILÁN «octubre negro» fue un precipicio para Bolivia: «En el 2003, mineros e indígenas se unieron y protagonizaron numerosas protestas contra el gobierno de Sánchez de Lozada, que tuvo que renunciar ese año, tras los hechos negros de octubre que quedaron grabados en la memoria del pueblo boliviano (...). Carlos Mesa Gisbert, asumió la presidencia tras la renuncia de Sánchez de Lozada el 17 de octubre del 2003. Carlos Mesa anunció que formaría un gobierno compuesto por ciudadanos que no pertenecían a ningún partido político». MAYMURA MILÁN, Marcos L., *op. cit.*, *Presidentes de...*, p. 309 y 310.

República, antes o después de su proclamación, lo reemplazará el Vicepresidente y, a falta de éste y en forma sucesiva, el Presidente del Senado, el de la Cámara de Diputados o el de la Corte Suprema de Justicia», asumió la presidencia en un contexto muy convulsionado. Convulsión generada por la activación de constantes reclamos y revueltas sociales provenientes de diferentes sectores sociales, pero principalmente por el sector del Chapare, provincia dedicada a la producción de hoja coca -excedentaria e ilegal-, cuyo único líder es Evo Morales Ayma, vinculado al régimen socialista instaurado en Cuba y Venezuela, o en otras palabras, a los nexos «castro-chavista».

El presidente Mesa Gisbert (2003-2005) tuvo que buscar estabilidad social y política en un ambiente altamente caldeado por una multiplicidad de factores que hacían ingobernable la Nación. De ahí que promulgó la reforma constitucional de 2004, modificando sustancialmente el artículo 1 de la Constitución, cuyo tenor literal, decía: «I. Bolivia libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural constituida en República Unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa y participativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos. II. Es un Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad y la justicia».

La reforma constitucional de 2004 reconoció importantes avances para el país. En este sentido, ASBÚN, subraya los siguientes artículos: «*i*) en el artículo 1, se incorporó el inciso segundo con el siguiente contenido: (Bolivia) 'Es un Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad y la justicia'; *ii*) en el artículo 4, se modificó la redacción: 'El pueblo delibera y gobierna mediante sus representantes y mediante la Asamblea Constituyente, la iniciativa legislativa ciudadana y el Referéndum establecidos por esta Constitución y normados por ley'; *iii*) en el artículo 23 se incorporó el *Habeas Data*, incluyendo en el inciso IV, que este recurso: 'no procederá para levantar el secreto en materia de prensa'; *iv*) en el artículo 38 se eliminó la discriminación respecto de la nacionalidad de la mujer a consecuencia del matrimonio: 'Los bolivianos, hombres y mujeres, casados con extranjeros, no pierden su nacionalidad'»[89].

[89] Extraído del discurso del presidente Mesa Gisbert. A continuación palabras de Asbún en el *Acto solemne* de promulgación de la ley de «Reforma Constitucional», de 20 de febrero de 2004.

Continúa el autor remarcando: «*v*) en el artículo 52 sobre la inmunidad de los legisladores, inmunidad sólo restringida en materia penal y privación de libertad, más no protección para delitos flagrantes; *vi*) en el artículo 71 se incorporó la iniciativa ciudadana. La modificación de los artículos 222, 223 y 224 se destacó por la desmonopolización partidaria de la representación política, pues se abrió la posibilidad de que los candidatos a todos los cargos electivos, sean representados no sólo por los partidos políticos, sino también por agrupaciones ciudadanas y/o pueblos indígenas. En el artículo 223 se fijaron algunos principios para la organización y funcionamiento de los partidos y agrupaciones, así como el cumplimiento de los principios, derechos y garantías constitucionales; *vii*) de la reforma constitucional, se modificó los artículos 231 y 232 de la Constitución, y se estableció dos procedimientos de reforma: uno para la reforma parcial y otro para la reforma total de la Constitución»[90]. Se hace evidente que la reforma constitucional de 2004, otorgó a Bolivia, un texto constitucional altamente cualificado, cuyas premisas nucleares fueron: *i*) Estado de Derecho, *ii*) democracia directa, y *iii*) reconocimiento de derechos y garantías constitucionales.

No obstante, la estrategia desestabilizadora y golpista resurgió en el país, Mesa Gisbert acorralado por la falta de consenso político en el Congreso Nacional y las continuas revueltas de movimientos sociales, tuvo que renunciar a la presidencia prematuramente y convocar a elecciones generales. Fragmentada la democracia por factores vinculados a movimientos de izquierda. Finalmente Evo Morales (2006-2019) ganó elecciones en 2005 y asumió la presidencia en 2006. El nuevo presidente convocó de forma directa a una Asamblea Constituyente, expresando que se trataba de un requerimiento de la población. La pretensión fue redactar una nueva Constitución que: «refundase el Estado». Lamentablemente, Mesa Gisbert dejó el camino allanado para que se produzca «el asalto del poder»[91]. Cabe hacer notar que es un fenómeno repetitivo en la historia de Bolivia, que gran parte de las Constituciones se originaron en «Asambleas Nacionales o Convencionales», en las cuales, sus representantes partidarios se atribuían la soberanía popular para redactar una nueva Carta constitucional. Este tipo de Constituciones se

[90] *Ibidem*.
[91] Puede tomarse nota al respecto para fines de consulta, la tesis doctoral del señor Íñigo Errejón Galván, cuyo título es: «La lucha por la hegemonía durante el primer gobierno del MAS en Bolivia (2006-2009): un análisis discursivo», Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002.

ajustaban a los planteamientos del presidente de turno. Ejemplo paradigmático de ello, fue la Constitución redactada durante el gobierno de Melgarejo, de 1868.

Tras ello, el Congreso Nacional sancionó el proyecto de nueva Constitución, en octubre de 2008. En lo principal, se reformó el artículo 1 de la Constitución, quedando redactado del siguiente modo: «Bolivia se constituye en un Estado unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico cultural y lingüístico dentro del proceso integrador del país».

Conviene realizar el análisis referido al proceso constituyente, desplegado paulatinamente a través de distintas etapas. De este modo el Congreso Nacional aprobó la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, el 2006. Esta normativa disponía que la finalidad de la Asamblea Constituyente consistía en la reforma total de la Constitución[92]. Para alcanzar este cometido, la norma fijó un período de sesiones no menor de seis meses ni mayor a un año, computables a partir de la instalación de la Asamblea Constituyente[93]. Asimismo esta Ley Especial reguló los aspectos más importantes de funcionamiento de la Asamblea Constituyente, a tal fin determinó: *i*) 255 constituyentes, y *ii*) votación para la aprobación de la Constitución, por dos tercios de votos de los miembros presentes de la Asamblea Constituyente[94]. Cobra especial relevancia la particularidad de que la Asamblea Constituyente «no dependía ni estaba sometida a los poderes constituidos» y «no podía interferir el trabajo de los poderes constituidos»[95].

La población eligió a los asambleístas constituyentes, el 2 de julio de 2006. Tras los resultados finales, el partido del MAS, no logró los dos tercios esperados, sino sólo un

[92] Véase artículo 1 de la Ley especial de convocatoria a la Asamblea Constituyente, de 6 de marzo de 2006.
[93] Véase artículo 24 de la Ley especial de convocatoria a la Asamblea Constituyente, de 6 de marzo de 2006.
[94] Véanse artículos 5 y 24 de la Ley especial de convocatoria a la Asamblea Constituyente, de 6 de marzo de 2006. En opinión de LAZARTE para el reconocimiento de los 255 Asambleístas se materializó cambios en las circunscripciones: «Para ello se transformó las 70 circunscripciones uninominales en trinominales, dos por la primera mayoría y uno por la segunda mayoría; los restantes 45 constituyentes fueron distribuidos en cinco por cada uno de los nueve departamentos, de los cuales dos fueron elegidos por la primera fuerza y los otros tres por la siguiente». LAZARTE ROJAS, Jorge, «La Asamblea Constituyente de Bolivia: de la oportunidad a la amenaza», *Revista Nuevo Mundo Mundos Nuevos* (*on line*), núm. 2, 2008, p. 3.
Visítese la web: http://journals.openedition.org/nuevomundo/42663. (Fecha de consulta: 2-4-2017).
[95] Véase artículo 3 de la Ley especial de convocatoria a la Asamblea Constituyente, de 6 de marzo de 2006.

51%[96]. El MAS[97] obtuvo la mayoría absoluta de 137 constituyentes (53,7 %), mientras que PODEMOS[98], como segunda fuerza política, alcanzó 60 constituyentes (23.5%). Las tres fuerzas restantes, apenas obtuvieron 8 asambleístas, cada una[99]. Efectivamente, también existió un número de: *i*) partidos políticos, *ii*) agrupaciones ciudadanas, *iii*) representaciones políticas, y *iv*) orientaciones políticas, que conformaron la Asamblea Constituyente[100].

La Asamblea Constituyente, con sede en Sucre, se instaló el 6 de agosto de 2006[101]. De esta forma el nuevo texto constitucional sería aprobado por dos tercios de votos de los miembros presentes de la Asamblea Constituyente al tenor de la Constitución de 2004 y la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente. Aunque las tensiones en cuanto a la elección del método de votación se mantuvieron latentes durante todo el proceso constitucional debido a la oposición política del binomio dos tercios/mayoría

---

[96] *Cfr*. artículo 3 de la Ley especial de convocatoria a la Asamblea Constituyente, de 6 de marzo de 2006.

[97] MAS-IPSP: Movimiento al Socialismo-Instrumento Político por la Soberanía de los Pueblos, o también denominado Movimiento al Socialismo, es un partido político socialista de Bolivia. Éste fue fundado en 1987 y liderado por Evo Morales Ayma, quien fue presidente de Bolivia (2006-2019) y líder del MAS, aún en la actualidad. Recordemos que Evo Morales Ayma dimitió en octubre de 2019 por pedido del pueblo boliviano. A este tenor MESA GISBERT precisa: «En 1997 Evo Morales llegó al Parlamento como parte de una coalición de izquierda que simplemente le sirvió de plataforma. En 2002 apareció presidiendo un partido político con la sigla MAS y con él como candidato presidencial. Contra todo pronóstico obtuvo un notable segundo lugar muy cerca del ganador. En ese contexto, los íconos del sistema que había sido herido de muerte en 2003 pensaron que mi presidencia era descartable, más aún, pensaron que mi confrontación con Morales en marzo de 2005 había dañado irreversiblemente las opciones presidenciales del líder cocalero, jefe de los cocaleros productores de más del 90% de la cocaína boliviana, se asumió que ambos elementos inviabilizaban la candidatura del jefe del MAS». DE MESA GISBERT, Carlos, *Bolivia 1982-2006 Democracia*, Gisbert y CIA, La Paz, 2017, p. 129.

[98] PODEMOS: Poder Democrático Social fue una alianza boliviana de derecha, fundada el año 2005 y dirigida por el ex presidente de Bolivia Jorge Quiroga. Partido que realizó una alianza con el partido político Acción Democrática Nacionalista (ADN) y con el partido Demócrata Cristiano. Esta alianza fue claramente de tendencia liberal-conservador y franco opositor al gobierno de Evo Morales (MAS). Tiempo después el partido Acción Democrática Nacionalista anunció que la alianza con PODEMOS quedaba disuelta. Pero con miras a las elecciones de 2009, el 2008 PODEMOS materializó una alianza con el Partido Demócrata Cristiano, conformando la unión política Podemos-PDC, cuyo candidato presidencial fue Jorge Quiroga, quien finalmente desistió de la carrera presidencial. Para el año 2009 PODEMOS desapareció como alianza política. MESA GISBERT sobre PODEMOS apunta: «Quien representó entonces el esfuerzo por recuperar el poder perdido en 2003 fue Jorge Tuto Quiroga. Tenía a su favor una corta presidencia que lo convirtió en figura nacional, su juventud y dinámica que contrastaba con la gerontocracia que había gobernado mayoritariamente en tiempos democráticos y su visión 'modernizadora'. Pero Quiroga enfrentaba problemas internos importantes y un muro imposible de vencer. Los problemas: la coalición PODEMOS estaba integrada en su cabeza visible por conspicuos representantes del modelo vapuleado el 2003 en desmedro de figuras relevantes del mundo indígena, su propuesta de gobierno, sin duda coherente y seria, se asociaba con razón a las expresiones más emblemáticas del neoliberalismo y la tecnocracia de los años noventa». DE MESA GISBERT, Carlos, *op. cit.*, *Bolivia 1982*..., p. 129 y 130.

[99] LAZARTE ROJAS, Jorge, *op. cit.*, «La Asamblea...»..., p. 3.

[100] GAMBOA ROCABADO, Franco, *Historia Política de la Asamblea Constituyente*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, La Paz, 2009, p. 70 y ss.

[101] Véanse artículos 6 y 4 de la Ley especial de convocatoria a la Asamblea Constituyente, de 6 de marzo de 2006.

absoluta. Las funciones de la Asamblea Constituyente duraron un año, más cuatro meses adicionales. Tiempo en el que concluyó el trabajo de redacción de la nueva Carta Magna[102].

Precisa Gamboa que ante la realidad del MAS, de no poseer los dos tercios de votos en la Asamblea Constituyente, desde Palacio de Gobierno, se habría dado la orden de que la aprobación de la Carta constitucional se efectuaría, si o si, por mayoría absoluta de votos de los miembros presentes. Lo que devela que esta esfera también habría decidido que la Asamblea Constituyente posea carácter «originario», y por tanto, no se encuentre sujeta a ninguna ley ordinaria[103]. Ambas definiciones de orden gubernamental generaron una serie de conflictos a momento de aprobar el Reglamento General[104].

En este contexto, durante las sesiones de la Asamblea Constituyente, se desató el conflicto en torno a la elección del sistema de votación del texto constitucional. Este mandato se situaba en el Reglamento General. A este hilo, el enfrentamiento se manifestó entre los partidos políticos de MAS y PODEMOS, ya que defendían mayoría absoluta y dos tercios de votos, respectivamente. GAMBOA en lo referente a este punto de inflexión, expresa: «...MAS y PODEMOS, ingresaron en un proceso de polarización por la metodología de aprobación; mayoría absoluta defendida como un derecho táctico, para viabilizar las expectativas del MAS como partido de gobierno, y los dos tercios respaldados por PODEMOS, como alternativa para hacer prevalecer los intereses de la oposición...» y seguidamente matiza: «Se aprobó en grande el Reglamento General durante la madrugada del 1 de septiembre, el sistema sancionado fue el de mayoría absoluta, durante una plenaria tremendamente conflictiva»[105]. El autor también precisa que todos los artículos del Reglamento General, que disponían la toma de decisiones, tenían escrito entre paréntesis: mayoría absoluta/dos tercios[106]. Último hecho que demuestra las imposiciones insalvables producidas al interior de la Asamblea Constituyente.

En similar sentido, se reabrió polémica en cuanto al carácter originario o derivado de la Asamblea Constituyente. Cuya regulación se situaba en el artículo 1 del Reglamento

---

[102] *Cfr.* artículos 6 y 4 de la Ley especial de convocatoria a la Asamblea Constituyente, de 6 de marzo de 2006.
[103] GAMBOA ROCABADO, Franco, *op. cit., Historia Política...*, p. 85 y 86.
[104] *Ibidem*.
[105] GAMBOA ROCABADO, Franco, *op. cit., Historia Política...*, p. 86 y 87.
[106] GAMBOA ROCABADO, Franco, *op. cit., Historia Política...*, p. 101.

General[107]. La Corte Suprema de Justicia falló declarando que la Asamblea Constituyente «no era originaria», por lo que la reacción del primer mandatario de la Nación, fue inmediata, procediendo a desvirtuar públicamente que tal sentencia era: «...sospechosa y una respuesta de las estructuras corroídas del Estado neo-colonial» y además enfatizando que «...si la derecha con el gonismo se atrevió a descabezar a la Corte Suprema para aprobar la Ley de Capitalización con la defenestración de su Presidente Edgar Oblitas, por qué no se podía pensar en hacer desaparecer a la Suprema con un gobierno legítimo que tenía el apoyo de la mayoría absoluta...»[108]. Auténtica expresión relativa a que se impondría el carácter originario de la Asamblea Constituyente. Harb y Alarcón coincidían en dos aspectos, por un lado, en la aprobación por dos tercios del texto constitucional en cumplimiento cabal del Reglamento General, y por otro lado, en el carácter derivado de la Asamblea Constituyente. Puntualizan que la única Asamblea Constituyente originaria ha sido la «Constituyente de 1825», fundadora del país con el nombre de Bolivia. A partir de ahí, las constituyentes fueron derivadas de una ley, como acto legislativo o Decreto de los gobiernos de facto[109].

Durante las sesiones el trabajo de la Asamblea Constituyente se vio amenazado por cinco factores principales: *i*) las autonomías departamentales según la agenda del oriente, *ii*) la capitalidad plena para Sucre, *iii*) los principios constitucionales del Estado Plurinacional contra el Estado Constitucional de Derecho, *iv*) las políticas de redistribución de tierras, y *v*) la propiedad de los recursos naturales bajo el patrocinio exclusivo de los pueblos indígenas[110].

---

[107] *Ibidem*.

[108] En referencia a este punto GAMBOA ROCABADO considera expresamente «El MAS insistía en que el Poder Judicial no ejerza control alguno, ni interponga un recurso o procedimiento legal en contra de la Asamblea Constituyente, que representaba una institucionalidad Plenipotenciaria». GAMBOA ROCABADO, Franco, *op. cit.*, *Historia Política*..., p. 120.

[109] Harb y Alarcón han manifestado: «Proceso Revolucionario: El ex ministro de Justicia, Carlos Alarcón, señaló que declarar a la Asamblea Constituyente originaria se ingresaría a un proceso revolucionario que generaría intranquilidad pública, afectando la paz social. 'Hay graves riesgos de violación a los Derechos humanos por la violencia y fuerza que conlleva una revolución; entonces hay un costo enorme en todo proceso revolucionario porque en definitiva un proceso revolucionario depende de la imposición de los resultados'. De acuerdo con Miguel Harb, sólo se puede declarar Asamblea Originaria si el partido en función de gobierno o los constituyentes electos tienen la intención de cambiar el nombre de Bolivia, los símbolos patrios como la bandera, la organización política actual entre otros. 'Originaria solamente ha sido la constituyente en 1825, que ha fundado el país con el nombre de Bolivia desde ese año las constituyentes que se realizaron fueron totalmente derivadas de una ley, en un acto legislativo o de un decreto de los gobiernos de facto'». Para efectos de consulta véase a través del siguiente enlace: https://www.noticiasfides.com/nacional/politica/constitucionalistas-asamblea-originaria-corre-riesgo-de-ser-declarada-20903. (Fecha de consulta: 8-9-19).

[110] GAMBOA ROCABADO, Franco, *op. cit.*, *Historia Política*..., p. 256.

En este contexto, las dos visiones del país, se plasmaron nítidamente en los informes de Comisión al interior de la Asamblea Constituyente. Lo que produjo una permanente guerra por hacer prevalecer el «Estado Plurinacional» o la «República de Bolivia»[111]. Bajo custodia policial y militar en los Salones del Liceo Militar «Edmundo Andrade» a las afueras de Sucre, el MAS, impuso una sesión de emergencia para aprobar el índice de la Constitución en su estación en grande, el 23 de noviembre de 2007[112]. De este modo, se aprobó el índice del texto constitucional en medio de violencia y con la pérdida de tres vidas[113].

Tras los continuos enfrentamientos manifestados en torno a la aprobación del texto constitucional, la Asamblea Constituyente, se trasladó a la ciudad de Oruro, lugar en el que se instaló la sesión de aprobación en detalle de la Constitución. El partido del MAS y sus aliados, con fuerte resguardo policial, aprobaron el texto final en «detalle» en una sesión agotadora de 15 horas, desarrollada entre los días 8 y 9 de diciembre de 2007. Esta última sesión se caracterizó por ser completamente bochornosa para la dignidad de la Nación[114]. A propósito las palabras de BÖRTH en este sentido: «...lo misterioso de esta sesión, es que Bolivia nunca sabrá qué texto constitucional finalmente fue aprobado, el

---

[111] GAMBOA ROCABADO, Franco, *op. cit., Historia Política...*, p. 234 y ss.

[112] ASBÚN describe este momento de ruptura democrática en el país: «En ese orden, hay que advertir que el proyecto de Constitución aprobado por los asambleístas del MAS incumplió la Ley de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, la Ley de Ampliación de la misma y el propio reglamento de debates. Entre algunas de las violaciones del procedimiento, pueden citarse: el irregular retiro de los informes de minoría y de mayoría sobre el tema de la capitalía plena; el traslado de las sesiones del Teatro Gran Mariscal al Liceo Militar, que se lo hizo violentando la Ley No. 3728 del 4 de agosto de 2007 ya que en la disposición final segunda de la misma únicamente permitía la suspensión temporal de las mismas y no el traslado de las sesiones. Esta irregularidad pretendió ser corregida tres días después, a través de la Ley No. 3792 de 28 de noviembre del 2007, que autorizó al Presidente de la Asamblea a convocar sesiones en cualquier lugar del territorio, pero como la sesión en el Liceo Militar se realizó antes, ésta nueva ley no hacía más que confirmar la irregularidad antes apuntada». ASBÚN ROJAS, Jorge Antonio, «Una democracia plena requiere de una participación plena», en AA.VV., *Comentarios a la propuesta constitucional aprobada por la Asamblea Constituyente boliviana*, IDEA, La Paz, 2008, p. 167. En similar sentido LAZARTE sostiene: «Se violó el artículo 50 que disponía que la sede era la 'ciudad de Sucre', pero la plenaria donde se aprobó en grande el proyecto tuvo lugar a varios kilómetros de la ciudad, en la Glorieta, donde se encuentra el Liceo Militar. La decisión del traslado fue tomada por la mayoría de la Directiva, sin la presencia de la oposición, que no había sido convocada para tal efecto. La realización de la plenaria violó el artículo 54, que establecía que las sesiones eran de carácter público. La plenaria fue cerrada por el control policial y militar, que cercaron el lugar. Con el fin de ganar tiempo y aprobar el proyecto en una sola reunión, se modificó el Reglamento violando el Reglamento, que en su artículo 55 disponía que los documentos a tratarse en la plenaria: deben ser distribuidos por lo menos veinticuatro horas antes de su tratamiento. El texto fue conocido y aprobado sobre la marcha en las condiciones de grave enfrentamiento que produjo muertes y heridos». LAZARTE ROJAS, Jorge, *Reforma del «experimento» constitucional en Bolivia*, Plural, La Paz, 2015, p. 21.

[113] GAMBOA ROCABADO, Franco, *op. cit., Historia Política...*, p. 269.

[114] *Ibidem*.

texto redactado por las Comisiones y los propios asambleístas constituyentes, o el texto introducido en la oscuridad de la confusión y la premura»[115].

Tal fue la contradicción que existió entre las diferentes versiones de Constitución, que los asambleístas tenían una versión impresa del texto constitucional después de la aprobación en el «Liceo Militar», otra versión antes de ingresar a Oruro, y finalmente, ni siquiera el conjunto de los constituyentes del MAS conocían la versión completa que se escribió sólo entre una «comisión de no más de 30 constituyentes» reunidos en el edificio de la Lotería Nacional y en el Hotel Oberland de la ciudad de La Paz, a fines del 2007[116]. Es más, GAMBOA, sostiene que el texto difundido entre finales de diciembre de 2007 y febrero de 2008, constituyó un «documento apócrifo», comparándolo con los informes originales de mayoría y minoría redactados por las 21 Comisiones de la Asamblea Constituyente, hasta julio de 2007[117]. Fraguado el nuevo texto, en las circunstancias antedichas, todavía la última versión del texto constitucional fue renegociado en el Congreso Nacional[118].

De este modo el nuevo texto constitucional se reescribió varias veces debido a las intensas negociaciones políticas sostenidas entre el gobierno, prefectos de todo el país, y partidos políticos de oposición, en 2008[119]. Finalmente la Carta constitucional fue aprobada vía Referéndum, el 25 de enero de 2009. El resultado fue: 61% que votó por el sí, frente al 39% que votó por el no. Resultado de ello es que la nueva Constitución Política del Estado redefinió: *i*) el tipo de Estado, *ii*) forma de gobierno, *iii*) democracia, *iv*) estructura funcional de los Órganos del Poder Público, y *v*) organización territorial del Estado[120].

---

[115] En este contexto BÖRTH IRAHOLA puntualiza: «Parte del descontento de la población, no quedó sólo en un reclamo, sino que días después los departamentos de Santa Cruz, Tarija, Beni y Pando hicieron conocer sus estatutos autonómicos, logrando una división en el país entre tierras altas y bajas». BÖRTH IRAHOLA, Carlos, «Democracia y Estado de Derecho en el proyecto de Constitución», en AA.VV., *Hacia una Constitución democrática, viable y plural Tres miradas*, Fundación Boliviana para la Democracia Multipartidaria, La Paz, 2008, p. 2.

[116] GAMBOA ROCABADO, Franco, *op. cit.*, *Historia Política*..., p. 283.

[117] GAMBOA ROCABADO, Franco, *op. cit.*, *Historia Política*..., p. 269 y 270.

[118] GAMBOA ROCABADO, Franco, *op. cit.*, *Historia Política*..., p. 284. En relación a este hecho LAZARTE expresa: «El proyecto de Constitución Política fue modificado significativamente por el Congreso Nacional el mes de octubre de 2008, que asumió las facultades de la Asamblea Constituyente (AC) aún en funciones pero paralizada. El mes de enero del 2009 un referéndum aprobó el nuevo texto constitucional, contra la oposición de cerca del 40%, principalmente asentada en el oriente del país. Se supuso por parte de los impulsores que esta Constitución nacía para quedarse. Sin embargo, ahora esas convicciones están sembradas de dudas...». LAZARTE ROJAS, Jorge, *op. cit.*, *Reforma del*..., p. 8.

[119] *Ibidem.*

[120] Véase a propósito la Sentencia Constitucional 2055/2012, de 16 de octubre de 2012: «Denominándose Estado Unitario, porque resguarda la integridad del territorio nacional y garantiza la unidad entre los bolivianos; asimismo, es Comunitario porque revaloriza las diversas maneras de vivir en comunidad, sus formas de economía, de organización social, política y la cultura (...). De la misma forma se erige como

Para cerrar este epígrafe señalamos que el texto constitucional aprobado en la Asamblea Constituyente introdujo importantes modificaciones constitucionales, obviamente, sobre la piedra fundamental de la Constitución de 2004. A tal efecto aludiremos a BÖRTH, quien enumera las siguientes reformas: *i*) eliminación de la palabra o del concepto «república», *ii*) caracterización del Estado como «plurinacional, intercultural y comunitario», *iii*) el principio de «preexistencia de los pueblos indígenas» y consagración constitucional del dominio territorial ancestral de los pueblos indígenas, *iv*) incorporación de la «autonomía» a la descripción del Estado, *v*) introducción del denominativo: «pueblos indígena originario campesinos», *vi*) concepción de soberanía bajo formas de ejercicio «directo e indelegable», y *vii*) introducción del concepto «pluralismo jurídico»[121].

El autor también cuestiona, sobre la eliminación en el texto constitucional, de la palabra República[122], afirmando ante este hecho que: «...si se trata sólo de una cuestión de forma, no existiría ninguna repercusión o derivación posterior, (...) si la innovación supone sustituir el concepto de República por el de Estado, ella implicaría la posibilidad de retroceder de la forma republicana de gobierno hacia modalidades no democráticas de funcionamiento político»[123]. En referencia a este aspecto es necesario puntualizar que en la Constitución de 2009, el constituyente cambia el modelo de Estado, sustituyendo la «República» por el «Estado Plurinacional», en su tenaz intento por refundar el Estado. Hecho «singular» que no se registró desde la fundación de Bolivia. De esta amalgama de conceptos, dispuestos en el modelo de Estado de Bolivia, también se manifiesta la problemática referida al Estado de Derecho y la legalidad penal, que será analizada en el Capítulo III de esta tesis.

2.2.2. *La previsión de reforma*

En este apartado iniciaremos indicando, que en la Constitución de 2009, se ha previsto la reforma parcial y total de la Constitución. En consecuencia, se disponen mecanismos y

---

Estado plurinacional, reconociendo la condición de naciones a los pueblos indígena originario campesinos, bajo el concepto integrado de: pueblos y naciones indígena originario campesinos...».

[121] BÖRTH IRAHOLA, Carlos, *op. cit.*, «Democracia y...»..., p. 8.

[122] Precisamos que la palabra República si bien no forma parte del modelo de Estado (conforme el artículo 1 de la Constitución) contrariamente si está reconocida a tenor del artículo 11: «I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres...». De lo que inferimos que Bolivia es un Estado Plurinacional y a la vez una República, cuestión ciertamente paradójica según reza su literalidad.

[123] BÖRTH IRAHOLA, Carlos, *op. cit.*, «Democracia y...»..., p. 11.

procedimientos propios para llevar a cabo ambos tipos de reformas[124]. Ha de precisarse que la reforma total no se consignaba en las Cartas constitucionales anteriores a 2009, sino hasta la Constitución de 2004. Esta última Carta introdujo mediante modificación constitucional, el reconocimiento pleno de la reforma total, y con ello apareció recogida la figura de la Asamblea Constituyente.

Es este sentido, ALARCÓN sostiene que la Carta constitucional tiene previsto órganos y procedimientos especiales para su reforma que difieren de los mecanismos para la sanción y promulgación de las leyes ordinarias. De tal manera que siendo más complejo y difícil modificar la Constitución, parangonable a cualquier ley ordinaria, la Constitución es rígida. Atributo que garantiza su estatus de norma suprema en el ordenamiento jurídico boliviano[125].

Reforma Total de la Constitución: el texto constitucional establece en el artículo 411.II que la reforma total de la Constitución es aquella que afecta a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución. De este modo la reforma total del texto constitucional debe realizarse a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria[126], asimismo activada por voluntad popular vía

---

[124] La base para determinar la cláusula de reforma constitucional, en el sistema constitucional boliviano, es el artículo 411 de la Carta Fundamental que dispone: «I. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio. II. La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio».

[125] ALARCÓN MONDONIO, Carlos, «Análisis y Comentarios de la Quinta Parte de la Constitución: Jerarquía normativa y Reforma de la Constitución», en AA.VV., *op. cit.*, *Miradas Nuevo*..., p. 236.

[126] ALARCÓN explica en cuanto a los peligros que representa para los valores democráticos, el calificativo de asamblea originaria y plenipotenciaria: «Una Asamblea Constituyente originaria y plenipotenciaria es un concepto político y no jurídico. Solamente se puede dar en dos momentos de la vida institucional de un país: (*i*) en el momento fundacional en el que el Estado se constituye y organiza jurídicamente a través de la primera Constitución y (*ii*) en el momento revolucionario en el que se quiebra el orden jurídico vigente y se lo reemplaza por uno nuevo al margen de las disposiciones constitucionales establecidas para la reforma de la propia Constitución. Ninguno de estos es el caso de una Asamblea Constituyente derivada de la Constitución e incorporada en su texto como un mecanismo para su reforma total. La confusión de estos conceptos puede llevar a distorsiones en la práctica que determinen una actuación de la Asamblea Constituyente fuera del marco constitucional y por encima de los poderes legalmente constituidos». ALARCÓN MONDONIO, Carlos, «Democracia en la nueva Constitución», en AA.VV., *op. cit.*, *Hacia una*..., p. 207.

Referéndum. La convocatoria del Referéndum se realizará mediante mayorías, es decir por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado, o por la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional, o por la Presidenta o el Presidente del Estado. Con tal finalidad, la Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. Para la vigencia de la reforma total se necesitará Referéndum constitucional aprobatorio.

En efecto, el texto constitucional, refleja un núcleo duro, que protege en mayor medida los preceptos indicados en la Constitución, pues consagra procedimientos agravados para su reforma, cuestión completamente diferente en el procedimiento legislativo común. Al hilo de lo dicho, resulta que en el procedimiento agravado se dificulta al legislador realizar cambios sobre aspectos especialmente fundamentales, que configuran la base misma del Estado[127]. Es por esta razón que el constituyente crea una barrera infranqueable para fines de autoprotección de la Norma Fundamental.

Consecuentemente, debemos puntualizar que el mecanismo jurídico de reforma total de la Constitución, se aplica a las bases fundamentales, los derechos, los deberes y las garantías, o la primacía y reforma de la Constitución. En este mismo sentido, subrayamos que quedan comprendidos desde el artículo 1 hasta el artículo 140, así como los artículos 410 y 411 de la Constitución, de forma indistinta que se modifique una sóla de éstas disposiciones o todas en su conjunto[128].

---

[127] Artículo 411.I CB 2009: «La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo». La Constitución Española protege especialmente determinados preceptos, por tanto se encuentran super-protegidos aquellos principios de fondo estructural del Estado, en caso de iniciarse una reforma total del texto constitucional. FERNÁNDEZ SEGADO afirma que los principios jurídicos-políticos reflejados en la Constitución Española, son éstos: el principio de soberanía popular; la definición de Estado social, democrático y de Derecho; la monarquía parlamentaria como forma de gobierno; el principio de autonomía y el Estado Autonómico, y el principio de pluralismo. Véase en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 106 y ss.

[128] A este tenor ALARCÓN afirma: «El pueblo, en su condición de titular de la soberanía, participa de manera directa en los actos más trascendentales para los derechos y garantías de las personas y la existencia y desarrollo del Estado y la sociedad. Es el soberano quien está en mejores condiciones para evaluar la necesidad o conveniencia de la realización y aprobación de estos actos. Los órganos políticos del Estado encargados de la reforma constitucional, ya sea la Asamblea Constituyente o la Asamblea Legislativa Plurinacional, según se trate de una reforma total o parcial, respectivamente, cumplen un rol de complemento y apoyo de esta voluntad del soberano que es el directa y principalmente interesado e involucrado en el proceso constituyente». ALARCÓN MONDONIO, Carlos, *op. cit.*, «Democracia en...»..., p. 206.

Del mismo modo, la Constitución de 2009 a tenor literal del artículo 411 establece que: «...la Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos», mientras que la Constitución de 2004 a tenor literal del artículo 232, indicaba expresamente que: «...la Asamblea Constituyente será convocada por una Ley especial de Convocatoria, la misma que señalará la forma y modalidades de elección de los constituyentes, será sancionada por dos tercios de votos de los miembros presentes del H. Congreso Nacional y no podrá ser vetada por el Presidente de la República»[129]. Lo que significa que ni la Constitución de 2009, ni la Constitución de 2004, garantizan la regla de los dos tercios en el régimen de votación al interior de la Asamblea Constituyente[130]. A propósito de las palabras de ALARCÓN en el sentido comentado: «...el Referéndum aprobatorio no puede cumplir esta función porque no es un instrumento de generación de consensos, sino de validación y ratificación de los mismos» por lo que asevera: «rescatar la regla de dos tercios de votos de los miembros presentes de la Asamblea Constituyente para la aprobación de contenidos de la reforma constitucional»[131].

En este contexto, ALARCÓN también puntualiza que el artículo 411.I de la Constitución define a la Asamblea Constituyente como «originaria plenipotenciaria» con un evidente error de concepto, pues en su opinión: «...este órgano de reforma constitucional emerge de esta disposición y no de un proceso fundacional o revolucionario al margen del derecho y, además, tiene límites jurídicos expresos en cuanto al ámbito de su competencia que niegan el supuesto carácter plenipotenciario»[132]. Se ha expuesto en líneas precedentes que HARB y ALARCÓN defendieron el carácter derivado de la Asamblea Constituyente, puesto que la única Asamblea de carácter originario, fue dada en 1825.

---

[129] Continúa ALARCÓN precisando: «La Constitución Política de 2009 no establece cómo nace la Asamblea Constituyente a la vida jurídica. Según denota, aparece por generación espontánea y una vez aparecida tiene capacidad para su autorregulación a todos los efectos. Este vacío permite la aparición espontánea y desordenada de asambleas constituyentes populares que se arrogan indebidamente la representación del soberano. Es necesario establecer un mecanismo preciso de conformación de la Asamblea Constituyente para garantizar que invista una legítima y legal representación del soberano y toda su actuación se sujete al marco de la Constitución. Además de ello, se tiene que habilitar el control del Tribunal Constitucional sobre la reforma total con relación a los vicios de procedimiento...». ALARCÓN MONDONIO, Carlos, *op. cit.*, «Democracia en...»..., p. 208.

[130] Cabe puntualizar que la regla de los 2/3 de los miembros presentes de la Asamblea Constituyente debía consignarse en el Reglamento de la Asamblea Constituyente, máxime que no se recogía en la Constitución de 2009. Esta ausencia de regulación normativa derivó en un enfrentamiento entre los dos bloques políticos que conformaban la Asamblea Constituyente en ocasión de aprobarse el Reglamento que regiría la misma. Ello debido a que la oposición defendía los 2/3 mientras que el oficialismo pretendía la mayoría absoluta.

[131] ALARCÓN MONDONIO, Carlos, *op. cit.*, «Democracia en...»..., p. 208 y 209.

[132] ALARCÓN MONDONIO, Carlos, *op. cit.*, «Análisis y...»..., p. 237.

Para ALARCÓN la Asamblea Constituyente recogida en el artículo 411.I de la Constitución de 2009 no es un «concepto metajurídico», sino más bien «un concepto que emerge del texto constitucional, con atribución y competencia específicamente determinadas por la norma constitucional» y en consecuencia «está condicionada y limitada por este marco constitucional del cual no puede salirse sin intervenir su título; en este caso dejaría de ser un órgano de derecho para convertirse en un órgano de facto o, dejaría de ser un órgano de reforma de la Constitución de 2009 para convertirse en un órgano revolucionario de poder»[133]. En definitiva, de acuerdo con este autor la Asamblea Constituyente nace y se desenvuelve en el marco del sistema constitucional.

En cuanto a eventuales conflictos de competencia suscitados entre la institución de la Asamblea Constituyente y la Asamblea Legislativa Plurinacional en materia de reforma constitucional, ALARCÓN, pormenoriza que: «...si la Asamblea Constituyente invade inconstitucionalmente el ámbito de competencia que le corresponde a la Asamblea Legislativa Plurinacional para realizar una reforma parcial de contenidos secundarios, estaríamos en presencia de un vicio de procedimiento que habilitaría la intervención del Tribunal Constitucional Plurinacional, y en ejercicio de la atribución conferida en el artículo 202.10 de la Constitución, disponer la nulidad del procedimiento declarado inconstitucional»[134]. Por tanto, este autor sentencia que la modalidad de reforma parcial del texto constitucional es competencia única y exclusiva de la Asamblea Legislativa Plurinacional, mientras que la modalidad de reforma total del texto constitucional, es competencia absoluta de la Asamblea Constituyente.

Reforma parcial de la Constitución: a tenor literal del artículo 411.II de la Constitución, la reforma parcial reconoce conformación de mayorías, por tanto, puede iniciarse: «...por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado, por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante Ley de reforma constitucional, aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional» a lo que la Constitución añade que «cualquier reforma parcial necesitará Referéndum constitucional aprobatorio». Debemos puntualizar que la reforma de carácter parcial no puede iniciarse mientras esté vigente un Estado de excepción. Por otra parte,

[133] *Ibidem.*
[134] *Ibidem.*

el órgano contralor de constitucionalidad puede declarar la inconstitucionalidad o constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución.

De forma distinta, la Constitución de 2004, establecía a tenor literal de los artículos 230 y 231.I, que: «Esta Constitución puede ser parcialmente reformada, previa declaración de la necesidad de la reforma, la que se determinará con precisión en una ley ordinaria aprobada por dos tercios de los miembros presentes en cada una de las Cámaras». Principalmente disponía: «En el nuevo período constitucional, se considerará el asunto por la Cámara que proyectó la Reforma y, si ésta fuera aprobada por dos tercios de votos, se pasará a la otra para su revisión, la que también requerirá dos tercios». En efecto, esta Carta Magna ordenaba expresamente, si o si, la renovación de Cámaras para proceder con el tratamiento y aprobación del proyecto de reforma parcial de la Constitución[135].

Pero además ALARCÓN considera que la omisión del órgano encargado de la redacción y aprobación del texto constitucional modificado, constituye un defecto de la Constitución, que deberá salvarse acudiendo a dos vías: «*i*) *ex ante*, con una Ley de la Asamblea Legislativa Plurinacional que precise el órgano habilitado para este efecto y las normas que en este caso regularán su funcionamiento o, *ii*) *ex post*, frente a un caso ocurrente, con un fallo del Tribunal Constitucional que defina todos estos aspectos»[136].

En cuanto a los límites de contenido que la Constitución establece para la reforma parcial a su texto, ALARCÓN, señala: «...si la reforma parcial (...) invade el campo de actuación reservado a la reforma total o de contenidos principales, se presentaría un vicio de inconstitucionalidad (...) el Tribunal Constitucional podría ordenar la nulidad del procedimiento declarado inconstitucional»[137]. Afirmación que denota que las materias objeto de reforma constitucional están delimitadas de forma clara e inequívoca en el texto de la Constitución, y transgredirlas provocaría una declaratoria de inconstitucionalidad.

Finalmente cerramos indicando que en Bolivia, en 2016, se propuso una ley de reforma parcial de la Constitución, que modificaba el artículo 168 de la Constitución, cuyo tenor

---

[135] Opinión que compartimos. En el mismo sentido, ALARCÓN completa su posición y apostilla: «Tomando en cuenta las graves consecuencias para el sistema democrático y el Estado de Derecho de una reforma constitucional precipitada y agitada por las pasiones del momento y de la coyuntura, resulta conveniente un tiempo entre dos períodos constitucionales para garantizar un debate constituyente sereno y reflexivo». *Ibidem.*
[136] *Ibidem.*
[137] *Ibidem.*

literal reza: «El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua» por la siguiente redacción: «El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o Vicepresidente es de cinco años, pudiendo ser reelectas o reelectos por dos veces de manera continua». Así, vía Referéndum (de 21 de febrero de 2016) ganó el no. Por lo que evidentemente no se llegó a modificar parcialmente la Constitución de 2009 en lo atinente a este precepto.

2.3. El Estado «**Plurinacional**»

Iniciaremos el presente apartado refiriéndonos al planteamiento sobre cómo se instituye un Estado. A este hilo, aludiremos a HOBBES, quien apostilla: «Se dice que un Estado ha sido instituido, cuando una multitud de hombres establece un convenio entre todos y cada uno de sus miembros, según el cual se le da a un hombre o a una asamblea de hombres, por mayoría, el derecho de personificar a todos, es decir de representarlos»[138]. Tal idea es antecesora de la enunciada por ROUSSEAU en cuanto a la organización del Estado y el contrato social: «como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, si no únicamente unir y dirigir las existentes, no tienen ya otro medio de conservarse que formar por agregación una suma de fuerzas que pueda superar la resistencia, ponerlas en juego mediante un solo móvil y hacerlas actuar conjuntamente»[139]. Por su parte, PÉREZ GONZÁLEZ califica al Estado como: «una organización de poder independiente sobre una base territorial»[140]. En efecto, los elementos que componen el Estado, son: *i*) población, *ii*) territorio, *iii*) gobierno. Dichos elementos están cohesionados por la soberanía.

Con base en ello, se hace necesario abordar someramente, el concepto de Estado previsto en la «versión original» redactada en la Asamblea Constituyente, y que fue sometida a modificación congresal, el 21 de octubre de 2008.

En este sentido, QUIROGA TRIGO sostiene que lo ocurrido en la «Comisión Visión del País», responsable de la redacción del Título I de la Constitución, nos ilustra sobre las múltiples irregularidades que ocasionaron el fracaso de la Asamblea Constituyente, y la

---

[138] HOBBES, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado Eclesiástico y Civil*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 159.
[139] ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato Social*, Mateos, Madrid, 1993, p. 59.
[140] DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 13ra. Edición, Tecnos, Madrid, 2002, p. 273.

posterior «suplantación inconstitucional de su trabajo por el Congreso nacional»[141]. Según el autor, la «Comisión Visión de País», aprobó dos informes: «...uno por mayoría y otro por minoría, pero ambos fueron redactados y aprobados por el MAS, que se desdobló a la hora de la votación, para lo cual fue necesario impedir el voto del asambleísta Jorge Lazarte». QUIROGA TRIGO sostiene que a raíz de este procedimiento ilegal se promovió una apelación ante la Corte Superior de Distrito de Chuquisaca, cuya sentencia literalmente «...anuló la actuación de la Comisión, aunque ésta se negó a acatar el fallo judicial, argumentando que la Asamblea era 'originaria'»[142].

El autor enfatiza que en consonancia con lo anunciado en el Preámbulo «...la superación histórica del Estado colonial, republicano y neoliberal...», el artículo 1 de la propuesta del MAS reemplazó la definición de Bolivia como «República unitaria», última que se mantuvo de manera invariable desde la primera Constitución de 1826, por la de «Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario»[143]. A este tenor puntualiza que: «...la República es un régimen constitucional basado en el pacto social democrático» por tanto afirma que «...la abolición de la República lleva aparejada la supresión del Estado de Derecho y la suplantación del bien común por intereses particulares»[144]. Cuadro en el que QUIROGA TRIGO continúa subrayando: «...lo que permitió abolir la forma republicana es la nueva cualidad de lo 'plurinacional y lo comunitario', (...) pues con esta operación Bolivia dejó de ser un Estado nacional y en su lugar se instituyó un Estado compuesto por diversas naciones y pueblos libremente determinados, y ya no por 'ciudadanos' como postulaba la tradición republicana...»[145].

Para LAZARTE el objetivo de la propuesta del MAS fue la transformación radical del Estado, y no meramente su reforma, pues se pretendía para este autor: «...refundar el país

---

[141] QUIROGA TRIGO, José Antonio, «El Estado Plurinacional y el fin de la República», en AA.VV., *op. cit.*, *Miradas Nuevo...*, p. 273.
[142] *Ibidem*.
[143] QUIROGA TRIGO, José Antonio, *op. cit.*, «El Estado...»..., p. 275. En similar sentido, en cuanto a la redacción del Preámbulo, QUIROGA TRIGO, efectúa la siguiente apreciación: «Hay varias confusiones en la declaración de este Preámbulo. En términos constitucionales, el Estado boliviano nunca fue colonial ni neoliberal. En 1825 se creó la República de Bolivia: ese fue el mayor acto de 'descolonización' de nuestra historia. Mediante esa decisión soberana, los bolivianos dejaron de ser súbditos de la corona y se convirtieron en ciudadanos libres. Sin embargo, la nueva República mantuvo derechos políticos diferenciados entre sus ciudadanos (democracia censitaria), hasta que en 1952 se instauró el voto universal. A raíz de esa decisión democratizadora, el Estado comenzó a ser propiamente 'nacional'. El Preámbulo de la Constitución no menciona en su recuento histórico esta conquista democrática fundamental, pero resalta la sublevación indígena y las recientes guerras del agua y del gas...». *Ibidem*.
[144] QUIROGA TRIGO, José Antonio, *op. cit.*, «El Estado...»..., p. 276 y 277.
[145] *Ibidem*.

para una nueva historia» tal como evidenciaban los documentos fraguados al interior de la Asamblea Constituyente. En opinión del autor consistía en una propuesta de carácter: «...no sólo estatal sino societal [*sic*.], y en la medida en que expresaba, se decía, a la mayoría del país, la visión de la 'derecha' minoritaria no debía ser incluida...»[146].

Desde otra visión, BONIFAZ ROMERO, afirma que el modelo de Estado en la Constitución hace converger tres ámbitos de la realidad social del país: liberal, comunitaria y regional. Afirma que el Estado se consolida como un sólo centro de poder político: «*i*) Social de Derecho, acoge la forma funcional liberal del poder público (democracia, división de poderes, sufragio universal) priorizando los intereses colectivos antes que los individuales; *ii*) Plurinacional Comunitario, admite su naturaleza multicultural, es decir que reconoce varias naciones, donde Bolivia es la nación mayor en la que convergen las naciones indígenas u originarias articuladas con base en su identidad cultural; *iii*) Descentralizado con autonomías, como fundamento de distribución del poder público con base territorial, en perspectiva de lograr una adecuada articulación entre la estructura del Estado y pueblos indígenas y las regiones (departamentos, provincias, municipios)»[147]. También este autor puntualiza que la construcción plurinacional se funda «...en la pre-existencia de indígenas que, en su calidad de sujetos colectivos, se asumen como naciones indígenas articuladas en torno a identidades culturales compartidas...»[148].

---

[146] LAZARTE ROJAS, Jorge, *op. cit*., *Reforma del*..., p. 64. Precisamente en cuanto al término «Plurinacional» LAZARTE indica: «También se usó y se sigue usando como otro argumento 'democrático' fuerte, que lo 'plurinacional' quiere decir 'inclusión social', no sólo de los que siempre habían sido excluidos, sino también de todos los 'bolivianos'. Para verificar si efectivamente es así, cabe preguntar ¿cuáles son esas 'naciones' que conforman lo 'plurinacional' se refiere a las 'naciones y pueblos indígenas originario campesinos' precoloniales (art. 2) diferenciados entre sí por sus idiomas propios (art. 5.1)?. Este sentido comprensivo que se encuentra en todo el texto constitucional, se refuerza con la lectura de otro artículo (30.1) cuya definición de 'nación' hace referencia a toda 'colectividad humana' con existencia 'anterior' a la 'invasión colonial'. Por tanto, 'nación' quiere decir 'nación originaria indígena campesina'. De ello se infiere que las expresiones 'naciones' o 'nación' no incluyen a los 'bolivianos', cuyas 'raíces' no son precoloniales. Estos bolivianos no pertenecen a ninguna 'nación indígena-originaria' no serían parte del 'Estado Plurinacional'. La inclusión constitucional de unos ha supuesto la exclusión de otros (...). En suma, lo 'plurinacional' por ser 'excluyente' es incompatible con un principio histórico de la 'igualdad', uno de los pilares de los derechos fundamentales». LAZARTE ROJAS, Jorge, *op. cit*., *Reforma del*..., p. 72 y ss.

[147] ROMERO BONIFAZ, Carlos, «Los Ejes de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia», en AA.VV., *op. cit*., *Miradas Nuevo*..., p. 22.

[148] ROMERO BONIFAZ, Carlos, *op. cit*., «Los Ejes...»..., p. 23. En el mismo sentido DEL REAL ALCALÁ afirma expresamente «Una de las principales novedades de la Constitución boliviana de 2009 es la inclusión de la plurinacionalidad como uno de los valores morales, políticos y jurídicos más importantes, y con más trascendencia, de la Ley Fundamental. Es tan alta su relevancia constitucional, que puede concluirse que dicho valor es configurado en la Carta Magna como el 'hecho fundante básico' del (nuevo modelo de) Estado de Derecho y de la Constitución misma. La plurinacionalidad viene a impregnar a todo el diseño institucional del Estado en todos los niveles de poder. E incluso, en buena medida, el control de constitucionalidad de este nuevo modelo de Estado de Derecho se ha de llevar a cabo sobre la base de un

En similar sentido, PRADA ALCOREZA, señala que la caracterización del Estado como «Unitario Social de Derecho Plurinacional y Comunitario» es completamente nueva y afirma: «se funda en la pluralidad y el pluralismo que se mueve en distintas dimensiones: política, económica, jurídica, cultural y lingüística. Se basa en el reconocimiento de la preexistencia de los pueblos y naciones indígenas originarios, lo que conlleva el reconocimiento de su derecho a la libre determinación»[149]. Este autor como partidario del modelo de Estado vigente en la Constitución, manifiesta que el carácter plurinacional «...tiene que ver con el eje descolonizador como ruta deconstructora del Estado republicano, colonial y liberal, (...) con el reconocimiento a la preexistencia colonial de las naciones indígenas originarias, es decir, el reconocimiento de la matriz poblacional del pueblo boliviano, (...) transición del carácter unitario y social del Estado al carácter plural-nacional y comunitario»[150].

Por su parte CORDERO CARRAFFA indica que el artículo 1 de la Constitución no significa una simple sustitución o agregación de nuevas palabras[151]. Según el autor, suprimir el histórico concepto de «Estado nacional», construido larga y difícilmente desde mediados del siglo pasado, daría lugar a una «refundación del Estado» impactando fuertemente sobre la sociedad boliviana, aunque destaca el reconocimiento de lo diverso, lo plural, por encima de lo único[152]. Subraya que esta nueva definición devendría en la autorización de la libre determinación, autonomía y autogobierno de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, permitiendo «...la progresiva construcción de entidades políticas independientes dentro del Estado boliviano, (...) la intención de crear estados étnicos en abierta contradicción con el Estado unitario»[153].

Reseñadas estas posiciones en cuanto al cambio de modelo de Estado, debemos indicar que en el marco de los caracteres del nuevo modelo de Estado, por un lado, se manifiestan elementos de índole cultural, como las conceptualizaciones: pluricultural, multiétnico,

---

'haz de derechos fundamentales' cuyo sustrato es expresamente plurinacional». Véase DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto, «Constitución de 2009 y nuevo modelo de estado de derecho en Bolivia: el estado de derecho plurinacional», *Revista* «*Cuadernos Manuel Giménez Abad*», núm. 1, Zaragoza, 2011, p. 117.

[149] PRADA ALCOREZA, Raúl, «Horizontes del Estado Plurinacional», en AA.VV., *op. cit*., *Miradas Nuevo*..., p. 109.

[150] *Ibidem.*

[151] CORDERO CARRAFFA, Carlos, «Nueva Constitución, nuevo gobierno, nuevo Estado», en AA.VV., *op. cit*., *Miradas Nuevo*..., p. 78.

[152] *Ibidem.*

[153] *Ibidem.*

comunitario y social. Por otro lado, se elimina la palabra «República» sustituyéndola por la de «Estado». De esta composición se cuestiona la vigencia del Estado de Derecho. Plano en el que nos encontraríamos ante la contraposición: plurinacionalidad/legalidad, aproximación que será abordada en el Capítulo III de esta tesis.

2.4. El diseño constitucional de la estructura del Poder Público

Se abordará la presente cuestión, precisando que la separación de poderes, comprendida como la manifestación de la legitimidad del poder en el «Estado de Derecho», tiene su precedente más próximo en la expresión escrita clásica y medieval, en el concepto de «gobierno mixto»[154]. La separación de poderes significa que los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial son ejercidos por órganos autónomos y diferentes del gobierno. Pues así mantienen una relación de separación, equilibrio y limitación del poder político.

Se regula la estructura funcional del Estado en el artículo 12 de la Constitución de 2009: «I. El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos (...). III. Las funciones de los órganos públicos no pueden ser reunidas en un solo órgano ni son delegables entre si». En este sentido, se hace necesario subrayar, que el reconocimiento a nivel constitucional del cuarto poder «Electoral», sólo fue previsto en las Constituciones de 1826, y parte en la Constitución de 1961 y 1967. Asimismo, más adelante se introdujo nuevamente en la Carta constitucional de 2009, con el nombre de «Órgano Electoral».

De acuerdo con ROMERO BONIFAZ, la estructura funcional del Estado, se materializa en dos compartimentos, éstos son: *i*) Órganos del poder público y *ii*) Órganos de control y defensa y seguridad[155]. Los Órganos que componen el poder público, son: Legislativo,

---

[154] Al hilo de lo afirmado: «La separación de poderes, como expresión de la legitimidad de ejercicio del poder en el Estado de Derecho, tiene su precedente en la literatura clásica y medieval, en el concepto de gobierno mixto. Así POLIBIO, en la Roma Republicana, lo centraba en la dimensión monárquica de los cónsules, en la aristocracia del Senado y en la democrática de las Asambleas Populares. En CICERÓN, en SANTO TOMÁS, en FORTESCUE o en HOOKER se pueden encontrar planteamientos similares. Sin embargo, el tema alcanza su mayor sentido en la modernidad y para superar al Estado Absoluto, limitándolo. Junto a la resistencia de la monarquía absoluta, la separación de poderes tendrá que superar el obstáculo teórico de los defensores de la unidad del soberano, como HOBBES y ROUSSEAU». PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio, y DE ASÍS, Rafael, *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 114.

[155] ROMERO BONIFAZ, Carlos, «La problemática de tierras y pueblos indígenas en el proyecto de Constitución», en AA.VV., *op. cit.*, *Hacia una*..., p. 230 y 231.

Ejecutivo, Judicial y Electoral. A esta línea se suma ZEGADA CLAURE, quien añade que las reformas introducidas a la estructura y organización funcional del Estado se fundan básicamente: «...en el modelo de Estado propuesto en el artículo 1 de la Constitución, y el reconocimiento de la existencia pre-colonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos...»[156].

En este contexto, por la especial importancia que reviste, proseguiremos específicamente con el análisis del «Órgano Electoral», tomando en consideración que su configuración como cuarto Órgano del Estado, es muy peculiar, puesto que es el órgano encargado de organizar, administrar y ejecutar los procesos electorales en todo el territorio nacional, así como en los asientos electorales del exterior.

A este tenor HASSENTEUFEL SALAZAR afirma que el más antiguo antecedente legislativo en materia electoral constituye el «Decreto de 9 de febrero de 1825», dictado por José Antonio de Sucre, por el que se convocó «...a una Asamblea General de Diputados del Alto Perú, estableciendo: *i*) número de representantes, *ii*) forma de efectuar la elección, *iii*) requerimientos para ser elector, entre otros»[157]. Seguidamente subraya el artículo 9 de la Constitución de 1826, cuyo tenor literal decía: «El Poder Supremo se divide, para su ejercicio, en cuatro secciones: Electoral, Legislativo, Ejecutivo y Judicial», así como el artículo 10 de ésta Constitución: «Cada poder ejercerá las atribuciones que le señala esta Constitución, sin excederse de sus límites respectivos»[158]. Contexto en el que puntualiza que el Poder Electoral fue excluido en posteriores reformas constitucionales ya que: «...el organismo electoral, concebido como uno de los Poderes del Estado por el Libertador Simón Bolívar, perdió esta característica...»[159].

Al hilo de lo anterior, HASSENTEUFEL SALAZAR expresa que las Constituciones de 1961 y 1967 también reconocieron la vigencia del organismo electoral. Pues afirma que los anteriores textos constitucionales omitieron por completo su regulación «...aunque sus facultades y atribuciones estuvieron repartidas en los otros Poderes». Cuadro en el que

---

[156] ZEGADA CLAURE, María Teresa, «Crítica y análisis de la estructura y organización funcional del Estado», en AA.VV., *op. cit*., *Miradas Nuevo*..., p. 139 y 140.
[157] HASSENTEUFEL SALAZAR, Oscar, «El Órgano Electoral en la nueva Constitución», en AA.VV., *op. cit*., *Miradas Nuevo*..., p. 445.
[158] *Ibidem*.
[159] HASSENTEUFEL SALAZAR, Oscar, *op. cit*., «El Órgano...»..., p. 446.

precisa el artículo 42 de la Constitución de 1961[160]: «La Corte Nacional Electoral y las Cortes Electorales Departamentales son las autoridades superiores en esa materia. Tienen jurisdicción privativa para conocer y fallar en única instancia sobre la validez o invalidez de las elecciones de senadores y diputados, y las de municipios, respectivamente, así como sobre la inhabilidad de los elegidos» y por su parte el artículo 225 de la Constitución de 1967: «Los órganos electorales son: 1) La Corte Nacional Electoral; 2) Las Cortes Departamentales; 3) Los juzgados electorales; 4) Los jurados de las mesas de sufragio; 5) Los notarios electorales y otros funcionarios que la ley respectivamente instituya».

La actual estructura del «Órgano Electoral» está regulada a tenor literal del artículo 205 de la Constitución de 2009: «I. El Órgano Electoral Plurinacional está compuesto por: 1. El Tribunal Supremo Electoral. 2. Los Tribunales Electorales Departamentales. 3. Los Juzgados Electorales. 4. Los Jurados de las Mesas de sufragio. 5. Los Notarios Electorales». Asimismo la jurisdicción y composición del Tribunal Supremo Electoral está dispuesta a tenor literal del artículo 206 de la Carta constitucional: «I. El Tribunal Supremo Electoral es el máximo nivel del Órgano Electoral, tiene jurisdicción nacional. II. El Tribunal Supremo Electoral está compuesto por siete miembros, quienes durarán en sus funciones seis años sin posibilidad de reelección, y al menos dos de los cuales serán de origen indígena originario campesino».

HASSENTEUFEL SALAZAR resalta que la exigencia constitucional de que mínimamente dos de los miembros del Tribunal Supremo Electoral sean de origen indígena originario campesino, constituye una previsión que guarda estrecha relación con el modelo de «Estado Plurinacional», definido en el artículo 1 de la Constitución. Y concordante con el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a la participación política en órganos e instituciones del Estado, conforme a la disposición contenida en el artículo 30.18 de la Constitución.

En cuanto al número de miembros (7) del Tribunal Supremo Electoral, HASSENTEUFEL SALAZAR, afirma que dicha regulación constitucional proviene del Código Electoral de 2001[161]. En relación al sistema de elección de miembros del Tribunal Supremo Electoral, también asevera que fue asimilado del Código Electoral[162], pues el artículo 206.3 de la

[160] HASSENTEUFEL SALAZAR, Oscar, *op. cit.*, «El Órgano...»..., p. 447.
[161] HASSENTEUFEL SALAZAR, Oscar, *op. cit.*, «El Órgano...»..., p. 451.
[162] *Ibidem.*

Constitución reconoce claramente que: «La Asamblea Legislativa Plurinacional, por dos tercios de votos de los miembros presentes, elegirá a seis de los miembros del Órgano Electoral Plurinacional. La Presidenta o el Presidente del Estado designará a uno de sus miembros». Efectivamente, es el Código Electoral de 2001, el cuerpo normativo que ha regulado sobre materia electoral, lo que significa que la Constitución de 2009 únicamente asimiló tales disposiciones, evidentemente con ciertas matizaciones, como ser: la forma de elección de vocales, duración de funciones y la participación indígena.

Seguidamente el artículo 208 de la Constitución de 2009, ordena que el Tribunal Supremo Electoral se encarga de: *i*) organizar, administrar y ejecutar los procesos electorales y proclamar sus resultados, *ii*) garantizar que el sufragio se ejercite efectivamente conforme lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución, y *iii*) organizar y administrar el Registro Civil y el Padrón Electoral. No obstante, HASSENTEUFEL SALAZAR precisa que existe una ausencia de regulación en la Constitución, en referencia a tres aspectos específicos: *i*) establecer que las decisiones del Tribunal Supremo Electoral son de cumplimiento obligatorio, irrevisables e inapelables, *ii*) reconocer la norma contenida en el artículo 226 de la Constitución de 1967, en el sentido de respetar y garantizar la autonomía, independencia e imparcialidad del Órgano Electoral, y *iii*) reconocer el principio de preclusión, que constituye uno de los grandes avances del sistema electoral boliviano[163].

Para cerrar este epígrafe haremos referencia al planteamiento de ROLLA. El autor sostiene que la implantación del «Órgano Electoral» en el «constitucionalismo latinoamericano», constituye «...una especial característica del sistema latinoamericano de tutela de los Derechos fundamentales por medio de la institucionalización de los Tribunales Electorales, que tienen competencia en materia electoral, en lo atribuido a la organización de elecciones y resolución de conflictos electorales»[164]. ROLLA sobre el funcionamiento de los Tribunales Electorales en la región latinoamericana afirma: «Dichos órganos han desarrollado un papel institucional de gran relevancia, (...) velando por la regularidad de los procedimientos electorales y por la legitimidad de la representación política, han favorecido la transición y la consolidación democrática en el continente americano…»[165].

---

[163] HASSENTEUFEL SALAZAR, Oscar, *op. cit.*, «El Órgano...»..., p. 454.
[164] ROLLA, Giancarlo, *op. cit.*, «La evolución...»..., p. 348.
[165] *Ibidem*. Cabe puntualizar que los miembros del Tribunal Supremo Electoral son elegidos por los 2/3 de votos de la Asamblea Legislativa Plurinacional, y uno de ellos elegido de forma directa por el presidente. Lo que da lugar a que este Órgano se convierta en un brazo operativo del Órgano Ejecutivo. Hecho que incide en su independencia e imparcialidad, así como la normalidad democrática. Nuevamente constatamos,

Ciertamente el Tribunal Supremo Electoral como máximo nivel institucional del Órgano Electoral en el «Estado Plurinacional» debe proteger los Derechos fundamentales, cuando existan procesos electorales en marcha o se promuevan eventuales conflictos electorales, afianzando siempre los niveles de democracia. Sin embargo, esta función garantista dependerá del grado de independencia alcanzado con relación al Órgano Ejecutivo.

2.5. El sistema de Fuentes del Ordenamiento jurídico

Iniciaremos explicitando que las «relaciones entre las fuentes» son las que definen la estructura del sistema jurídico. En este sentido, las fuentes se justifican como criterio de ordenación de los elementos que componen el sistema jurídico. Por tanto, la fuente suprema del ordenamiento jurídico es la Constitución. Así pues, es la «norma superior» que otorga validez y eficacia al resto del ordenamiento jurídico.

La palabra fuente significa «origen o causa». En el ámbito del Derecho el significado de causa es «el origen del Derecho»[166]. Aunque la ciencia jurídica establece que el concepto «fuentes de Derecho» puede desdoblarse al menos en dos sentidos: *i*) Fuentes materiales y *ii*) Fuentes formales[167]. Por un lado, las fuentes materiales son los acontecimientos humanos, sociales y naturales de los cuales se origina el Derecho; es decir, son aquellos factores que determinan la causa del Derecho y explican su origen. Por otro lado, las fuentes formales, son las fuentes o causas que formalizan, dan forma o formalidad al Derecho[168].

Desde esta perspectiva, la forma representa la estructura externa del Derecho originado en una fuente material. Se dice que las fuentes formales son los mecanismos conscientes de producción del Derecho[169]. Por su parte, las fuentes materiales, representan la fuente de contenido respecto de las fuentes formales del Derecho. JELLINEK afirma la existencia

---

a este tenor, que la forma de elección de los vocales del Tribunal Supremo Electoral ha sido diseñada en el seno de la Asamblea Constituyente.

166 El Diccionario de la Real Academia Española, en la séptima acepción del concepto «fuente», indica lo siguiente: *principio, fundamento u origen de algo.* Disponible a través del enlace: https://dle.rae.es/fuente (Fecha de consulta: 9-10-18).

167 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Madrid, 1961, p. 488 y ss. BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal, *Introducción al Estudio de las ciencias Jurídicas y Sociales*, Jurídica de Chile, Santiago, 1960, p. 149 y ss.

168 *Ibidem*.

169 GUIER, Jorge Enrique, *Historia del derecho*, Costa Rica, 1968, p. 382. En efecto, este autor afirma que en la época del Imperio romano las principales fuentes del Derecho fueron: *i*) las leyes, *ii*) los edictos del Magistrado y *iii*) la costumbre.

de la influencia de ciertos hechos (materia) en la estructuración formal del Derecho, por medio de la teoría «la fuerza normativa de los hechos»[170]. Significa la fuerza normativa de lo fáctico o real, y es ésta realidad, la que tiende a proyectarse hacia una generalidad de posibles acontecimientos. Por tanto, la proyección se convierte en realidad, a través de las fuentes formales del Derecho.

En este contexto, iniciaremos el análisis de las fuentes del Derecho, en el marco de la Constitución de 2009, y su relación con las distintas unidades normativas reconocidas en la misma Carta. Para ello, partiremos de la «teoría formal de las fuentes», la misma que nos permitirá identificar la estructura positiva del sistema jurídico[171]. Es menester señalar que la jerarquía normativa está consagrada en el artículo 410.II de la Constitución de 2009: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. 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; 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes». Por lo tanto, siguiendo el orden diseñado en el texto constitucional, es que analizaremos cada uno de los niveles normativos de forma seguida.

La Constitución: la norma constitucional reconoce para sí dos principios elementales del Derecho, de supremacía constitucional y de jerarquía de las normas del ordenamiento jurídico. En cuanto al primer principio, GARCÍA DE ENTERRÍA, señala que la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente, la primera de las normas del ordenamiento entero. Es la norma fundamental o *lex superior*. Por tanto, la Constitución define el sistema de fuentes formales, como primera de las normas de producción, denominada

[170] JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, Continental, México, 1958, p. 277 y ss. BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 242 y ss.
[171] El tenor del artículo 288 de la Constitución de 2004, disponía expresamente: «La Constitución Política del Estado es la Ley Suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones».

también *norma normarum*, fuente de las fuentes[172]. Por su parte, BALAGUER CALLEJÓN, en lo que respecta el Principio de jerarquía, apostilla: «...podría conceptuarse más bien como una relación de supremacía que de superioridad jerárquica...»[173] y debido a la complejidad de su conceptualización «lo caracteriza reconociéndole fundamentalmente un deber de obediencia»[174].

En esta línea GARCÍA AMADO y KELSEN han sostenido que *Grund-norm*, significa «constitución en sentido lógico jurídico»[175]. De ello, presenta especial importancia la concepción de norma fundamental presupuesta: «un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz»[176]. En este sentido, GARCÍA AMADO expresa que la pretensión de la norma fundamental o *Grund-norm* es: «elevar a la categoría jurídica lo fáctico, a obligación de futuro lo que ya opera como realidad pasada y presente, a deber jurídico a lo que ya es pauta social de comportamiento»[177].

Afirma KELSEN que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico pues otorga orden, validez y eficacia a las normas jurídicas. De este modo, la Constitución concebida como norma jurídica, ocupa una posición de centralidad, desde el paralelismo: Estado liberal-ley Estado constitucional-Constitución. En este último estadio, la Constitución goza de vinculatoriedad respecto a todo el sistema jurídico, en virtud al Principio de supremacía constitucional[178]. Recordemos que en el sistema constitucional boliviano, la supremacía constitucional, está regulada según el tenor literal del artículo

---

[172] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit., La Constitución...*, p. 49 y 50.
[173] HÄBERLE, Peter, «La «Teoría de la Constitución como ciencia cultural» en el ejemplo de los cincuenta años de la Ley Fundamental», AA.VV., BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.), *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004. p. 99 y ss.
[174] *Ibidem*. El autor analiza que el Principio de jerarquía puede manifestarse en función de: *i*) origen de la norma, el órgano del que procede está en una relación de jerarquía respecto a otros órganos productores de normas. La norma que proviene del órgano superior jerárquico prevalecerá sobre la norma del órgano subordinado, *ii*) en virtud de la fuerza que desarrolla, una norma es jerárquicamente superior cuando puede derogar a otra y *iii*) una norma será superior a otra cuando en su nombre se pueda invocar una acción con el fin de declarar la regla contraria ilegítima.
[175] GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *La norma fundamental en los textos de Kelsen*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 11 y ss.
[176] KELSEN, Hans, *op. cit., Teoría Pura...*, p. 143.
[177] GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *op. cit., La norma...*, p. 13. En palabras del autor literal que «...al elevar a la categoría jurídica lo fáctico...».
[178] MORENO NAVARRO, Gloria; RAMOS OCHOA, Héctor, y RAMÍREZ NERI, Heriberto, *Introducción al estudio del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015, p. 159.

410.II de la Constitución: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa...».

Los tratados internacionales: un concepto amplio de tratado internacional los equipara a pactos celebrados o suscritos entre Estados, que crean normas jurídicas y establecen derechos y obligaciones recíprocas, en el ámbito de Derecho público o privado, o en ambos, cuyo cumplimiento incumbe a los órganos estatales respectivos, a sus sociedades y a sus ciudadanos. En efecto, son fuente de producción del Derecho[179]. Por su parte la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969[180], en mérito a su artículo 2.1.a), define el tratado internacional como: «...un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular».

En estos márgenes, son normas constitucionales, no sólo las que componen el texto formal de la Constitución, sino también las normas que han sido efectivamente incorporadas. En esta modalidad encontramos a los tratados internacionales sobre Derechos humanos y las normas de Derecho comunitario. Ambas unidades normativas pues conforman el Bloque de constitucionalidad. Por tanto, la validez del ordenamiento jurídico, también deriva de los tratados internacionales en materia de Derechos humanos y las normas de Derecho comunitario. A propósito de las palabras de ANDALUZ al hilo de lo afirmado: «...la validez del sistema jurídico boliviano, por efecto de la incorporación normativa prevista por el artículo 410.II, deriva de los tratados sobre Derechos humanos y las normas de Derecho comunitario en el mismo grado que deriva del texto formal de la Constitución»[181].

En este sentido, los tratados internacionales sobre Derechos humanos están consagrados en nivel constitucional, en consecuencia, mantienen una relación de jerarquía con las

---

[179] GARCÍA PALACIOS, Omar, *Curso de Derecho Constitucional*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Managua, 2001, p. 99 y ss.

[180] La Ley 401 «Celebración de Tratados», de 18 de septiembre de 2013 fue aprobada atendiendo al hecho de que Bolivia no ratificó la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados. Norma que ha pretendido suplir los vacíos en la celebración de los tratados. Algunas objeciones que se han vertido en torno a la vigencia de dicha Ley es la similitud que presenta con la Convención de Viena por cuanto regula la negociación, suscripción, ratificación y entrada en vigor de los tratados en los mismos términos. Observamos, a este tenor, que la Convención de Viena obliga a los Estados que la suscribieron en el ámbito internacional y en el sentido indicado la ley sólo puede tener efectos jurídicos en el ámbito nacional y no así en el ámbito internacional.

[181] ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, «La Estructura del Sistema Jurídico Boliviano», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIII, núm. 2, 2009, p. 468.

demás normas del sistema jurídico. No obstante, la Constitución cuando regula las relaciones entre las normas de los tratados internacionales sobre Derechos humanos y las normas de su texto formal, acude necesariamente al «criterio de especialidad»[182]. Dicho criterio está contenido expresamente en el artículo 256.I de la Constitución, cuyo tenor literal reza: «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».

Como se ha indicado anteriormente también son normas constitucionales, las normas de Derecho comunitario. Normas que constituyen sistemas normativos producidos por las comunidades de integración de los Estados, cuyas disposiciones han sido ratificadas por el Estado, conforme a lo estipulado en el artículo 410.II de la Constitución: «El bloque de constitucionalidad está integrado por (...) y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país». En lo referente a la exigencia constitucional de «ratificación» de las normas comunitarias, existen divergencias. Según ANDALUZ, Bolivia como miembro de la Comunidad Andina, es parte del tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y de su Protocolo modificatorio. Por ello, de acuerdo a este último instrumento, a través de su apartado *iii*) se reconoce: «con carácter de eficacia directa a las decisiones en los países miembros, a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo», excepto cuando «su propio texto regule su necesaria incorporación en el derecho interno a través de un acto expreso a tal efecto»[183].

En relación a la posición de los tratados internacionales en el sistema jurídico, resulta que se presenta una antinomia. Así, por un lado, los tratados se aplican con preferencia a las leyes, a tenor literal del artículo 410.II de la Constitución: «La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía (...): 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales 3. Las leyes nacionales...». Por otro lado, los tratados internacionales tienen rango de ley, de conformidad plena con lo dispuesto en el artículo 257.I de la Constitución: «Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley».

---

[182] *Ibidem.*
[183] ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *op. cit.*, «La Estructura...»..., p. 473.

A los efectos de resolver ésta antinomia, ANDALUZ, formula que existen dos regímenes jurídicos aplicables a los tratados internacionales, máxime que los tratados son fuentes de Derecho ordinario. Un régimen supralegal, para los tratados internacionales que regulan las materias enlistadas en el artículo 257.II de la Constitución: «Requerirán de aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen: 1. Cuestiones limítrofes. 2. Integración monetaria. 3. Integración económica estructural. 4. Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración», y para los tratados que regulan cualquier otra materia, se encuadran en el procedimiento del artículo 259.I: «Cualquier tratado internacional requerirá de aprobación mediante referendo popular cuando así lo solicite el cinco por ciento de los ciudadanos registrados en el padrón electoral, o el treinta y cinco por ciento de los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Estas iniciativas podrán utilizarse también para solicitar al Órgano Ejecutivo la suscripción de un tratado». En opinión de este autor, la superioridad de tales tratados (artículos 257.II y 259.I) se fundaría en las mayores complejidades de su procedimiento de creación[184]. Por tanto, tendrían mayor fuerza jurídica, lógicamente que los tratados que siguen la ratificación legislativa ordinaria[185].

Precisa ANDALUZ que el segundo régimen es el legal (artículo 257.I), aplicable como criterio residual a todos los demás tratados internacionales. Así, al ocupar los tratados la misma posición jerárquica de las leyes, se relacionarían por el criterio de temporalidad[186]. Si bien, esta solución apela a los criterios de especialidad y de temporalidad para resolver la antinomia, el mismo autor reconoce, que el problema radica en reducir el ámbito de aplicación material del artículo 410.II (rango supralegal) de: *i*) tratados que recurran al referéndum popular y *ii*) tratados que regulan cuestiones limítrofes. Pues los restantes tratados internacionales tienen por objeto la regulación de cuestiones de integración[187].

Leyes nacionales, estatutos autonómicos, cartas orgánicas y legislación departamental, municipal e indígena: en este sentido, un sistema jurídico puede estar compuesto por distintos subsistemas, como los subsistemas autónomos y descentralizados en relación al

---

[184] ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *op. cit.*, «La Estructura...»..., p. 146.
[185] *Ibidem*.
[186] *Ibidem*.
[187] ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *Aplicación Judicial de la Constitución*, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2011, p. 52 y ss.

sistema estatal, o los subsistemas nacionales en relación a los sistemas supranacionales de integración, o a las normas de Derecho internacional[188]. ANDALUZ señala que esta pluralidad de subsistemas forman una unidad sistémica cuando «...la validez de sus respectivas normas fundacionales es reconducible a una única norma» matizando que «...en términos de unidad la pluralidad de subsistemas sólo es cognoscible desde una perspectiva monista»[189].

En este contexto, debe señalarse el artículo 410.II.3 de la Constitución, cuyo tenor literal dice: «La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: (...). 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena». De ello, se desprende que se encuentran en el mismo nivel del sistema jurídico: *i*) leyes nacionales, *ii*) estatutos autonómicos, *iii*) cartas orgánicas y *iv*) resto de legislación departamental, municipal e indígena. A la luz de este precepto constitucional se explican las relaciones formales entre leyes nacionales, estatutos autonómicos y cartas orgánicas. Sin embargo, es menos explicativa, respecto a las relaciones de las leyes entre sí, y menos aún, en referencia a las relaciones entre estatutos autonómicos, cartas orgánicas, así como leyes nacionales[190].

En cuanto a las relaciones formales entre las leyes, ANDALUZ, las agrupa en tres niveles escalonados: *i*) leyes aprobadas por dos tercios de votos. Que debido a la naturaleza del procedimiento de su creación, poseen mayor fuerza jurídica que las leyes ordinarias; *ii*) leyes aprobadas por mayoría absoluta, estatutos autonómicos y cartas orgánicas. Así, las relaciones entre éstas fuentes se rigen «por la competencia material atribuida a sus órganos de producción»[191]; y *iii*) resto de legislación departamental, municipal e indígena. Para el autor, dichas fuentes están subordinadas a las normas fundacionales, como ser los departamentos y territorios indígena originario campesinos a sus estatutos autonómicos, y los municipios a sus cartas orgánicas[192].

En relación al primer nivel, el procedimiento de formación de leyes (artículo 163 de la Constitución) requiere para su aprobación «mayoría absoluta de votos» exceptuándose

[188] *Ibidem*.
[189] *Ibidem*.
[190] *Ibidem*.
[191] *Ibidem*.
[192] *Ibidem*.

aquellas leyes que deben aprobarse por «dos tercios de votos». Las leyes que están inmersas en esta excepción, son tres: *i*) Leyes expresas levantando la prohibición de asentamiento de extranjeros en la zona de seguridad fronteriza (artículo 262.I de la Constitución); *ii*) Ley Marco de Autonomías y Descentralización (artículo 271.II de la Constitución), y *iii*) Ley de Reforma Constitucional (artículo 411.II de la Constitución)[193].

En cuanto al segundo nivel, compuesto por «leyes aprobadas por mayoría absoluta, estatutos autonómicos y cartas orgánicas» resulta que las relaciones entre éstas formas normativas se rigen por la «competencia material» atribuida por la Constitución a sus «órganos productores». En efecto, cuando el acto normativo sea producido por una fuente incompetente, dicho acto sería inconstitucional por violar la distribución competencial prevista en la Constitución. En este sentido, sólo serían válidas las leyes que legislan materias de competencia asignadas a la Asamblea Legislativa Plurinacional, siendo excluida la legislación producida por las entidades territoriales descentralizadas y autónomas, así como los estatutos autonómicos y las cartas orgánicas. ANDALUZ afirma que la Constitución define qué materias corresponde a la competencia de los órganos deliberativos de las entidades territoriales autónomas. En consecuencia, los estatutos autonómicos y las cartas orgánicas no son fuente competente para legislar sobre las materias consignadas en el artículo 298.I de la Constitución, por cuanto la fuente competente es únicamente la ley[194].

---

[193] ANDALUZ realiza las siguientes apreciaciones sobre el alcance del procedimiento de aprobación de leyes a través de dos tercios de votos: «(1) en su relación con las leyes aprobadas por mayoría absoluta (leyes ordinarias), las leyes aprobadas por dos tercios tienen mayor fuerza jurídica. Por tanto, el criterio de temporalidad no se aplica a sus relaciones con las leyes ordinarias. (2) Que la Constitución delimite el ámbito material propio de cada ley aprobada por dos tercios (artículos 262.I y 271.I) acarrea la unidad de materia en su tratamiento. La ley expresa del artículo 262.I no puede legislar materias reservadas a la Ley Marco por el artículo 271.II, ni viceversa. De hacerlo, se violarían las disposiciones constitucionales que delimitan el ámbito material propio de cada forma. Por esta razón, entre ambas formas no se aplica el criterio de temporalidad. (3) Una ley ordinaria que legislase materias sujetas al procedimiento de dos tercios sería inconstitucional, por violar las disposiciones de reserva de tal procedimiento (artículos 262.I y 271). (4) La relación de la ley expresa del artículo 262.I con los Estatutos Autonómicos y las Cartas Orgánicas se define por la competencia material de sus órganos productores y la unidad de materia en su tratamiento. Por la ley expresa la Asamblea Legislativa Plurinacional no puede legislar lo que es materia de los órganos deliberativos territoriales (artículo 275). (5) En su relación con los Estatutos Autonómicos y las Cartas Orgánicas, la Ley Marco condiciona su validez, en la medida que regula el procedimiento para su formación y operatividad (artículo 271.I). Pero su capacidad normativa está limitada por la competencia material que la Constitución atribuye a las Entidades Territoriales Descentralizadas y Autónomas». ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *op. cit.*, *Aplicación Judicial*..., p. 56.

[194] ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *op. cit.*, *Aplicación Judicial*..., p. 58. Por tanto, son competencias privativas del nivel central del Estado: 1. Sistema financiero; 2. Política monetaria, Banco Central, sistema monetario, y la política cambiaria; 3. Sistema de pesas y medidas, así como la determinación de la hora oficial; 4. Régimen aduanero; 5. Comercio Exterior; 6. Seguridad del Estado, Defensa, Fuerzas Armadas y

En relación al tercer nivel, compuesto por «el resto de la legislación departamental, municipal e indígena». Dicha legislación no está en el mismo nivel que los estatutos autonómicos y cartas orgánicas, por lo tanto, termina subordinándose a ellos. Pues los estatutos autonómicos y cartas orgánicas son normas fundacionales de los subsistemas descentralizados y autónomos, en consecuencia, las normas que producen estos órganos son inferiores[195]. A juicio de ANDALUZ en éstas relaciones normativas de cada subsistema no existe «...relación de jerarquía, ni de temporalidad, como tampoco de especialidad»[196] indicando expresamente que: «...no existe antinomia en el ámbito espacial, porque cada subsistema autónomo y descentralizado se aplica en cada autonomía territorial y territorio descentralizado...»[197].

Derecho consuetudinario; el derecho indígena originario campesino: esta fuente está contenida en el artículo 410.II de la Constitución, cuyo tenor literal reza: «La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: (...). 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena». Como se advierte, el Derecho indígena está ubicado en el tercer nivel de la jerarquía normativa, después de la previsión: «legislación departamental, municipal».

La costumbre como fuente de producción del Derecho, decayó con la consolidación del Estado moderno. Los teóricos del Estado atribuyeron a la costumbre una importancia secundaria respecto a la producción jurídica estatal. BODIN expresaba que la costumbre: «Sólo tiene fuerza por tolerancia y en tanto que place al príncipe soberano, quien puede convertirla en ley mediante su homologación. En consecuencia, toda la fuerza de las leyes civiles y costumbres reside en el poder del príncipe soberano. La ley puede anular las

---

Policía boliviana; 7. Armas de fuego y explosivos; 8. Política exterior; 9. Nacionalidad, ciudadanía, extranjería, derecho de asilo y refugio; 10. Control de fronteras en relación a la seguridad del Estado; 11. Regulación y políticas migratorias; 12. Creación, control y administración de las empresas públicas estratégicas del nivel central del Estado; 13. Administración del patrimonio del Estado Plurinacional y de las entidades públicas del nivel central del Estado; 14. Control del espacio y tránsito aéreo, en todo el territorio nacional. Construcción, mantenimiento administración de aeropuertos internacionales y de tráfico interdepartamental; 15. Registro Civil; 16. Censos oficiales; 17. Política general sobre tierras y territorio, y su titulación; 18. Hidrocarburos; 19. Creación de impuestos nacionales, tasas y contribuciones especiales de dominio tributario del nivel central del Estado; 20. Política general de Biodiversidad y Medio Ambiente. 21. Codificación sustantiva y adjetiva en materia civil, familiar, penal, tributaria, laboral, comercial, minería y electoral; 22. Política económica y planificación nacional.

[195] ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *op. cit.*, *Aplicación Judicial*..., p. 59.

[196] *Ibidem*.

[197] *Ibidem*.

costumbres, pero las costumbres no pueden derogar la ley»[198]. Por su parte, HOBBES señalaba: «Cuando el uso prolongado obtiene la autoridad de una ley, no es la extensión del tiempo lo que determina su autoridad, sino la voluntad del soberano expresada mediante su silencio»[199].

En esta tónica, ANDALUZ afirma que la costumbre importa «...en la medida en que el Derecho del Estado la confirme o se remita a ella»[200] (artículos 30.II, 14, 190.I y 191.I de la Constitución). Así mismo, ALARCÓN señala que la costumbre será válida cuando sujete su actuación a dos premisas básicas: *i*) respeto a los derechos y garantías, tal como dispone el artículo 190.II de la Carta constitucional: «La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución» y *ii*) se desarrolle en el marco de las competencias atribuidas por la Constitución (artículo 304 de la Constitución)[201]. Ambas premisas limitan el ámbito de validez material del ejercicio del Derecho indígena. Fuera de este ámbito, constituye simplemente una conducta ilícita.

Indica ALARCÓN que la base de la justicia ordinaria es «...el vínculo de carácter universal que une al ciudadano con el Estado en función al lugar de nacimiento o por efecto de naturalización voluntaria»,[202] conforme dispone el artículo 141 de la Constitución: «La nacionalidad boliviana se adquiere por nacimiento o por naturalización. Son bolivianas y bolivianos por nacimiento, las personas nacidas en el territorio boliviano, con excepción de las hijas y los hijos de personal extranjero en misión diplomática; y las personas nacidas en el extranjero, de madre boliviana o de padre boliviano». Mientras que la base de la justicia indígena originario campesina según este autor es «...el vínculo de carácter particular que une a una persona con una nación o pueblo indígena en función a la pertenencia al grupo por razones de identidad, historia y cultura»[203], conforme consagra

---

[198] BODIN, Jean, *Los seis libros de la república*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 46 y ss.
[199] THOMAS, Hobbes, *Leviatham*, Penguin, Nueva York, 1968, p. 348.
[200] ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *op. cit*., *Aplicación Judicial*..., p. 60 y ss. Identifica el autor casos en los que expresamente se establece la vigencia de la costumbre en una determinada relación jurídica, por el uso de expresiones tales como: «cuando los usos lo autorizan» (artículo 460 del Código Civil), «según los usos» (artículo 520 del Código Civil), o «sujetándose a los usos» (artículo 1142 del Código Civil).
[201] ALARCÓN MONDONIO, Carlos, «Pluralismo Jurídico en Bolivia. Contenidos básicos de la Ley de Deslinde Jurisdiccional», en AA.VV., *Propuestas para la Ley de Deslinde Jurisdiccional*, Compañeros de las Américas, La Paz, 2009, p. 120 y ss.
[202] ALARCÓN MONDONIO, Carlos, *op. cit.*, «Democracia en...»..., p. 187.
[203] *Ibidem*.

el artículo 2 de la Constitución: «Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley», y el artículo 30.I de la misma Carta[204]: «Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española».

Afirma ALARCÓN que para definir pautas de certidumbre y simplificación que regulen este ámbito, se debe recurrir a la aplicación del principio *ius fori* (Derecho del foro). Que en Derecho internacional privado significa el Derecho «por el cual cada juez aplica su propio derecho». Por tanto, el juez republicano aplica el Derecho republicano y el juez indígena aplica el Derecho indígena[205]. El Derecho indígena se regula en el artículo 191.I de la Constitución, cuyo tenor literal dice: «La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino» consecuentemente este autor sentencia que el Derecho indígena es fuente consuetudinaria[206]. Opinión coincidente con ANDALUZ, quien también concibe el vínculo particular, como *opinio iuris* y *consuetudo*, por cuanto la conducta contraria es considerada ilícita entre los miembros de la comunidad o nación o pueblo indígena originario campesino[207].

ALARCÓN diseña una clasificación de «sistemas jurídicos» en función a la pertenencia del vínculo universal o particular. Según el autor el «subsistema jurídico republicano» tiene fundamento universal porque se aplica a todos los habitantes del Estado por el hecho de

---

[204] *Ibidem*.
[205] ALARCÓN MONDONIO, Carlos, *op. cit.*, «Pluralismo Jurídico...»..., p. 128.
[206] El citado autor efectúa una apreciación que deriva de la existencia de estos dos vínculos: «De esta premisa fundamental se deriva la consecuencia de que un ciudadano boliviano -por ejemplo, por haber nacido en territorio boliviano-, que además pertenece a una nación o pueblo indígena, debería estar sometido a las dos clases de justicia: *i*) la ordinaria, por su vínculo universal con el Estado y *ii*) la indígena, por su vínculo particular con su nación o pueblo indígena (el artículo 5, parágrafo I de la Constitución reconoce 36 naciones o pueblos indígenas). A la inversa el ciudadano boliviano que no pertenece a ninguna nación o pueblo indígena sólo debería estar sometido a la justicia ordinaria». ALARCÓN MONDONIO, Carlos, *op. cit.*, «Democracia en...»..., p. 187.
[207] ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *op. cit.*, *Aplicación Judicial*..., p. 63.

encontrarse en su territorio y sin ninguna clase de distinción[208]. En cambio, el «subsistema jurídico indígena originario campesino» tiene fundamento particular porque se aplica en los territorios y a los miembros de las naciones y pueblos indígenas. También señala que el «subsistema jurídico republicano» se compone por las jurisdicciones: constitucional, agroambiental, ordinaria y especiales; y el «subsistema jurídico indígena originario campesino» se compone por las jurisdicciones de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos[209]. Es así que, ambas jurisdicciones forman parte de una función judicial única y cumplen con los principios que sustentan la potestad de impartir justicia y esencialmente con el valor de respeto al Derecho a la vida[210].

La vigencia territorial o ámbito espacial de la jurisdicción indígena originaria campesina, es el espacio que corresponde al territorio de las autonomías indígenas. En este sentido, la autonomía indígena está regulada en el artículo 293.I de la Constitución, cuyo tenor literal dice: «La autonomía indígena basada en territorios indígenas consolidados y aquellos en proceso, una vez consolidados, se constituirá por la voluntad expresada de su población en consulta en conformidad a sus normas y procedimientos propios como único requisito exigible». Afirma ANDALUZ que en este territorio sus autoridades tradicionales están habilitadas por la Constitución «para ejercer su práctica de justicia de acuerdo a sus usos y costumbres»[211]. Situación que guarda relación con el artículo 191.II.3 de la Carta constitucional: «Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino»[212].

En lo referente a las relaciones de Derecho indígena con las normas de fuente formal, las mismas se supeditan a la Constitución, estatutos autonómicos, y por remisión de la Constitución a la Ley de Deslinde Jurisdiccional. Sobre este punto, ANDALUZ, enfatiza que las relaciones de Derecho indígena con las normas de fuente formal son de: *i*) subordinación a la Constitución, Ley marco de Autonomías y Descentralización, estatutos de autonomías indígenas, y Ley de Deslinde Jurisdiccional; *ii*) con relación a las fuentes formales de los otros subsistemas normativos, no se aplican los criterios de jerarquía,

[208] ALARCÓN MONDONIO, Carlos, *op. cit.*, «Pluralismo Jurídico...»..., p. 119 y ss.
[209] *Ibidem.*
[210] *Ibidem.*
[211] ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *op. cit., Aplicación Judicial*..., p. 63.
[212] *Ibidem*.

temporalidad ni especialidad, sino se rigen por las normas constitucionales de competencia material, pues son sistemas normativos distintos[213]. En el mismo sentido, ALARCÓN propone con relación a la organización de la jurisdicción indígena originaria campesina, la siguiente pirámide: *i*) Constitución, *ii*) Ley de Deslinde Jurisdiccional, y *iii*) Estatuto de Gobierno de la respectiva autonomía indígena. Esquematización que responde a las materias atribuidas al subsistema indígena originario campesino en función al respeto de los derechos y garantías constitucionales[214].

Respecto al ámbito material, la Ley de Deslinde Jurisdiccional, ordena las materias que la jurisdicción indígena originaria campesina regula bajo su propia «costumbre», de acuerdo con lo estipulado en el artículo 10 de la antedicha norma[215].

Decretos, reglamentos y resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos: el artículo 410.II.4 de la Constitución dispone: «La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: (...). 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes». Como es apreciable, estas unidades normativas están ubicadas en el cuarto nivel de la jerarquía normativa. Así, en primer orden están decretos, después reglamentos y resoluciones de órganos ejecutivos.

Afirma ANDALUZ que tal precepto constitucional expresa la correspondencia que existe «entre los decretos y reglamentos con las formas normativas de fuente nacional», así como «entre las resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos con las fuentes

---

[213] ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *op. cit.*, *Aplicación Judicial*..., p. 64.
[214] ALARCÓN MONDONIO, Carlos, *op. cit.*, «Pluralismo Jurídico...»..., p. 137.
[215] En cuanto a la regulación de esta materia ALARCÓN efectúa la siguiente puntualización: «La jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación. El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias: a. En materia penal, los delitos contra el Derecho internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio; b. En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario; c. Derecho laboral, Derecho de la seguridad social, Derecho tributario, Derecho administrativo, Derecho minero, Derecho de hidrocarburos, Derecho forestal, Derecho informático, Derecho internacional público y privado, y Derecho agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas; d. Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente». ALARCÓN MONDONIO, Carlos, *op. cit.*, «Pluralismo Jurídico...»..., p. 138 y ss.

autónomas y descentralizadas». Por esta razón, el autor señala que no se aplican los criterios de «jerarquía, temporalidad ni especialidad» que se aplican entre normas de otros subsistemas, sino que se rigen por el criterio de «competencia», reconocido en la Constitución. Recordemos que BALAGUER CALLEJÓN señala «...en un concepto estricto de competencia determinará cuál es el procedimiento o fuente aplicable, en tanto que se excluirán recíprocamente las fuentes entre sí en función de la materia, de manera que no cabrá hablar de competencia en el ámbito de la especialidad procedimental dentro de un mismo órgano». El autor también señala que «Este principio se vincula a la reserva material de un órgano o materia que cuando actúa excluye la aplicación del criterio de jerarquía, en tanto que tiene reservada la materia objeto de regulación»[216].

Pero además en este precepto constitucional también se aplica el criterio «jerárquico», por cuanto el artículo 410.II.4 de la Constitución establece: «...y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes». Cuadro en el que ANDALUZ señala que se aplica el criterio «jerárquico» en el caso de la resolución ministerial, cuando prima sobre ésta la resolución biministerial, y a su vez, desde la perspectiva de la materialidad dependerá del despacho ministerial que emitió tales resoluciones. Por tanto, tampoco rigen los criterios de «temporalidad ni especialidad» en las relaciones entre las referidas unidades normativas[217].

Para cerrar este epígrafe, describiremos un modelo constitucional de jerarquía normativa, que ha sido propuesto en la Asamblea Constituyente. Si bien, no ha sido recogido en el texto constitucional vigente, en virtud a su carácter unidimensional, podemos diferenciar categorías normativas de especial relevancia, así como premisas de simplificación, que por su naturaleza y estructuración, dotan de un plus de legitimidad y funcionalidad al modelo de jerarquía normativa constitucional. ALARCÓN plasma el diseño de la jerarquía normativa en cinco niveles, segmentos y bloques:

Primer nivel - Segmento Supremo - Bloque de constitucionalidad

1. Constitución Política del Estado, tratados internacionales sobre Derechos humanos y normas de Derecho comunitario.

[216] AA.VV., *Derecho constitucional* (vol. I), BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.), Tecnos, Madrid (Ediciones 2002, 2006 y 2009), p. 95.
[217] *Ibidem.*

Segundo nivel - Segmento Superior - Bloque de territorialidad y relaciones internacionales

2. Ley marco de Autonomías y Descentralización, estatutos autonómicos departamentales e indígena originario campesinos, cartas orgánicas municipales y tratados internacionales sobre materias diferentes a los Derechos humanos.

Tercer nivel - Segmento Intermedio Mayor - Bloque de legalidad

3. Leyes nacionales, departamentales y municipales y usos y costumbres de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Cuarto nivel - Segmento Intermedio Menor - Bloque de reglamentación y gobierno

4. Reglamentos y normas de gobierno emanadas de las máximas autoridades ejecutivas de los niveles de gobierno nacional, departamental, municipal e indígena originario campesino.

Quinto nivel - Segmento Inferior - Bloque administrativo

5. Resoluciones y normas administrativas emanadas de autoridades inferiores a las máximas autoridades ejecutivas de los niveles de gobierno nacional, departamental, municipal e indígena originario campesino[218].

Por tanto, a la vista de lo anterior, podemos afirmar que un modelo constitucional de jerarquía normativa de tipo unidimensional, mantiene ventaja respecto a un modelo alternativo de jerarquía normativa pluridimensional, pues éste último necesariamente debe establecer la secuencia de jerarquía dentro de cada nivel o esfera de gobierno, y además determinar la relación de jerarquía normativa entre los distintos niveles de gobierno[219]. Aspectos que se eximen en el modelo de jerarquía normativa unidimensional.

2.6. ¿Cláusulas pétreas?

Conviene iniciar este apartado refiriéndonos a la definición de cláusulas pétreas. DE VEGA afirma que las cláusulas pétreas o intangibles son aquellas «que no pueden ser reformadas, en tanto llevan en sí el espíritu de las mismas»[220]. En efecto, las cláusulas pétreas o

[218] ALARCÓN MONDONIO, Carlos, *op. cit.*, «Análisis y...»..., p. 230 y 231.
[219] ALARCÓN MONDONIO, Carlos, *op. cit.*, «Análisis y...»..., p. 233.
[220] En este contexto DE VEGA expone los siguientes ejemplos de cláusulas pétreas o intangibles: «Sería en el constitucionalismo del siglo XX, y sobre todo a raíz de los textos aprobados a partir de la Segunda Guerra

intangibles implican que «determinadas disposiciones de la Constitución, no pueden ser objeto de reforma, porque el legislador constituyente las considera el núcleo principal del orden constitucional»[221].

Al hilo de lo anterior, DE VEGA manifiesta que los límites explícitos o cláusulas de intangibilidad están expresamente dispuestos en las Constituciones. Ejemplo de ello, son: «...la Constitución francesa de 1791, donde se prohibía (título VII, art. 3) cualquier tipo de reforma en un período de cuatro años, a partir del momento de su aprobación, o la Constitución de Cádiz de 1812 (art. 375) donde esa prohibición se ampliaba a un plazo de ocho años...»[222] y seguidamente matiza: «La Constitución belga de 1831, en su artículo 84, y la japonesa de 1889, en su artículo 75, establecieron que en los períodos de regencia no se podían llevar a cabo revisiones a la Constitución...»[223]. RAMÍREZ CLEVES siguiendo a DE VEGA, indica que existen cláusulas que protegen: *i*) principio de Estado democrático, *ii*) Derechos fundamentales, *iii*) Estado social, *iv*) forma territorial del Estado, y *v*) ideología religiosa o la secularización del Estado[224].

En cuanto a las cláusulas de intangibilidad tendentes a proteger la forma de gobierno, RAMÍREZ CLEVES como DE VEGA, hacen referencia a la Constitución Noruega de 1814, en su artículo 112: «...que se excluyen del campo de la revisión las proposiciones que contraríen el espíritu y los principios de la presente Constitución», en el mismo sentido a la Constitución de Colombia de 1830, en su artículo 164: «el poder que tiene el Congreso para reformar la Constitución no se extiende a la reforma de Gobierno, que será siempre republicano, popular, representativo, alternativo y responsable» y especialmente a la Ley

---

Mundial, cuando el establecimiento de cláusulas de intangibilidad se convirtió en práctica generalizada de la mayoría de los ordenamientos. Dejando de lado otras referencias -como podrían ser la Constitución checoslovaca (art. 89), la de Costa de Marfil (art. 71), la de Túnez (art. 60), la brasileña (art. 47), la australiana (art. 128) etc- bien merece que se recuerde el caso de la Ley Fundamental de Bonn que, en su artículo 79.3 establece: Es inadmisible toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la federación en Länder, o al principio de cooperación de los Länder en la legislación, o a los principios consignados en los artículos 1 y 20. En igual sentido, el artículo 89 de la Constitución francesa, prescribe: que ningún procedimiento de reforma puede ser iniciado o llevado adelante cuando se refiera a la integridad del territorio. La forma republicana de gobierno no puede ser objeto de revisión. Del mismo modo, el artículo 139 de la Constitución italiana estatuye: La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional». DE VEGA, Pedro, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 246 y ss.

[221] *Ibidem*.

[222] *Ibidem*.

[223] *Ibidem*.

[224] RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2003, p. 71.

Fundamental de Bonn (Alemania) que en su artículo 79 apartado tercero consagra como cláusula de intangibilidad, la reforma del artículo 20 de la misma, según este tenor literal: «La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social»[225].

Indica RAMÍREZ CLEVES que las cláusulas de intangibilidad que protegen el régimen republicano «...prohíben desconocer los principios democráticos del Estado (como ser Camerún, Congo, Honduras y Ruanda), los derechos y deberes de los electores (Argelia y Guatemala) y el modo de elección del jefe de Estado (Guatemala y Honduras)...»[226]. Asimismo las cláusulas de intangibilidad que protegen los Derechos fundamentales están recogidas en diferentes Constituciones, y describe como ejemplo: «...la Ley Fundamental de Bonn, con la remisión que efectúa el artículo 79 numeral 3 al artículo I; y la Constitución griega, a través del artículo 110, (...) a la igualdad (artículo 4), el libre desarrollo de la personalidad (artículo 5), la libertad (artículo 5.III), y la libertad religiosa (artículo 13)»[227]. Por cuanto a las cláusulas de intangibilidad que protegen el Estado social de derecho, las identifica en: «...la Constitución alemana, a través de su artículo 20 y la Constitución de Argelia (artículo 195, apartado segundo), Madagascar (artículo 108) y Somalia (artículos 112 a 113)...»[228].

Expuestas sucintamente las consideraciones referidas a la definición de cláusulas pétreas o intangibles, así como las modalidades de cláusulas pétreas que protegen distintos ámbitos fundamentales del orden constitucional, cabe avanzar, analizando las cláusulas pétreas reconocidas en las Constituciones de Bolivia. Para ello es que realizaremos un somero examen de la cadena de Constituciones dadas en la historia. Iniciaremos la exposición anunciada tomando como referencia las Constituciones de la República.

La Constitución Política del Estado de 19 de noviembre de 1826 reconocía una cláusula pétrea de temporalidad pues disponía limitar la reforma de la Carta constitucional al transcurso de diez años y realizar la proposición y tratamiento de aprobación de la reforma en dos legislaturas diferentes[229].

---

[225] RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo, *op. cit.*, *Los límites...*, p. 73 y 74.
[226] RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo, *op. cit.*, *Los límites...*, p. 75.
[227] RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo, *op. cit.*, *Los límites...*, p. 78.
[228] *Ibidem.*
[229] Artículo 145 de la Constitución de 1826: «En las primeras sesiones de la legislatura siguiente, a la en que se hizo la moción sobre alterar o reformar la Constitución, será la materia propuesta y discutida». Artículo 148 de la Constitución de 1826: «y lo que las cámaras resuelvan, se cumplirá, consultado el Poder Ejecutivo sobre la conveniencia de la reforma».

La Constitución de 14 de agosto de 1831 mantuvo la cláusula pétrea de temporalidad antedicha, sumando, la consulta al Consejo de Estado y al Poder Ejecutivo, a los efectos de pronunciarse sobre la viabilización de la propuesta de reforma. El procedimiento de reforma fue similar al dispuesto en la Constitución de 1826, sin embargo, excluyó el transcurso de 10 años, y estableció que la proposición de reforma debía estar firmada mínimamente por la mitad de los miembros presentes de cualesquiera de las Cámaras legislativas. Asimismo, mantuvo la regulación de la Constitución de 1826 relativa a la necesidad de previa renovación de Cámaras al tratamiento de la proposición de reforma constitucional[230].

La Constitución de 20 de octubre de 1834 mantuvo el mismo sistema de reforma que el previsto en la Constitución de 1831, por cuanto no reconoció ninguna cláusula pétrea de temporalidad. Seguidamente, la Constitución de 26 de octubre de 1839 reguló el régimen de reforma de forma similar que las Constituciones de 1831 y 1834. Por lo que, no se pronunció respecto al transcurso del tiempo como límite para iniciar una reforma[231]. Por primera vez, ésta Constitución introdujo una cláusula pétrea sobre protección de forma de gobierno e independencia de Bolivia[232].

La Constitución de 17 de junio de 1843 reconoció la cláusula pétrea sobre protección de forma de gobierno e independencia de Bolivia[233]. Posteriormente, la Constitución de 21 de septiembre de 1851 estableció el procedimiento agravado de reforma constitucional, con idénticas características, que la Constitución de 1843. En el mismo sentido, recogió la cláusula pétrea sobre protección de forma de gobierno e independencia de Bolivia más la consagración de la religión[234].

---

[230] Artículo 147 de la Constitución de 1831: «En las primeras sesiones de la Legislatura en que haya renovación, será la materia propuesta y discutida; y lo que las Cámaras reunidas resolvieren, se cumplirá». Artículo 148 de la Constitución de 1831: «Antes de esta resolución, se consultará por las Cámaras al Consejo de Estado y al Poder Ejecutivo, sobre la conveniencia y necesidad de la reforma».

[231] Cabe puntualizar que la Constitución de 1839 no establecía el transcurso de 10 años para poder reformar el texto constitucional.

[232] El tenor literal del artículo 146 de la Constitución de 1839, indicaba: «El Poder que tiene el Congreso para reformar esta Constitución, jamás se extenderá a los artículos 1 y 2». Precepto concordante con el artículo 1 de la Constitución de 1839: «La Nación Boliviana se compone de todos los bolivianos, reunidos bajo de una misma asociación política: es libre e independiente, y adopta para su Gobierno la forma popular representativa», así como el artículo 2 de la misma Constitución: «El nombre de Bolivia es inalterable».

[233] Artículo 83 de la Constitución de 1843: «El poder que tienen las cámaras para reformar la Constitución, no se extiende a la forma de gobierno, ni a la independencia proclamada por la República».

[234] El tenor del artículo 100 de la Constitución de 1851, indicaba: «El poder que tiene el Congreso para reformar esta Constitución, jamás se extenderá a la forma de gobierno, a la independencia ni religión del Estado».

La Constitución de 5 de agosto de 1861 también reconoció el procedimiento agravado de reforma constitucional[235]. Asimismo, mantuvo la cláusula pétrea sobre protección de forma de gobierno, independencia y religión[236]. En este contexto, consagró la cláusula pétrea sobre enmienda al período constitucional del Presidente, pues disponía que su tratamiento y aprobación sólo debía tramitarse en una siguiente legislatura[237]. Tiempo después, la Constitución de 1 de octubre de 1868 igualmente consagró el procedimiento agravado de reforma constitucional, así como la cláusula pétrea relativa a la enmienda al período presidencial.

La Constitución de 1878 también reconoció la cláusula pétrea sobre enmienda al período presidencial. Siguiendo esta tónica, asimismo estableció que el procedimiento de reforma constitucional debía tramitarse específicamente mediante la formal aprobación de una ley ordinaria[238]. Transcurrido un corto tiempo, la Constitución de 28 de octubre de 1880, del mismo modo dispuso que el procedimiento de reforma constitucional debía realizarse a través de una ley ordinaria, como también recogió la cláusula pétrea sobre enmienda al período constitucional del presidente[239]. Sin embargo, muy contrariamente a su espíritu, resulta que literalmente estableció, de conformidad con la disposición contenida en su artículo transitorio 3, que: «La Convención se reserva reformar la Constitución conforme a las exigencias que se presenten, sin observar los trámites establecidos por ella»[240].

---

[235] Artículo 81 de la Constitución de 1861: «Todos los que tienen la iniciativa de las leyes pueden proponer enmiendas o adiciones a alguno o algunos artículos de esta Constitución. Si la proposición fuere apoyada por la quinta parte, a lo menos, de los miembros concurrentes, y admitida a discusión por mayoría absoluta de votos, se discutirá en la forma prevenida para los proyectos de ley; calificada de necesaria la enmienda o la adición por el voto de los dos tercios de miembros concurrentes, se pasará al Poder Ejecutivo, para el solo efecto de hacerla publicar» y el artículo 82 de la misma Constitución: «En las primeras sesiones de la legislatura en que haya renovación se considerará la enmienda o adición aprobada en la Asamblea anterior, y si fuere calificada de necesaria por las dos terceras partes de los miembros presentes, se tendrá como parte de la Constitución y se pasará al Poder Ejecutivo para que la haga publicar y ejecutar».

[236] Artículo 84 de la Constitución de 1861: «El poder que tiene la Asamblea para reformar esta Constitución jamás se extenderá a la forma de Gobierno, a la independencia ni a la religión del Estado».

[237] Artículo 83 de la Constitución de 1861: «Cuando la enmienda sea relativa al período constitucional del Presidente, se considerará conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, sólo en el siguiente período».

[238] Artículo 132 de la Constitución de 1878: «Esta Constitución puede ser reformada en todo o en parte, declarándose previamente la necesidad de la reforma, y determinándola con precisión, por una ley ordinaria, que haya sido aprobada por los dos tercios de los miembros presentes de cada Cámara. Esta ley puede ser iniciada en cualquiera de las cámaras en la forma constitucional. La ley declaratoria de la reforma, será pasada al Ejecutivo para su promulgación».

[239] Artículo 135 de la Constitución de 1880: «Cuando la enmienda sea relativa al período constitucional del Presidente de la República, se considerará conforme a lo dispuesto en los Artículos anteriores, sólo en el siguiente período».

[240] Este artículo reconoce a la Convención o Asamblea Nacional, el poder de reformar la Constitución, sin necesidad de observar y cumplir el procedimiento establecido por ella.

La reforma constitucional de 1906, materializada por la Ley de 27 de agosto de 1906, consagró la libertad de culto[241]. Más adelante, las Constituciones de 30 de octubre de 1938 y 24 de noviembre de 1945 recogieron el mismo régimen de reforma constitucional que el establecido en las Constituciones de 1880 y 1938. Con la Constitución de 26 de noviembre de 1947, el período constitucional del Presidente y Vicepresidente fue de cuatro años sin derecho a reelección. De manera que la reelección sólo podía operar una vez transcurridos cuatro años desde la terminación de su mandato[242].

Las Constituciones de 2 de febrero de 1967 y 12 de agosto de 1994 mantuvieron el mismo régimen de reforma constitucional que los textos constitucionales anteriores. Por cuanto consagraron el procedimiento agravado de reforma constitucional. Cabe resaltar que ambas reconocieron la «Ley de necesidad de Reforma»[243]. Asimismo, se manifiesta la especial importancia de la Constitución de 20 de febrero de 2004, toda vez que introdujo la reforma total de la Constitución por medio de Asamblea Constituyente. Asamblea que debía convocarse según procedimiento dispuesto en una Ley especial de convocatoria[244].

En este punto nuclear, debe completarse la cuestión que venimos tratando, en virtud de lo expresado en la Constitución de 2009, que en su Quinta Parte «Jerarquía Normativa y Reforma de la Constitución», Título Único «Primacía y Reforma de la Constitución» consagra la reforma total y parcial de la Constitución[245]. En referencia a la exposición *ut*

---

[241] Artículo Único, Ley de 27 de agosto de 1906: «Se declara la necesidad de la reforma del artículo segundo de la Constitución Política del Estado, quedando en consecuencia sancionada la ley constitucional en esta forma: El Estado reconoce y sostiene la religión católica, apostólica, romana, permitiendo el ejercicio público de todo otro culto».

[242] Artículo 85 de la Constitución de 1947: «El período del Presidente y Vicepresidente de la República es de cuatro años improrrogables. Ninguno de ellos podrá ser reelegido, ni el Vicepresidente ser elegido Presidente de la República, sino pasados cuatro años desde la terminación de su mandato». En el mismo sentido, Artículo Único de la Constitución de 1947: «La reforma del Artículo 85 surtirá efectos desde el presente período presidencial y vicepresidencial, el mismo que de acuerdo al Artículo 5 del Decreto-Ley de 15 de octubre de 1946 y 1 de la Ley de 8 de marzo del presente año, durará hasta el 6 de agosto de 1951».

[243] Véase artículo 230 de las Constituciones de 1967 y 1994: «I. Esta Constitución puede ser parcialmente reformada, previa declaración de la necesidad de la reforma, la que se determinará con precisión en una ley ordinaria aprobada por dos tercios de los miembros presentes en cada una de las Cámaras. II. Esta Ley puede ser iniciada en cualquiera de las Cámaras, en la forma establecida por esta Constitución».

[244] El tenor literal del artículo 232 de la Constitución de 2004, decía: «La Reforma total de la Constitución Política del Estado es potestad privativa de la Asamblea Constituyente, que será convocada por Ley Especial de convocatoria, la misma que señalará las formas y modalidades de elección de los constituyentes, será sancionada por dos tercios de voto de los miembros presentes del H. Congreso Nacional y no podrá ser vetada por el Presidente de la República».

[245] Artículo 411 de la Constitución de 2009: «I. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea

supra subrayamos que la reforma parcial no puede afectar las bases fundamentales de la Constitución Política del Estado, derechos, deberes y garantías, o primacía. Mientras que la reforma total de la Constitución no reconoce cláusulas pétreas por cuanto en el proceso constitucional de reforma total de la Carta constitucional puede modificarse libremente cualquier precepto de la misma, ante la inminente instalación y funcionamiento de una Asamblea Constituyente.

Hasta aquí hemos analizado las cláusulas pétreas en el ordenamiento constitucional boliviano, refiriéndonos específicamente a aquellas cláusulas tendentes a proteger la forma de gobierno, enmienda al período presidencial, libertad de culto y temporalidad en la reforma constitucional. Para concluir el presente epígrafe procederemos a esbozar algunas matizaciones fraguadas por la doctrina, desde múltiples enfoques jurídicos sobre el concepto «dignidad».

La mayoría de los pensadores del siglo XVI en adelante han teorizado sobre los conceptos de «dignidad». TOMÁS MORO reflexionó sobre los esclavos y les atribuye derechos que les pertenecen en «Utopía» y bajo cuyos preceptos deben ser tratados[246]. HOOBES, que si bien no define la dignidad, por otra parte se refiere a los derechos inalienables de los hombres: «hay algunos derechos que ningún hombre, ni mediante palabras ni mediante cualquier otro signo, ha dado a entender que los ha abandonado o que ha renunciado a ellos»[247]. En el mismo sentido, KANT vincula la dignidad a toda persona con identidad moral, responsabilidad de razonamiento práctico y capacidad[248].

La dignidad humana está presente a lo largo de la historia de la humanidad en sus diferentes estadios. A propósito de las palabras de MARÍN GÁMEZ en cuanto al referido concepto: «El principio de la dignidad de la persona está presente en los textos jurídicos imbuido del pensamiento aristotélico, tomista y, en general, escolástico»[249] seguidamente

---

Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio. II. La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio».

[246] MORO, Tomás, *Utopía*, trad. de Ediciones Abraxas, Edimat Libros, Madrid, 2003, p. 127.

[247] HOBBES, Thomas, *op. cit*., *Leviatán o*..., p. 121.

[248] Véase en KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, 3era. Edición, Tecnos, Madrid, 1999.

[249] MARÍN GÁMEZ, José Ángel, *Aborto y Constitución*, Universidad de Jaén, Jaén, 1996, p. 168.

añade que: «constituye la característica histórica más positiva de la expresión dignidad la trascendencia que para la tradición filosófica y jurídica ha supuesto la realidad humana»[250].

En el Derecho constitucional latinoamericano y europeo, se ha dado reconocimiento a la dignidad de la persona junto con los Derechos humanos, constituyendo así la base fundamental del orden constitucional. Tal y como CÁMARA VILLAR afirma expresamente: «los Derechos fundamentales y las libertades públicas han alcanzado así gran relieve, correspondiéndoles hoy un papel central en el Estado constitucional, configurando un núcleo esencial de la parte dogmática de las Constituciones, en las que suelen recogerse expresa y ampliamente sus garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales»[251]. Asimismo, el autor matiza: «...el desarrollo político común y los cada vez más frecuentes intercambios de todo orden han confluido en la consideración de que la dignidad de la persona, la libertad y la igualdad son los valores máximos y matriciales, convirtiéndose en los verdaderos fundamentos de las diversas expresiones normativas constitucionales y de sus objetivos como Estados democráticos»[252].

Para HÄBERLE la dignidad de la persona humana consiste en «...el valor y pretensión de respeto intrínseco y simultáneamente social, al cual pertenece cada ser humano por su condición humana...»[253]. En criterio de GÓMEZ SÁNCHEZ la dignidad representa «...el reconocimiento de una naturaleza específica que hace del ser humano algo distinto de cualquier otra realidad y merecedor de un respeto igualmente singular...»[254].

Al hilo de lo anterior, la autora manifiesta que la primera acepción del término «dignidad» alude al ser humano y protege sus «elementos constitutivos». Por elementos constitutivos del ser humano señala que debe entenderse «los aspectos físico, psicológico y moral»[255]. GÓMEZ SÁNCHEZ además enuncia que la idea de dignidad inicialmente se refería «...a la defensa del ser humano contra violaciones de sus derechos personales, vinculados a su

---

[250] *Ibidem*.
[251] CÁMARA VILLAR, Gregorio, «El sistema de los Derechos y Libertades fundamentales en la Constitución Española», en la obra colectiva: *Derecho Constitucional*, vol. II, Cap. XVI, Tecnos, Madrid, 2004, p. 33 y ss.
[252] *Ibidem.*
[253] HÄBERLE, Peter, «A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal», *Dimensoes da Dignidade*, WOLFGANG SARLET, Ingo (Org.), Livraria Do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 104.
[254] GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, «Dignidad y ordenamiento comunitario», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, julio-diciembre de 2005.
[255] *Ibidem.*

realidad física, por lo que se prohibían tratos inhumanos, torturas, o se protegía la integridad física»[256]. Continúa afirmando que la dignidad ha sido reconocida de manera tradicional como «dignidad humana» o en grado menor como «dignidad de la persona», última denominación que fue acogida por el artículo 10.1 de la Constitución Española[257].

Considera expresamente GONZÁLEZ PÉREZ que la dignidad humana debe ser «asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional...»[258] razón por la que efectúa la siguiente apreciación: «...sin que pueda ser retirada a ninguna persona por el ordenamiento jurídico, siendo inherente a su naturaleza humana y ella no desaparece sea cual fuere la conducta de la persona»[259].

Siguiendo esta misma lógica, NOGUEIRA ALCALÁ, indica puntualmente que la dignidad humana «...es el valor supremo y el principio jurídico que constituyen la columna vertebral de todo el ordenamiento constitucional y jurídico, y por tanto se convierte en fuente de los Derechos fundamentales, que irradia a todo el ordenamiento, y por tanto cualquier interpretación del mismo debe hacerse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice mejor»[260]. En el sentido expuesto, y desde una perspectiva filosófica jurídica, MORA, en cuanto a la dignidad efectúa la siguiente puntualización «...la dignidad de la persona, quedaría de este modo reducida a un principio inspirador, dinámico, que articula y sistematiza los derechos humanos. Un valor guía, pero, al mismo tiempo un resultado configurado por las realidades normativas dinámicas, que son los Derechos fundamentales»[261].

---

[256] *Ibidem.*
[257] *Ibidem.*
[258] GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, p. 25. De esta manera lo dispone la Declaración Universal de Derechos Humanos a tenor de su artículo 1: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros», asimismo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Preámbulo: «El reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la sociedad humana (...) constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz mundial, en el reconocimiento que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres». En el mismo sentido la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, en su Preámbulo: «Reconocimiento que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres», así como la Convención sobre Derechos del Niño, en su Preámbulo: «Dignidad inherente a todos los miembros de la comunidad humana».
[259] *Ibidem.*
[260] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, «Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina», *Revista de Derecho*, núm. 5, Universidad Católica del Uruguay, 2010, p. 82.
[261] Los argumentos filosóficos-jurídicos expuestos en torno a la «dignidad de las personas» se encuentran publicados en MORA, José Enrique, «La Dignidad de la Persona Humana en la Jurisprudencia constitucional española», disponible en *XVII Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra*, Navarra, 1997, p. 530.

En esta tónica NOGUEIRA ALCALÁ afirma que la dignidad humana constituye un límite intrínseco en el proceso de reforma constitucional, cuadro jurídico en el que sentencia: «...la dignidad humana se constituye en una barrera o límite inmanente a toda reforma constitucional, que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla. La dignidad del ser humano es el *mínimum* invulnerable que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna...»[262].

En criterio de JIMÉNEZ RUIZ la dignidad humana puede observarse en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que proclama: «Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana», a lo que afirma que la atribución de la dignidad humana «se convierte en el denominador común presente en todos los Instrumentos Internacionales sobre Derechos humanos otorgados de forma posterior...»[263].

SCHNEIDER sostiene que para evitar que degenere el Estado en un derecho formal e injusto, el Estado de derecho «no sólo debe garantizar formas y procedimientos de actuación estatal, sino que también debe proponer objetivos concretos y metas»[264] de tal modo que remarca: «...la protección y el respeto de la dignidad humana, las libertades fundamentales y los derechos ciudadanos, que el poder estatal tiene que observar como derecho directamente aplicable»[265].

Delineadas algunas posturas doctrinales sobre el concepto de dignidad debemos concluir el presente epígrafe refiriéndonos al artículo 8.II de la Constitución de 2009, cuyo texto expresa: «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». Tenor del que podemos evidenciar los

---

[262] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *op. cit*., «Dignidad de...»..., p. 3 y 4.
[263] JIMÉNEZ RUIZ, Juan Luis, *El orden jurídico multinivel entre los paradigmas de libertad y seguridad*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2014, p. 39 y 40.
[264] SCHNEIDER, Hans-Peter, «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, p. 23.
[265] *Ibidem*.

fundamentos ontológicos[266] y éticos o deontológicos configuradores de una portentosa prohibición: «que la persona sea un instrumento o medio de nadie». Por otra parte, el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia Constitucional 1585/2011-R, de 11 de octubre de 2011, ha refrendado el posicionamiento de que la dignidad humana es un derecho reconocido a toda persona por la sola condición de ser humano[267].

A la luz de lo expuesto diremos que es premisa nuclear del Derecho, que la dignidad está sustraída del ámbito de reforma constitucional. Pues la dignidad no puede ser objeto de reforma constitucional ni parcial ni total. Más bien, tal como especifica NOGUEIRA ALCALÁ, la dignidad constituye en sí misma, un límite inmanente de la reforma constitucional, cuando ésta pretenda desconocerla, o vulnerarla en alguna medida. Por tanto, sin dignidad no existen ni derechos, ni sociedad civilizada, menos aún Constitución. Baste recordar que la dignidad humana siempre ha sido el punto de inflexión por el cual los seres humanos han querido sojuzgar a otros seres humanos acudiendo a elementos que justifiquen la inclinación de su rapacidad como raciales, sociales, religiosos, ideológicos, entre otros.

2.7. El individuo en el marco de la Constitución

En este epígrafe se esbozará de forma exclusivamente jurídica la posición del individuo en el espacio constitucional. Dicha aproximación será efectuada siguiendo el orden propuesto en la Constitución de 2009, así haremos referencia al individuo en función a: *i*) nación boliviana, *ii*) religión, *iii*) idiomas de la nación y *iv*) valores y principios. De forma paralela se intentará abordar la conexión entre individuo y Cultura.

En relación a la nación boliviana, el artículo 3 de la Constitución de 2009, ordena: «La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las

[266] Respecto a este punto nuclear NOGUEIRA ALCALÁ especifica: «Son las dimensiones ontológicas dadas por la racionalidad y libertad del ser humano (autodeterminación consciente y responsable de su propia vida), como asimismo la de carácter ético o deontológico constituidas por la autonomía y fin en sí mismo, no siendo la persona un medio o instrumento de nadie». NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *op. cit.*, «Dignidad de...»..., p. 5.

[267] Véase la Sentencia Constitucional 1585/2011-R, de 11 de octubre de 2011, de la que literalmente extractamos por su valor en cuanto a dignidad se trata, el siguiente fragmento: «...es aquel derecho que tiene toda persona por su sola condición de 'humano', para que se la respete y reconozca como un ser dotado de un fin propio, y no como un medio para la consecución de fines extraños, o ajenos a su realización personal (...). Definir la dignidad de la persona no es posible, sólo podemos apreciar su vulneración, la que se concreta cada vez que se perturba, amenaza o priva de los derechos esenciales a la persona, o cuando se denigra, humilla, o discrimina. De esta forma, la dignidad de la persona constituye una realidad ontológica constitucional, estableciéndose como el fundamento de los Derechos humanos».

naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano». Este precepto pone de manifiesto que la nación no sólo está compuesta por los bolivianos, sino que suma dos sujetos específicos, en vinculación con el aspecto eminentemente cultural, éstos son: *i*) naciones y pueblos indígena originario campesinos y *ii*) comunidades interculturales y afrobolivianas. En efecto, tales composiciones culturales han sido producto de una suerte de interrelacionamiento de pueblos indígenas y originarios que habitaron estos territorios, durante los diferentes estadios de la historia.

Al hilo de lo anterior, TAPIA MEALLA especifica que la noción de «pueblo» presenta dos niveles de composición de carácter política: «...por un lado, se reconoce la existencia de una diversidad de naciones y pueblos indígenas que serían parte del pueblo boliviano, es decir, el pueblo boliviano es el resultado de una composición de pueblos que tienen diferentes culturas (...). Por otro lado, un pueblo político, que es el resultado de la historia de construcción del Estado boliviano y, sobre todo ahora, de la reforma del mismo con base en el reconocimiento de la pluralidad...»[268]. En el mismo sentido, el autor puntualiza que «el reconocimiento de varios pueblos es parte del pluralismo político y cultural» por lo que requiere «la composición de varios niveles de toma de decisiones» aspecto por el que propone: «...por un lado, el de los diferentes procesos de autogobierno en el seno de cada pueblo que forma parte de Bolivia y, por otro, los procesos políticos de toma de decisiones válidas para el conjunto de los pueblos que forman el Estado boliviano...»[269].

En síntesis, diremos que los pueblos indígenas y comunidades que conforman la nación boliviana, no sólo interactúan en el plano cultural e histórico, aludiendo concretamente al concepto «Plurinacional», sino que también tienen la capacidad de regular su gobierno de acuerdo a sus propios «usos y costumbres».

En cuanto al elemento religión, el artículo 4 de la Constitución, dispone: «El Estado respeta y garantiza la libertad de religión y de creencias espirituales, de acuerdo con sus cosmovisiones. El Estado es independiente de la religión». TAPIA MEALLA afirma que el Estado «se independiza de la religión católica» en consecuencia «cumple o realiza una de las facetas del desarrollo de los estados modernos en general, en términos del proceso de

[268] TAPIA MEALLA, Luis, *op. cit.*, «El pluralismo...»..., p. 263.
[269] TAPIA MEALLA, Luis, *op. cit.*, «El pluralismo...»..., p. 264.

secularización, (...) la coexistencia de varias colectividades, con diferentes conjuntos de creencias, se hace más posible y menos conflictiva en la medida en que el poder político central no se identifica como una de estas colectividades y, por lo tanto, reprima o discrimine a colectividades e individuos que participan de otro conjunto de creencias»[270]. Desde esta perspectiva, resulta que la separación del Estado de la religión guarda estrecha relación con el fenómeno de «democratización» de los pueblos, naciones y culturas. Cabe señalar que la Constitución de 2004 también reconocía la religión católica, apostólica y romana, y además garantizaba el ejercicio público de otro culto, sin embargo, tómese en cuenta que no consagraba la separación de religión y Estado.

Respecto a los idiomas de la nación, el artículo 5.I de la Constitución, ordena de forma clara: «Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco». Aludimos una vez más a TAPIA MEALLA, quien afirma que el pluralismo cultural y político se traduce «...en el reconocimiento de carácter oficial de las diferentes lenguas que hablan las diferentes culturas en territorio boliviano, (...) un aspecto de la democratización intercultural y del pluralismo político es el reconocimiento oficial de todas las lenguas que hablan los pueblos...»[271]. No obstante, debemos determinar que el reconocimiento constitucional de tal cantidad de idiomas, da lugar a pensar que estamos ante múltiples nacionalidades, hecho que definitivamente podría fragmentar la unidad. Por ejemplo, así recordemos que en la Constitución de 2004 se reconocía como idioma oficial únicamente el castellano.

En relación a los principios y valores, el artículo 8 de la Constitución, proclama: «I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble). II. El Estado se sustenta en los valores

[270] *Ibidem.*
[271] *Ibidem.*

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».

Afirma QUIROGA TRIGO que: «...este catálogo de principios y valores ha sido ordenado con un criterio que asigna a los pueblos indígenas los principios ético-morales y deja para los bolivianos y bolivianas los valores de raigambre occidental»[272], postura que devela que la asignación de principios y valores divide a los bolivianos e indígenas. En similar sentido, TAPIA MEALLA afirma que el artículo 8 de la Carta constitucional contiene dos partes: «...en la primera, se dice que el Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural un conjunto de normativas e ideas regulativas que provienen, por un lado, de las sociedades aymaras y quechuas y, por el otro, de algunas de las sociedades que habitan en tierras bajas»[273] formulando que los principios ético-morales devienen de las concepciones de occidente y oriente.

En este contexto QUIROGA TRIGO apunta que el tenor del artículo 8.II de la Constitución ordena una lista de valores que forman parte de la historia. Así mismo, que tales valores se identifican con el occidente moderno, y procede a diferenciar los valores reconocidos en nivel constitucional: «...los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, complementariedad, armonía, equilibrio, si bien aparecen en el lenguaje de las sociedades modernas, son parte de los principios organizadores de las culturas agrarias originarias de estos territorios, traducidos o formulados en su propia lengua» seguidamente precisa: «...las ideas de igualdad de oportunidades y equidad social y de género, bienestar común, justicia social, distribución y redistribución de los bienes sociales, se podría decir que provienen de la historia de las luchas por la conquista y el reconocimiento de los derechos sociales, aunque también los principios de justicia y redistribución formaban parte de los principios organizadores de las sociedades prehispánicas»[274]. Como también afirma que el artículo 8.II de la Carta constitucional, articula el conjunto de valores en el horizonte ético-moral, fundado básicamente en la noción del «vivir bien»: «...El vivir bien no es una formulación individual sino relativa a

[272] QUIROGA TRIGO, José Antonio, *op. cit.*, «El Estado...»..., p. 280.
[273] TAPIA MEALLA, Luis, *op. cit.*, «El pluralismo...»..., p. 266.
[274] QUIROGA TRIGO, José Antonio, *op. cit.*, «El Estado...»..., p. 280 y ss.

la colectividad, (...) valores como igualdad, complementariedad y reciprocidad hacen referencia a las relaciones entre personas e interacciones...»[275].

Debemos precisar que el catálogo de valores y principios reconocidos en la Constitución de 2009 cambia el eje del ordenamiento constitucional de «individuo-Estado» por los «pueblos indígenas y comunidades interculturales-Estado». En esta tónica cabe resaltar que la Constitución de 2004 a tenor literal de su artículo 1.II, decía: «Bolivia (...). Es un Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad y la justicia» precepto que difiere de forma sustancial respecto al vigente por tratarse de una proclamación de orden liberal.

Para finalizar este epígrafe, subrayamos, que la nota principal del individuo en el marco de la Constitución ha sido la sustitución del sujeto «individual» por el «colectivo». Este cambio de sujeto ha sido manifestado en los cuatro componentes: «nación», «religión», «idioma», y «principios y valores». De este modo, diremos que los pueblos indígenas y comunidades interculturales han terminado desplazando la posición de centralidad que tenía el individuo, reconocido como tal, en anteriores textos constitucionales. A ello se suma el carácter plurinacional e intercultural que caracteriza extremadamente al Estado.

3. El diseño jurídico organizativo interno del Estado Plurinacional de Bolivia

En este apartado se abordará el análisis de la organización administrativa interna del Estado. Dicha aproximación será llevada a cabo siguiendo el esquema multinivel interno de la organización territorial en Bolivia. Se presenta también como propósito determinar la naturaleza y alcance del Estado autonómico. A tales fines iniciaremos el estudio de los elementos territoriales y competenciales, de forma seguida, analizaremos los elementos de la organización del sistema autonómico, para anclar el estudio en la autonomía y competencias de los niveles territoriales internos del Estado. Adelantamos que la Carta constitucional de 2009 reconoce cinco niveles autonómicos expresamente dispuestos y que además les corresponde una nómina de materias según su competencia. Finalmente, se cierra este apartado con el estudio relativo a la caracterización jurídica de los diferentes niveles infraestatales.

[275] *Ibidem.*

3.1. Parámetros constitucionales actuales: territoriales y competenciales

La forma de organización administrativa interna del Estado[276] se manifiesta a través de dos criterios fundamentales, específicamente nos referimos al criterio: *i*) Funcional: orientado «al diseño del Estado» y *ii*) Territorial: dirigido a «organizar los diferentes niveles de gobierno a partir de la nueva organización del territorio nacional que implementa»[277]. De tal forma, que la organización funcional del Estado, reparte el Poder Público en los Órganos: Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. Pero además regula las funciones estatales de Control, Defensa de la Sociedad y Defensa del Estado. Por cuanto a la organización territorial del Estado se refiere, la Constitución ha establecido concretamente cinco niveles: *i*) departamental, *ii*) provincial, *iii*) municipal, *iv*) territorios indígenas, y *v*) regiones.

Con la entrada en vigor de la Constitución de 2009, en mérito a su artículo 1: «Bolivia se constituye en un Estado Unitario, (...) descentralizado y con autonomías...», se consagra el «Estado Unitario» que se encuentra caracterizado por la descentralización política, administrativa y económica, y por las autonomías. En efecto, se trata del reconocimiento en nivel constitucional del «Estado autonómico».

En cuanto a la regulación de las autonomías, la Constitución de 2009, a través de su Disposición Transitoria Segunda ordenó a la Asamblea Legislativa Plurinacional que en el plazo máximo de ciento ochenta días computables a partir de su instalación sancione el bloque de «leyes marco». Así, las normas priorizadas en este precepto, fueron: *i*) Ley del Órgano Electoral Plurinacional, *ii*) Ley del Régimen Electoral, *iii*) Ley del Órgano Judicial, *iv*) Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, y *v*) Ley Marco de

---

[276] La Constitución de 2004 reconocía una forma de organización administrativa de corte centralista. Así dentro del Capítulo III del Régimen Interior, según el tenor del artículo 108, ordenó: «El territorio de la República se divide políticamente en departamentos, provincias, secciones de provincias y cantones», en el mismo sentido el artículo 109: «I. En cada Departamento el Poder Ejecutivo está a cargo y se administra por un Prefecto, designado por el Presidente de la República. II. El Prefecto ejerce la función de Comandante General del Departamento, designa y tiene bajo su dependencia a los Subprefectos en las provincias y a los corregidores en los cantones, así como a las autoridades administrativas departamentales cuyo nombramiento no esté reservado a otra instancia. III. Sus demás atribuciones se fijan por Ley. IV. Los Senadores y Diputados podrán ser designados Prefectos de Departamento, quedando suspensos de sus funciones parlamentarias por el tiempo qué desempeñen el cargo» y el artículo 110: «I. El Poder Ejecutivo a nivel departamental se ejerce de acuerdo a un régimen de descentralización administrativa. II. En cada Departamento existe un Consejo Departamental, presidido por el Prefecto, cuya composición y atribuciones establece la Ley».

[277] BÖRTH IRAHOLA, Carlos, «Introducción al nuevo sistema constitucional boliviano», en AA.VV., *op. cit.*, *Miradas Nuevo...*, p. 60.

Autonomías y Descentralización. Como puede advertirse, la ley que desarrollaría los aspectos fundamentales de la organización territorial del Estado, ha sido la LMAD.

Tras la vigencia de la Constitución de 2009, en primer término, se sancionó la Ley 017, Transitoria para el funcionamiento de las Entidades Territoriales Autónomas, de 24 de mayo de 2010. Esta norma fue «transitoria» porque regulaba la implementación gradual del nuevo régimen de autonomías, ordenado *a priori*, por la Constitución. En segundo término, también se sancionó la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010, en observancia al mandato constitucional[278].

De esta forma la autonomía está definida de forma clara e inequívoca en el artículo 272 de la Constitución, cuyo tenor literal, expresa: «La autonomía implica la elección directa de sus autoridades por las ciudadanas y los ciudadanos, la administración de sus recursos económicos, y el ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva, por sus órganos del gobierno autónomo en el ámbito de su jurisdicción y competencias y atribuciones»[279]. Por su parte, el artículo 6.II.3 de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, define la autonomía como: «...la cualidad gubernativa que adquiere una entidad territorial de acuerdo a las condiciones y procedimientos establecidos en la Constitución Política del Estado y la presente Ley, que implica la igualdad jerárquica o de rango constitucional entre entidades territoriales autónomas, la elección directa de sus autoridades por las ciudadanas y los ciudadanos, la administración de sus recursos económicos y el ejercicio de facultades legislativa, reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva por sus órganos de gobierno autónomo, en el ámbito de su jurisdicción territorial y de las competencias y atribuciones establecidas por la Constitución Política del Estado y la ley».

En este sentido, el contenido y alcance constitucional de la autonomía, también se manifiesta en los cuatro estatutos autonómicos aprobados en Bolivia. Dichos estatutos

---

[278] Debemos recordar la Disposición Transitoria Tercera de la Constitución, cuyo tenor literal dice: «I. Los departamentos que optaron por las autonomías departamentales en el referendo del 2 de julio de 2006, accederán directamente al régimen de autonomías departamentales, de acuerdo con la Constitución. II. Los departamentos que optaron por la autonomía departamental en el referéndum del 2 de julio de 2006, deberán adecuar sus estatutos a esta Constitución y sujetarlos a control de constitucionalidad».

[279] Subrayamos en el sentido indicado, la Declaración Constitucional 009/2013, de 27 de junio de 2013 que estableció: «...el precepto constitucional permite una aproximación a los alcances y la eficacia de la autonomía, y además establece tres elementos sustanciales que la componen: *i*) La formación de los poderes públicos a nivel Subnacional; *ii*) La administración de sus recursos económicos y *iii*) El ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva en el marco de sus competencias».

disponen que la autonomía consiste en: *i*) la elección de sus autoridades mediante voto universal, *ii*) el ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria y ejecutiva en determinadas materias, y *iii*) la administración soberana de los recursos asignados por la Constitución, las leyes y los propios estatutos autonómicos[280]. BÖRTH precisa que la forma de presentación de éstos componentes varían en el contenido de los cuatro estatutos autonómicos: «...los estatuyentes benianos y pandinos utilizaron un lenguaje similar, bastándoles sólo un artículo para fijar el alcance de la autonomía, lo que no sucede en los estatutos de Santa Cruz y Tarija, en las que estas tres potestades de la autonomía aparecen desagregadas en diferentes disposiciones, (...) empero, no disminuyen la convergencia en el contenido que se le atribuye a la autonomía...»[281].

De este modo, la distribución territorial del ejercicio del poder político del Estado tiene tres alcances: *i*) en orden político, significa la capacidad de que cada entidad territorial autónoma se autogobierne de acuerdo a la Constitución y la legislación, *ii*) en orden económico, el reconocimiento de que las entidades territoriales autónomas administren sus propios recursos económicos, y *iii*) en orden administrativo, la atribución de que las entidades territoriales autónomas posean la potestad legislativa, a través de su Órgano Legislativo[282].

Concluiremos este epígrafe subrayando que la Constitución reconoce cinco niveles territoriales: *i*) departamental, *ii*) provincial, *iii*) municipal, *iv*) territorios indígenas, y *v*) regiones. En consecuencia, se reconoce en nivel constitucional, cinco autonomías. Que gozan de igualdad jerárquica, por lo que ninguna es superior a otra. Dichas autonomías se caracterizan por la administración de su gobierno, recursos económicos y producción normativa. Finalmente, el sistema autonómico, diseñado así en la Constitución de 2009, se materializa en el marco de la unidad del Estado.

3.1.1. *Elementos sobre la organización del Sistema*

Partiremos en esta ocasión de la definición de «unidad territorial» dispuesta en el artículo 6.I.1 de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, cuyo tenor literal dice: «Es un

[280] BÖRTH IRAHOLA, Carlos, «Adecuar los Estatutos Autonómicos ¿Qué implica?», en obra colectiva: *Autonomías*, Fundación Boliviana para la Democracia Multipartidaria, La Paz, 2009, p. 13 y ss.
[281] *Ibidem*. Véase artículo 1 del Estatuto beniano y artículo 2 del Estatuto pandino.
[282] RIVERA SANTIBÁÑEZ, José Antonio, *Temas de Derecho Constitucional*, Olimpio, Cochabamba, 2012, p. 183 y 184.

espacio geográfico delimitado para la organización del territorio del Estado, pudiendo ser departamento, provincia, municipio o territorio indígena originario campesino». De tal manera, que cada unidad territorial, exceptuando la provincial, posee un determinado nivel de autonomía, conforme este orden: *i*) departamental, *ii*) municipal, *iii*) territorios indígenas, y *iv*) regiones[283].

Al hilo de lo anterior, la finalidad del régimen autonómico, se regula en el artículo 7 de la LMAD: «El régimen de autonomías tiene como fin distribuir las funciones político-administrativas del Estado de manera equilibrada y sostenible en el territorio para la efectiva participación de las ciudadanas y ciudadanos en la toma de decisiones, la profundización de la democracia y la satisfacción de las necesidades colectivas y del desarrollo socioeconómico integral del país». Así mismo, las funciones generales de cada autonomía, se ordenan en el artículo 8 de la LMAD: «1. La autonomía indígena originaria campesina, impulsar el desarrollo integral como naciones y pueblos, así como la gestión de su territorio. 2. La autonomía departamental, impulsar el desarrollo económico, productivo y social en su jurisdicción. 3. La autonomía municipal, impulsar el desarrollo económico local, humano y desarrollo urbano a través de la prestación de servicios públicos a la población, así como coadyuvar al desarrollo rural. 4. La autonomía regional, promover el desarrollo económico y social en su jurisdicción mediante la reglamentación de las políticas públicas departamentales en la región en el marco de sus competencias conferidas».

Los instrumentos jurídicos que regulan la organización y funcionamiento de las entidades territoriales autónomas, son: *i*) Carta Fundamental y Bloque de constitucionalidad, *ii*) Ley Marco de Autonomías y Descentralización, *iii*) Estatuto orgánico o carta autonómica de la entidad territorial autónoma, y *iv*) Legislación y reglamentación. Con relación a la elaboración, aprobación y vigencia del estatuto orgánico o carta orgánica de la entidad

[283] En lo concerniente a la modulación constitucional de la autonomía indígena originaria campesina, véase la Sentencia Constitucional 1714/2012, de 1 de octubre de 2012, de la que extractamos literalmente, en mérito a su importancia el siguiente fragmento: «En efecto, según manda el artículo 269.I de la CPE: 'Bolivia se organiza territorialmente en departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario campesinos' (...). En esta perspectiva, el marco constitucional plantea cuatro tipos de autonomías: departamental, regional, municipal e indígena originario campesina, construidos sobre la base de las reivindicaciones sociales de autodeterminación de los pueblos indígenas y de las demandas regionales de autonomías departamentales, que postularon la necesaria redistribución del poder político con base territorial; aspiraciones recogidas por el Constituyente que suponen un complejo proceso de construcción y articulación entre las diferentes autonomías, así como entre ellas y el nivel central o nacional».

territorial autónoma respectiva, el artículo 275 de la Constitución, dispone: «Cada órgano deliberativo de las entidades territoriales elaborará de manera participativa el proyecto de Estatuto o Carta Orgánica que deberá ser aprobado por dos tercios del total de sus miembros, y previo control de constitucionalidad, entrará en vigencia como norma institucional básica de la entidad territorial mediante referendo aprobatorio en su jurisdicción».

Por tanto, el estatuto o carta orgánica es la norma fundamental constitutiva y reguladora de cada entidad territorial autónoma, de conformidad con el artículo 60 de la LMAD: «El estatuto autonómico es la norma institucional básica de las entidades territoriales autónomas, de naturaleza rígida, cumplimiento estricto y contenido pactado, reconocida y amparada por la Constitución Política del Estado como parte integrante del ordenamiento jurídico, que expresa la voluntad de sus habitantes, define sus derechos y deberes, establece las instituciones políticas de las entidades territoriales autónomas, sus competencias, la financiación de éstas, los procedimientos a través de los cuales los órganos de la autonomía desarrollarán sus actividades y las relaciones con el Estado. II. El estatuto y la carta orgánica están subordinados a la Constitución Política del Estado y en relación a la legislación autonómica tienen preeminencia»[284]. En esta misma lógica, la LMAD, también regula los requisitos que deben cumplir los estatutos autonómicos y cartas orgánicas, como normas primordiales del sistema autonómico.

Corresponde abordar el análisis de los principios que configuran el sistema autonómico diseñado en la Constitución de 2009[285]. De este modo, la estructuración del régimen

[284] El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el alcance de los estatutos autonómicos a través de la Declaración Constitucional 008/2013, de 27 de junio de 2013 que literalmente ordena: «*i*) Son normas de validez derivada, pues son secundarias a la Constitución Política del Estado, de la cual se desprenden (como todas las normas de acuerdo al 410.II constitucional); *ii*) Son aprobadas previo control de constitucionalidad y vía referendo lo que las hace cualitativamente diferentes al resto de legislación autonómica; *iii*) Se aplican a un segmento del territorio nacional (jurisdicción subnacional) coexistiendo con otras normas aplicadas en el mismo territorio de acuerdo a la distribución de competencias establecido por la Constitución; *iv*) Tienen carácter abstracto por su generalidad; *v*) Su naturaleza rígida deviene del procedimiento especial que las origina y los candados impuestos para su reforma; y, *vi*) Contenido pactado, pues su construcción debe ser altamente participativa, proyectándose como el resultado de un verdadero 'pacto territorial' perfeccionado con el control previo de constitucionalidad y el voto popular mediante referendo».

[285] En el sentido examinado, la Sentencia Constitucional 1714/2012, de 1 de octubre de 2012 ha modulado de forma conjunta todos los principios que materializan el funcionamiento del régimen autonómico. Por su importancia extractamos el siguiente fragmento: «La naturaleza principista y axiológica que trasciende toda la Constitución Política del Estado, cuya materialización constituye un fin esencial del Estado boliviano, se proyecta en la estructuración del régimen autonómico como directrices esenciales para la implementación y consolidación de los diferentes tipos de autonomía, de tal manera que para comprender el régimen

autonómico, reconoce una serie de principios nucleares que permiten la implementación y consolidación de los diferentes tipos de autonomía. Tales principios se regulan en el artículo 270 de la Constitución, cuyo tenor literal dice: «Los principios que rigen la organización territorial y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas son: la unidad, voluntariedad, solidaridad, equidad, bien común, autogobierno, igualdad, complementariedad, reciprocidad, equidad de género, subsidiariedad, gradualidad, coordinación y lealtad institucional, transparencia, participación y control social, provisión de recursos económicos y preexistencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, en los términos establecidos en esta Constitución».

La Unidad

Apunta que el régimen de autonomías se fundamenta en la indivisibilidad de la soberanía y el territorio boliviano, así como la cohesión interna del Estado y la aplicación uniforme de las políticas del Estado[286].

La voluntariedad

Enuncia que las naciones y pueblos indígena originario campesinos y las entidades territoriales ejerciten libremente el derecho de acceder a la autonomía de conformidad a la Constitución Política del Estado y la Ley[287].

La solidaridad

Implica que los gobiernos autónomos actúen de forma conjunta con el nivel central del Estado, mediante mecanismos de coordinación y cooperación permanente entre ellos, y adopten medidas de redistribución, para garantizar el aprovechamiento equitativo de los recursos[288].

La equidad

---

autonómico diseñado por el Constituyente, es imprescindible avocarse a los principios que rigen su ingeniería. Estos principios se encuentran recogidos en el art. 270 de la CPE...».

[286] *Cfr*. artículo 5.1 de la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010.

[287] *Cfr*. artículo 5.2 de la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010.

[288] *Cfr*. artículo 5.3 de la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010.

Denota que la organización territorial del Estado, el ejercicio de competencias y la asignación de recursos económicos, garantizan el desarrollo equilibrado interterritorial, la igualdad de oportunidades, y el acceso a los servicios públicos para toda la población boliviana[289].

El bien común

Supone que la actuación de los gobiernos autónomos esté fundamentada y justificada en el interés colectivo, sirviendo a los intereses generales en el marco de la filosofía del vivir bien de nuestra Cultura[290].

El autogobierno

Manda que los departamentos, las regiones, los municipios y las naciones y pueblos indígena originario campesinos accedan a la institucionalidad gubernativa[291].

La igualdad

Precisa que la relación entre las entidades territoriales autónomas se materialice en un plano de igualdad, proporción, trato igualitario, así como reciprocidad entre ellas, sin subordinación jerárquica ni tutela entre sí[292].

La complementariedad

Comporta que el régimen de autonomías se fundamente en la concurrencia de todos los esfuerzos, iniciativas y políticas del nivel central del Estado y los gobiernos autónomos, dirigidos a superar las desigualdades. Con sostenibilidad del Estado y autonomías[293].

La reciprocidad

---

[289] Véase artículo 5.4 de la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010.
[290] Véase artículo 5.5 de la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010.
[291] Véase artículo 5.6 de la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010.
[292] Véase artículo 5.7 de la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010.
[293] Véase artículo 5.8 de la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010.

Involucra que el nivel central del Estado, los gobiernos autónomos y las administraciones descentralizadas regulen sus relaciones en condiciones de mutuo respeto y colaboración, en beneficio de los habitantes del Estado[294].

La equidad de género

Promueve que las entidades territoriales autónomas garanticen el ejercicio pleno de las libertades y derechos de mujeres y hombres, generando mecanismos que contribuyan al logro de la justicia social, igualdad de oportunidades, sostenibilidad e integralidad del desarrollo en la conformación de sus gobiernos[295].

La subsidiariedad

Preceptúa que la toma de decisiones y provisión de los servicios públicos se realice desde el gobierno más cercano a la población, excepto que por razones de eficiencia y escala se justifique proveerlos de otra manera. Con la finalidad de auxiliar temporalmente a aquellos que se encuentren en estado de necesidad[296].

La gradualidad

Apunta a que las entidades territoriales ejerzan efectivamente sus competencias de forma progresiva y de acuerdo a sus propias capacidades[297].

La coordinación

Manifiesta que la relación armónica entre el nivel central del Estado y los gobiernos autónomos, constituye la base fundamental que sostiene el régimen autonómico, para garantizar bienestar, desarrollo, y provisión de bienes y servicios a toda la colectividad con plena justicia social[298].

---

[294] *Cfr*. artículo 5.9 de la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010.
[295] *Cfr*. artículo 5.10 de la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010.
[296] *Cfr*. artículo 5.11 de la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010.
[297] Véase artículo 5.12 de la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010.
[298] Véase artículo 5.13 de la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010.

La lealtad institucional

Señala que el nivel central del Estado y las entidades territoriales autónomas tomen en consideración el impacto que sus acciones puedan tener sobre el nivel central del Estado y otras entidades territoriales, con la finalidad de evitar aquellas que las perjudiquen, instando el diálogo en torno a las medidas susceptibles de afectación negativa, y facilitando toda información pública necesaria para su mejor desempeño. Así mismo, respetando el ejercicio legítimo de las competencias del nivel central del Estado y de las entidades territoriales autónomas[299].

La transparencia

Indica que los órganos públicos del nivel central del Estado y de las entidades territoriales autónomas faciliten a la población en general y a otras entidades del Estado el acceso a toda información pública en forma veraz, oportuna y confiable. Además, comprende el manejo honesto de los recursos públicos[300].

La participación y el control social

Formula que los órganos del poder público, en todos sus niveles, garanticen la participación y faciliten el control social sobre la gestión pública por parte de la sociedad civil organizada, de conformidad a la Constitución Política del Estado y las Leyes[301].

La provisión de recursos económicos

Prescribe que es responsabilidad compartida de los órganos públicos determinar la fuente de recursos económicos, y su asignación, con la finalidad de ejercer sus competencias. Toda nueva asignación de competencias deber indicar la fuente de recursos económicos y financieros necesarios para su ejercicio[302].

La preexistencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos

---

[299] *Cfr*. artículo 5.14 de la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010.
[300] *Cfr*. artículo 5.15 de la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010.
[301] *Cfr*. artículo 5.16 de la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010.
[302] Véase artículo 5.17 de la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010.

Por cuanto a la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, así como el dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación. Que consiste en su derecho a la autonomía, autogobierno, cultura, reconocimiento de sus instituciones, y consolidación de sus entidades territoriales, en la lógica de unidad del Estado[303].

Para finalizar, elaborada la aproximación pretendida a los elementos de la organización del sistema autonómico, podemos resumir que, a nivel constitucional, se reconocen cuatro niveles autonómicos: departamental, municipal, territorios indígenas y regiones. Dichas autonomías se encuadran en la unidad de Estado. La estructura de autonomías se rige básicamente por la Constitución, Ley Marco de Autonomías y Descentralización y estatutos autonómicos de cada entidad territorial autónoma. Los estatutos autonómicos son las normas institucionales fundamentales de la jurisdicción respectiva, que regulan aspectos esenciales -autogobierno, recursos económicos y producción normativa- de la entidad territorial autónoma. Del mismo modo, la nómina de principios autonómicos recogidos en la Constitución determina la configuración de las autonomías en Bolivia.

3.1.2. *Autonomía y Competencias en los niveles territoriales internos del Estado*

Procede apuntar el marco competencial de las autonomías al tenor de la Constitución. Como se ha precisado con anterioridad, la definición de autonomías se regula en el artículo 272 de la Carta constitucional. Que implica: *i*) elección directa de sus autoridades por las ciudadanas y los ciudadanos, *ii*) administración de sus recursos económicos, y *iii*) ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva por los órganos del gobierno autónomo en el ámbito de su jurisdicción, competencias y atribuciones.

De este modo, el régimen competencial de las autonomías se regula en el artículo 297 de la Constitución, cuyo tenor literal expresa: «I. Las competencias definidas en esta Constitución son: 1. Privativas, aquellas cuya legislación, reglamentación y ejecución no se transfiere ni delega, y están reservadas para el nivel central del Estado. 2. Exclusivas, aquellas en las que un nivel de gobierno tiene sobre una determinada materia las facultades legislativa, reglamentaria y ejecutiva, pudiendo transferir y delegar estas dos

[303] Véase artículo 5.18 de la Ley 031, Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, de 31 de julio de 2010.

últimas. 3. Concurrentes, aquellas en las que la legislación corresponde al nivel central del Estado y los otros niveles ejercen simultáneamente las facultades reglamentaria y ejecutiva. 4. Compartidas, aquellas sujetas a una legislación básica de la Asamblea Legislativa Plurinacional cuya legislación de desarrollo corresponde a las entidades territoriales autónomas, de acuerdo a su característica y naturaleza. La reglamentación y ejecución corresponderá a las entidades territoriales autónomas». En concordancia, las competencias de las autonomías se ordenan en el Título V «Régimen competencial», Capítulo I «Competencia» de la LMAD.

Ante la amplitud de esta materia se hace necesario acotar determinadas definiciones de las que podamos extraer algunas matizaciones respecto a las competencias definidas en la Constitución. De manera que a continuación procederemos con el análisis sucinto del régimen competencial autonómico.

Las competencias privativas: son aquellas cuya legislación, reglamentación y ejecución no se transfiere ni delega, y están reservadas para el nivel central del Estado. Las normas contenidas en el artículo 198.I de la Constitución asignan las competencias privativas del nivel central del Estado[304].

Las competencias exclusivas: son aquellas en las que un nivel de gobierno tiene sobre una determinada materia las facultades legislativa, reglamentaria y ejecutiva, pudiendo transferir y delegar estas dos últimas. La Constitución consagra competencias exclusivas a los diferentes niveles autonómicos: *i*) artículo 298.II, atribuye competencias exclusivas al nivel central del Estado[305], *ii*) artículo 300, asigna competencias exclusivas a los

[304] 1. Sistema financiero; 2. Política monetaria, Banco Central, sistema monetario, y la política cambiaria; 3. Sistema de pesas y medidas, así como la determinación de la hora oficial; 4. Régimen aduanero; 5. Comercio Exterior; 6. Seguridad del Estado, Defensa, Fuerzas Armadas y Policía boliviana; 7. Armas de fuego y explosivos; 8. Política exterior; 9. Nacionalidad, ciudadanía, extranjería, derecho de asilo y refugio; 10. Control de fronteras en relación a la seguridad del Estado; 11. Regulación y políticas migratorias; 12. Creación, control y administración de las empresas públicas estratégicas del nivel central del Estado; 13. Administración del patrimonio del Estado Plurinacional y de las entidades públicas del nivel central del Estado; 14. Control del espacio y tránsito aéreo, en todo el territorio nacional. Construcción, mantenimiento y administración de aeropuertos internacionales y de tráfico interdepartamental; 15. Registro Civil; 16. Censos oficiales; 17. Política general sobre tierras y territorio, y su titulación; 18. Hidrocarburos; 19. Creación de impuestos nacionales, tasas y contribuciones especiales de dominio tributario del nivel central del Estado; 20. Política general de Biodiversidad y Medio Ambiente; 21. Codificación sustantiva y adjetiva en materia civil, familiar, penal, tributaria, laboral, comercial, minería y electoral; 22. Política económica y planificación nacional.

[305] 1. Régimen electoral nacional para la elección de autoridades nacionales y subnacionales, y consultas nacionales; 2. Régimen general de las comunicaciones y las telecomunicaciones; 3. Servicio postal; 4. Recursos naturales estratégicos, que comprenden minerales, espectro electromagnético, recursos genéticos

gobiernos departamentales autónomos, *iii*) artículo 302, destina competencias exclusivas a los gobiernos municipales autónomos; y *iv*) artículo 304, consigna competencias exclusivas a las autonomías indígena originaria campesinas.

Las competencias compartidas: son aquellas en las que la legislación corresponde al nivel central del Estado y los otros niveles autonómicos ejercen simultáneamente las facultades reglamentaria y ejecutiva. De este modo, el artículo 299.I de la Constitución reconoce las competencias que se ejercen de manera compartida entre el nivel central del Estado y las entidades territoriales autónomas respectivas[306].

Las competencias concurrentes: son aquellas sujetas a una legislación básica de la Asamblea Legislativa Plurinacional, cuya legislación de desarrollo corresponde a las entidades territoriales autónomas, según su característica y naturaleza. La reglamentación y ejecución corresponde a las entidades territoriales autónomas. Así, el artículo 299.II de

---

y biogenéticos y las fuentes de agua; 5. Régimen general de recursos hídricos y sus servicios; 6. Régimen general de biodiversidad y medio ambiente; 7. Política Forestal y régimen general de suelos, recursos forestales y bosques; 8. Política de generación, producción, control, transmisión y distribución de energía en el sistema interconectado; 9. Planificación, diseño, construcción, conservación y administración de carreteras de la Red Fundamental; 10. Construcción, mantenimiento y administración de líneas férreas y ferrocarriles de la Red Fundamental; 11. Obras públicas de infraestructura de interés del nivel central del Estado; 12. Elaboración y aprobación de planos y mapas cartográficos oficiales; geodesia; 13. Elaboración y aprobación de estadísticas oficiales; 14. Otorgación de personalidad jurídica a organizaciones sociales que desarrollen Actividades en más de un Departamento; 15. Otorgación y registro de personalidad jurídica a Organizaciones No Gubernamentales, Fundaciones y entidades civiles sin fines de lucro que desarrollen actividades en más de un Departamento; 16. Régimen de Seguridad Social; 17. Políticas del sistema de educación y salud; 18. Sistema de Derechos Reales en obligatoria coordinación con el registro técnico municipal; 19. Áreas protegidas bajo responsabilidad del nivel central del Estado; 20. Reservas fiscales respecto a recursos naturales; 21. Sanidad e inocuidad agropecuaria; 22. Control de la administración agraria y catastro rural; 23. Política fiscal; 24. Administración de Justicia; 25. Promoción de la cultura y conservación del patrimonio cultural, histórico, artístico, monumental, arquitectónico, arqueológico, paleontológico, científico, tangible e intangible de interés del nivel central del Estado; 26. Expropiación de inmuebles por razones de utilidad y necesidad pública, conforme al procedimiento establecido por Ley; 27. Centros de información y documentación, archivos, bibliotecas, museos, hemerotecas y otros de interés del nivel central del Estado; 28. Empresas públicas del nivel central del Estado; 29. Asentamientos humanos rurales; 30. Políticas de servicios básicos; 31. Políticas y régimen laborales; 32. Transporte, terrestre, aéreo, fluvial y otros cuando alcance a más de un departamento; 33. Políticas de planificación territorial y ordenamiento territorial; 34. Deuda pública interna y externa; 35. Políticas generales de desarrollo productivo; 36. Políticas generales de vivienda; 37. Políticas generales de turismo; 38. Régimen de la tierra. La ley determinará las facultades a ser transferidas o delegadas a las autonomías.

[306] Precisamos que éstas son: 1. Régimen electoral departamental y municipal; 2. Servicios de telefonía fija, móvil y telecomunicaciones; 3. Electrificación urbana; 4. Juegos de lotería y de azar; 5. Relaciones internacionales en el marco de la política exterior del Estado; 6. Establecimiento de Instancias de Conciliación ciudadana para resolución de conflictos entre vecinos sobre asuntos de carácter municipal; 7. Regulación para la creación y/o modificación de impuestos de dominio exclusivo de los gobiernos autónomos.

la Constitución asigna las competencias que se ejercen de manera concurrente entre el nivel central del Estado y las entidades territoriales autónomas[307].

En relación a este catálogo competencial, es menester señalar que el artículo 297 de la Constitución, estipula: «II. Toda competencia que no esté incluida en esta Constitución será atribuida al nivel central del Estado, que podrá transferirla o delegarla por Ley». En esta línea, el artículo 72 de la LMAD, dispone: «Cláusula Residual»: «Las competencias no incluidas en el texto constitucional de acuerdo al Parágrafo II del Artículo 297 de la Constitución Política del Estado serán atribuidas al nivel central del Estado y éste definirá mediante Ley su asignación de acuerdo al Parágrafo I del mismo Artículo». De modo que, tanto la Constitución como la LMAD reconocen la «cláusula residual» afectando la configuración del régimen de competencias. El Tribunal Constitucional a través de la Sentencia Constitucional 1714/12, de fecha 1 de octubre de 2012, ha dispuesto que la distribución de competencias diseñada en la Constitución, es un listado de *numerus clausus*, y que según el artículo 72 de la LMAD «ningún gobierno autónomo podría ampliar su competencia, ya que toda competencia que no esté regulada, sería asumida directamente por el nivel central». Esta posición ha sido altamente criticada pues en el fondo parece que estamos frente a un Estado centralista, y no así autonómico.

Para finalizar subrayamos que las competencias asignadas a cada nivel específico, en determinados casos, evidencian una contradicción *intra* texto constitucional. Así pues, se reconoce la misma competencia a dos niveles autonómicos, hecho que genera oposición, por cuanto la competencia en cuestión podría asumirse tanto por un nivel como por el otro, situación agravada, naturalmente, por la defensa de intereses de cada autonomía. A nuestro modo de ver, si bien es la jurisdicción constitucional la encargada de resolver, en la medida de sus atribuciones tales conflictos de índole autonómico y competencial, no es menos cierto, que el legislador constituyente ha sido quien ha diseñado esta estructura, consciente de sus disfunciones.

---

[307] 1. Preservar, conservar y contribuir a la protección del medio ambiente y fauna silvestre manteniendo el equilibrio ecológico y el control de la contaminación ambiental; 2. Gestión del sistema de salud y educación; 3. Ciencia, tecnología e investigación; 4. Conservación de suelos, recursos forestales y bosques; 5. Servicio meteorológico; 6. Frecuencias electromagnéticas en el ámbito de su jurisdicción y en el marco de las políticas del Estado; 7. Promoción y administración de proyectos hidráulicos y energéticos; 8. Residuos industriales y tóxicos; 9. Proyectos de agua potable y tratamiento de residuos sólidos; 10. Proyectos de riego; 11. Protección de cuencas; 12. Administración de puertos fluviales; 13. Seguridad ciudadana; 14. Sistema de control gubernamental; 15. Vivienda y vivienda social; 16. Agricultura, ganadería, caza y pesca.

3.2. Caracterización jurídica de los niveles infraestatales

En este apartado trataremos de abordar la tipología identitaria definida en la Constitución Boliviana. Para ello, partiremos de dos componentes que la integran: territorio y rasgos culturales. El territorio es la extensión territorial que pertenece al Estado. Los rasgos culturales son las unidades identificables que constituyen una determinada Cultura.

Con respecto al territorio: Bolivia se ubica geográficamente en el corazón de América del Sur. Limita al Norte y gran parte del Noreste con la República Federativa de Brasil, al Sureste con la República de Paraguay, al Oeste con la República de Perú, al Suroeste con la República de Chile, y al Sur con la República Argentina. Su extensión territorial es de 1.098.581 Kms.2.

El territorio de Bolivia tiene tres zonas geográficas: *i*) andina, *ii*) subandina y *iii*) llanos. De manera que: «...la zona andina abarca el 25% del territorio nacional comprendiendo una superficie de 274.645 km2. La zona subandina se extiende hasta un 16% del territorio de Bolivia, representando 175.772 km2. La zona de los llanos, cuya ubicación se encuentra en el oriente del país, comprende el 64% del territorio nacional, abarcando 659.147 km2»[308]. Del mismo modo, posee cuatro biomas: «Selva o Bosques, 544.066 km2; Sabana, 218.196 km2; Puna, 324.932; y Humedales, 11.193 km2»[309]. También presenta 12 ecorregiones: «...Bosques del suroeste de la Amazonía, Cerrado, Sabanas inundables, Bosque Seco Chiquitano, Gran Chaco, Yungas, Bosque Tucumano-Boliviano, Chaco Serrano, Bosques Secos Interandinos, Prepuna, Puna Norteña, Puna Sureña...»[310].

FÉLIX TRIGO sobre el medio físico de Bolivia, describe: «...es una síntesis geográfica del continente, donde existen regiones montañosas, valles y llanos, (...) situada en el corazón del continente sudamericano, Bolivia tiene un área de 1.098.581 kilómetros cuadrados; su vasto territorio comprende una gran meseta central, circundada por altas montañas que se extienden hasta las costas del Pacífico, y grandes ríos y selvas tropicales que llegan hasta las planicies bajas amazónica y platense...»[311]. Continúa este autor reseñando: «...el

---

[308] ROMERO BONIFAZ, Carlos, «Bases para la Ley Marco de Autonomías», en AA.VV., *Autonomías*, Fundación Boliviana para la Democracia Multipartidaria, La Paz, 2009, p. 158 y 159.
[309] *Ibidem.*
[310] *Ibidem.*
[311] FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit.*, *Las Constituciones...*, p. 6 a 9.

cuadro mágico que presentan los Andes bolivianos, por la cautivante belleza de sus sempiternos picos nevados y la majestuosa severidad de la cordillera, no tiene paragón en el mundo (...). Las zonas templadas no son de gran extensión y están formadas por valles, atravesados por diversas quebradas y poseedores de tierras feraces, se encuentran mayormente poblados. Las llanuras orientales, dilatadas en extensión, pero escasamente pobladas, tienen un clima ardiente y representan aún, regiones tropicales no incorporadas a la vida civilizada...»[312].

En este marco, el tenor literal del artículo 269.I de la Constitución, dispone: «Bolivia se organiza territorialmente en departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario campesinos». Por tanto, se divide en nueve departamentos: Chuquisaca, La Paz, Cochabamba, Oruro, Potosí, Santa Cruz, Beni, Pando y Tarija. Los departamentos se subdividen en provincias. Así, se reconocen 112 provincias: *i*) diez corresponden a Chuquisaca, *ii*) veinte a La Paz, *iii*) dieciséis a Cochabamba, *iv*) dieciséis a Oruro, *v*) dieciséis a Potosí, *vi*) seis a Tarija, *vii*) quince a Santa Cruz, *viii*) ocho al Beni y *ix*) cinco a Pando. Las secciones de provincia son las jurisdicciones territoriales de los municipios, que hacen un total de 327[313]. También se reconoce a la Región, de conformidad al artículo 280.I. de la Constitución: «La región, conformada por varios municipios o provincias con continuidad geográfica y sin trascender límites departamentales, que compartan cultura, lenguas, historia, economía y ecosistemas en cada departamento, se constituirá como un espacio de planificación y gestión».

Seguidamente, el tenor literal del artículo 269.II de la Constitución, dice: «La creación, modificación y delimitación de las unidades territoriales se hará por voluntad democrática de sus habitantes, de acuerdo a las condiciones establecidas en la Constitución y la ley». En efecto, la Constitución deja abierta la posibilidad de que a futuro puedan crearse nuevas unidades territoriales, en cumplimiento de éstas exigencias: *i*) base demográfica mínima por tipo de unidad territorial, *ii*) capacidad de generación de ingresos propios mínimos para su sostenimiento, *iii*) índice de necesidades básicas insatisfechas que

[312] *Ibidem.*

[313] Cabe puntualizar que por Decreto de 23 de enero de 1826 se crean los Departamentos de Chuquisaca, Potosí, La Paz, Cochabamba y Santa Cruz. Más adelante mediante Ley de 5 de septiembre de 1826 se crea el Departamento de Oruro. Posteriormente por Ley de 24 de septiembre de 1831 se crea el Departamento de Tarija. Transcurrido un tiempo, mediante Decreto de 18 de noviembre de 1842 se crea el Departamento del Beni y por Ley de 24 de septiembre de 1940 se crea el Departamento de Pando. Cuadro jurídico en el que rige el Decreto Supremo 0411, de 27 de enero de 2010 sobre efemérides nacionales, departamentales y municipales.

justifique la implementación institucional pública, *iv*) existencia de organizaciones e instituciones de la sociedad civil fortalecidas que faciliten la gestión pública, *v*) preservación de unidades socioculturales, *vi*) sostenibilidad ambiental que garantice la unidad de un ecosistema o ecosistemas complementarios, y *vii*) continuidad territorial[314].

Con respecto a los rasgos culturales: se define la población como «el conjunto de personas que de modo permanente habitan en el territorio del Estado y están en general unidas a éste por el vínculo de la nacionalidad»[315].

Al hilo de lo anterior, el artículo 3 de la Constitución, ordena: «La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano». Así, la Constitución configura tres grupos sociales que conforman la población boliviana: *i*) bolivianas y bolivianos, *ii*) naciones y pueblos indígena originario campesinos, y *iii*) comunidades interculturales y afro descendientes. Cabe puntualizar que la «ciudadanía», se consagra únicamente en el artículo 26.I de la Constitución, cuyo tenor literal dice: «Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres».

En este contexto, BÖRTH reafirma que la nación boliviana: «...sería un producto macro resultante de la interacción de cuatro contingentes humanos: la población no indígena nacida en el país (las y los bolivianos); las naciones (pueblos) indígena originario campesinos; los afrobolivianos; y las comunidades interculturales...»[316]. Seguidamente puntualiza: «...la nación boliviana es el producto más sofisticado de la interculturalidad, es decir, de la interacción de esos cuatro contingentes...»[317]. En términos similares, el autor sostiene que la Constitución de 2009 ordena normativamente la heterogeneidad de la nación boliviana, a diferencia de las Constituciones de 1826, 1839 y 1843, que sólo

[314] BÖRTH IRAHOLA, Carlos, *op. cit.*, «Adecuar los...»..., p. 13 y ss.
[315] PÉREZ GONZÁLEZ, ha definido en estos términos la población. DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 13era. Edición, Tecnos, Madrid, 2002, p. 219.
[316] BÖRTH IRAHOLA, Carlos, *op. cit.*, «Introducción al...»..., p. 54 y ss.
[317] *Ibidem*.

disponían de forma totalizadora «todos los bolivianos» como integrantes de la nación boliviana[318].

FÉLIX TRIGO con relación a la composición de la población boliviana, manifiesta: «...las vertientes sanguíneas principales de la población boliviana la constituye los aymaras, los quechuas y las tribus de los llanos, entre los que figuran los grupos chiquitano, mojeño y los de origen guaraní: chiriguanos, guarayos y sirionós. La composición social se funda en el mestizaje, pues demasiado conocido es que el conquistador español no trajo mujeres y no sintió reparo en unirse con las nativas»[319]. Así mismo, sobre este aspecto, enfatiza: «...si el paisaje boliviano es contradictorio, el hombre que lo habita ofrece también acentuadas diferencias y presenta antecedentes culturales dispares. La mayoría indígena del país significa un puro autoctonismo, al que se ha superpuesto la estirpe hispana, fuerza y espíritu del colonizador español que, bajo el signo bélico, preside la formación de la nueva sociedad...»[320].

Como puede advertirse, la población boliviana se compone por varias culturas, por un lado, cultura indígena, que varía de acuerdo al lugar de su asentamiento, y básicamente constituyen las culturas de occidente y oriente. Por otro lado, también existe una fuerte influencia de la cultura heredada de la colonia española. De este modo, es posible afirmar que existen específicamente unidades significativas y reconocibles (cultura indígena, occidental y oriental y cultura española) que en definitiva conforman la cultura boliviana. Sin duda, esta mezcla cultural, habría motivado al legislador constituyente a reconocer a las naciones y pueblos indígena originario campesinos y comunidades interculturales como parte de la población boliviana.

Parece oportuno cerrar este epígrafe afirmando que Bolivia presenta una importante diversidad en el aspecto territorial como cultural. Como se ha visto, el territorio es una verdadera síntesis de Sudamérica, pues se ubica exactamente en el corazón de la misma, así posee montañas, valles y llanos, aunque estas variantes territoriales no han sido favorables para fomentar el desarrollo. Lo mismo acontece con la cultura, que refleja una diversidad de rasgos culturales provenientes tanto de las culturas indígenas como de la

---

[318] *Ibidem*.
[319] FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit*., *Las Constituciones*..., p. 9 a 11.
[320] *Ibidem*. Para seguir profundizando el componente cultural consúltese el análisis efectuado en el epígrafe 2.7. «El individuo en el marco de la Constitución» del presente capítulo de este trabajo.

cultura española. Finalizamos con las palabras de FRAGA IRIBARNE: «...tierra maravillosa, Bolivia. Clave de antiguos y nuevos sueños. Y explicación sorprendente de América»[321].

4. LA APERTURA Y CONEXIÓN DE BOLIVIA A LOS SISTEMAS INTERNACIONALES

En este apartado se abordará el régimen jurídico de los tratados internacionales previsto en el marco de la Constitución de 2009. Es también objetivo, el examen del procedimiento de conclusión de los tratados internacionales por el Estado Plurinacional de Bolivia por lo que identificaremos seis fases, en virtud de la Ley de Celebración de Tratados: *i*) negociación, *ii*) celebración, *iii*) ratificación, *iv*) vigencia, *v*) denuncia o nulidad, y *vi*) convenciones internacionales.

4.1. Previsión constitucional

Iniciaremos señalando que DÍEZ DE VELASCO define el Derecho internacional como: «...sistema de normas y principios que forman el ordenamiento jurídico de la sociedad internacional contemporánea»[322]. Por su parte, PASTOR RIDRUEJO define el Derecho internacional «como el conjunto de normas positivadas por los poderes normativos peculiares de la Comunidad Internacional»[323].

De la definición de PASTOR RIDRUEJO, cobra importancia dos elementos que pertenecen: *i*) «conjunto de normas positivadas» significa que las normas de Derecho internacional a la cadena conceptual de las notas características que definen al Derecho internacional: tienen naturaleza de derecho positivo, normas altamente técnicas, sean tratados, cartas, protocolos, y que se encuentran debidamente codificados; y *ii*) las normas de Derecho internacional emanan de un poder legítimo y legitimado para crear normas, es decir de la facultad de los Estados de convenir entre sí las normas que regularán entre ellos[324].

Apuntadas algunas de las definiciones más notorias en vía doctrinal sobre el concepto de Derecho internacional[325], es necesario analizar seguidamente el régimen de los tratados

---

[321] FÉLIX TRIGO, Ciro, *op. cit.*, *Las Constituciones*..., Prólogo.
[322] DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *op. cit.*, *Instituciones de*..., p. 73.
[323] PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 33. Precisamente este autor expone la triple aproximación del concepto de Derecho internacional público y sentencia: a) aproximación técnico jurídica, b) aproximación metafísica y c) aproximación sociológica.
[324] JIMÉNEZ RUIZ, Juan Luis, *op. cit.*, *El orden*..., p. 50 y 51.
[325] Para seguir en más profundidad el estudio en cuanto a la rama de Derecho internacional consúltese entre obras destacadas, éstas: ABASS, Ademola, *Complete International Law: Text, Cases and Materials*, 2da.

internacionales, en atención al artículo 410.I y II de la Constitución de 2009. De este modo, extraemos dos niveles concretos de regulación de los tratados internacionales: *i*) constitucional, referido a los tratados internacionales en materia de Derechos humanos, y *ii*) infraconstitucional y supralegal, relativo a los tratados internacionales que regulan otras materias.

El nivel constitucional: este nivel se integra por los tratados internacionales en materia de Derechos humanos[326]. De tal manera, que el Bloque de constitucionalidad se compone por los tratados internacionales sobre Derechos humanos, así como las normas de Derecho comunitario, ratificadas por el Estado.

Conviene precisar el procedimiento de ratificación de tratados internacionales. Es pues, atribución del Presidente del Estado, de conformidad al artículo 172.5) de la Constitución: «Dirigir la política exterior; suscribir tratados internacionales...». De esta manera la ratificación de los tratados internacionales, se lleva a cabo por la Asamblea Legislativa Plurinacional, quien tiene la atribución de ratificación, según el tenor del artículo 158.14) de la Constitución: «Ratificar los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo, en las formas establecidas por esta Constitución». De modo que, una vez ratificado el tratado internacional, formará parte del ordenamiento jurídico, excepto las reservas formuladas presentadas a tiempo de su ratificación.

El nivel infraconstitucional y supralegal: este nivel se compone por aquellos tratados internacionales que regulan materias como comercial, diplomacia, consular, económica, cooperación internacional, entre otras[327]. En consecuencia, precisamos que no estamos en presencia de tratados internacionales en materia de Derechos humanos.

Edición, Oxford University Press, Oxford, 2014. ANZILOTTI, DIONISIO, *Curso de Derecho Internacional*, Tomo I, Reus, Madrid, 1935. CASSESE, Antonio, *International Law*, 2da. Edición, Oxford University Press, Oxford, 2004. En esta línea, resaltamos la definición de Derecho internacional fraguada por CONFORTI: «En una primera aproximación, el derecho internacional puede ser definido como el derecho (u ordenamiento) de la 'comunidad de los Estados'. Este complejo de normas se forma en el nivel supraestatal, y surge de la cooperación con otros Estados. Por su parte, el mismo Estado con sus propias normas, incluso las de rango constitucional, se compromete a respetarlo (cfr., por ejemplo, el artículo 10, primer punto de la Constitución italiana [y los artículos 31, 116 y 118 de la Constitución Argentina de 1853]). Se dice además que el derecho internacional regula 'las relaciones entre Estados'». CONFORTI, BENEDETTO, *Derecho Internacional*, Edición en español revisada y anotada por VINUESA, Raúl E., Zavalía Editor, Buenos Aires, 1995. Véase también la obra de FOCARELLI, Carlo, *International Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Massachusetts, 2019.

[326] ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *op. cit.*, *Aplicación Judicial*..., p. 51 y ss.

[327] *Ibidem.*

Con relación al rango de los tratados internacionales, *a priori*, parece que la Constitución se contradice, pues el artículo 410.II de la Constitución ordena: «...la aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, (...): 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales...», precepto que reconoce expresamente el rango infraconstitucional y supralegal de los tratados internacionales. No obstante, el artículo 257.I de la Constitución dispone: «Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley», norma que reconoce el rango de ley a los tratados internacionales[328]. En efecto, la cuestión a dilucidar será si tales tratados tienen rango de ley, o son supralegales. Cabe indicar que esta contradicción a la fecha no ha sido resuelta, ni ha merecido pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional.

SALAZAR PAREDES afirma que la Constitución aclara la economía jurídica de los tratados internacionales, precisando que «...éstos tienen rango de ley dentro del ordenamiento jurídico interno, es decir, que deberán ser sometidos al procedimiento legislativo establecido por la propia legislación». Continúa señalando que las disposiciones de un tratado internacional «...sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en el propio tratado o de conformidad a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, (...) no porque el tratado internacional tenga una mayor jerarquía que la ley, sino, simplemente, en razón de que es un acuerdo entre partes, que no puede ser invalidado sino en los casos y con sujeción al procedimiento en él previsto o de acuerdo a las reglas de la Convención...»[329]. Si bien, esta posición considera que los tratados internacionales tienen rango de ley, no dilucida la contradicción normativa dispuesta en los artículos 257.I y 410.II de la Constitución. Situación, que como se expresó líneas arriba, aún no ha sido esclarecida.

Para finalizar, constatamos la diferencia entre tratados internacionales en materia de Derechos humanos y tratados internacionales que regulan otras materias. Los primeros, tienen rango constitucional, y forman parte integrante del Bloque de constitucionalidad. Los segundos, poseen rango o valor infraconstitucional y supralegal, y también legal, generando una contradicción *intra* texto constitucional. Destacamos que los tratados

[328] *Ibidem.*
[329] SALAZAR PAREDES, Fernando, «Relaciones internacionales, fronteras, integración y reivindicación marítima Título VIII de la CPE», en AA.VV., *op. cit.*, *Miradas Nuevo*..., p. 538.

internacionales sobre Derechos humanos, poseen un valor supra-constitucional, cuando declaran derechos más favorables, que los contenidos en la Constitución.

4.2. Los tratados internacionales y su posición jerárquica

Partiremos de la definición de tratado internacional dada por DÍEZ DE VELASCO, quien afirma: «la inexistencia de un Poder Legislativo institucionalizado en la Comunidad internacional ha conferido al tratado internacional una relevante importancia como medio de creación y de codificación tanto de las normas internacionales no escritas como de las que adolecen de falta de precisión por encontrarse dispersas en varios tratados...»[330]. Para el autor la definición de tratado internacional, establecida en la Convención de Viena de 1969, limita la aplicación de la Convención a los acuerdos concertados: «1) en forma escrita, ya sea en un instrumento único o en varios conexos; 2) entre Estados (los celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre éstas son objeto de la Convención de Viena de 1986 citada); 3) y regidos por el D.I., pero sin que importe la denominación que reciban...»[331]. DÍEZ DE VELASCO también acota que el artículo 3, dispone que la no aplicación del Convenio a los acuerdos celebrados en forma no escrita o entre Estados y otros sujetos de D.I., no afecta al valor jurídico de tales acuerdos[332].

Al hilo de lo anterior, debemos remarcar que el autor DÍEZ DE VELASCO clasifica los tratados internacionales de la siguiente forma: 1) Por el número de partes: bilaterales o multilaterales, pueden ser restringidos si están cerrados a la participación de terceros Estados; y generales, si son de vocación universal; 2) Por su grado de apertura a la participación: abiertos, cerrados y semicerrados; 3) Por la materia objeto del tratado: humanitarios, políticos, económicos, entre otros; 4) Por la naturaleza de los sujetos que participan: entre Estados entre sí o entre Estados y otros sujetos dotados de subjetividad internacional; 5) Por su duración: a plazo determinado o indeterminado; 6) Por la forma de conclusión: conclusión de forma solemne o simplificada[333]. Subrayamos, a este tenor, que el Estado podrá suscribir tanto tratados bilaterales como tratados multilaterales.

---

[330] DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *op. cit., Instituciones de...*, p. 158.
[331] *Ibidem*.
[332] *Ibidem*. A este respecto JIMÉNEZ RUIZ expresa: «Pero en virtud de su artículo 3 se reconoce validez jurídica internacional a tales acuerdos, aunque se regirán por otras directrices de Derecho internacional, incluyéndose así los pactos en forma no escrita y los celebrados entre Estados y otros entes con subjetividad internacional. En concreto estos acuerdos se rigen por las disposiciones de la Convención de Viena de 1986, que aún no ha entrado en vigor». JIMÉNEZ RUIZ, Juan Luis, *op. cit., El orden...*, p. 79.
[333] DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *op. cit., Instituciones de...*, p. 158 y ss.

En relación a las fuentes del Derecho internacional, DÍEZ DE VELASCO, precisa que se sigue la enumeración dada en el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia[334]: «La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren». Por tanto, el autor especifica que: «las fuentes, en el sentido estricto de la palabra, sólo son las conocidas por principales y primarias, y que la referencia del art. 38 a la jurisprudencia y doctrina científica no está hecha en el sentido de que ellas sean capaces de crear, modificar o extinguir una norma jurídica, (...) sino de ayuda al juez o intérprete a determinar el exacto contenido de las normas jurídicas...»[335].

Efectivamente, este precepto del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se ha considerado por la doctrina como el «catálogo de las fuentes formales del derecho internacional», así lo han establecido autores de relevancia: DÍEZ DE VELASCO[336], JUSTE RUIZ[337], PASTOR RIDRUEJO[338] y RODRÍGUEZ CARRIÓN[339].

Entre otras definiciones de tratado internacional, ANDALUZ, señala que tratado es: «...un acto jurídico (manifestación de voluntad que tiene por fin producir un efecto jurídico) al

---

[334] DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *op. cit., Instituciones de...*, p. 117.
[335] DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *op. cit., Instituciones de...*, p. 118. En este sentido, JIMÉNEZ RUIZ puntualiza: «Puede afirmarse que el artículo 38 del Estatuto de la CIJ expresa el consenso básico de los Estados acerca de cuáles son las fuentes formales del Derecho internacional. Fuentes que, cifra en: a) 'las convenciones internacionales', b) 'la costumbre internacional', c) los 'principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas' y d) 'las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones'. Si bien la misión de las contenidas en el párrafo d) es meramente auxiliar y no son verdaderas fuentes en cuanto que no son capaces de generar normas, sí son en cambio hábiles para su interpretación». JIMÉNEZ RUIZ, Juan Luis, *op. cit., El orden...*, p. 59 y 60.
[336] DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *op. cit., Instituciones de...*, p. 116 y ss.
[337] JUSTE RUIZ, José, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 131 y ss.
[338] PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *op. cit., Curso de...*, p. 65 y ss.
[339] RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 5ta. Edición, Tecnos, Madrid, 2002, p. 162.

que el Derecho internacional exige la forma escrita»[340]. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA expresa que tratado internacional «...representa toda concordancia de voluntades entre dos o más sujetos del Derecho internacional, destinada a producir efectos jurídicos; es decir, a crear, modificar o extinguir un derecho»[341]. Según SORENSEN tratado internacional es: «...un acuerdo entre Estados que obliga en virtud del principio *pacta sunt servanda*» matizando que «el tratado constituye la fuente específica de una obligación de Derecho internacional contraída voluntariamente por una persona internacional a favor de otro u otras, y que da origen a su vez, a derechos recíprocos...»[342].

Observadas las definiciones de tratado internacional en ámbito de Derecho internacional, continuamos con el análisis de la posición jerárquica de los tratados internacionales en el ordenamiento constitucional. En este sentido, la Constitución regula la jerarquía de los tratados internacionales en el artículo 410.II, cuyo tenor literal dice: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. 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...». Como se ha expresado anteriormente, los tratados internacionales sobre Derechos humanos tienen carácter constitucional, y forman parte del Bloque de constitucionalidad. Los tratados internacionales que tienen por objeto otras materias, se encuadran en el artículo 257.I de la Constitución: «Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley», precepto contrario al artículo 410.II de la Carta constitucional, donde los tratados tienen carácter supralegal.

La premisa en este sentido es clara puesto que la Constitución atribuye carácter supra-constitucional sólo a los tratados internacionales en materia de Derechos humanos, que cumplan con la exigencia de proclamar derechos más favorables a los contenidos en la

---

[340] ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, «El Derecho internacional en el sistema de fuentes; propuesta de artículos para la nueva Constitución de Bolivia», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 15 (2009), p. 17.
[341] JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *op. cit*., *Curso de*..., p. 98.
[342] SORENSEN, Max, *Manual de derecho internacional público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 200.

Constitución. Esta afirmación se corrobora de acuerdo a lo estipulado en el artículo 13.IV de la Constitución: «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». En esta misma línea, de acuerdo con el artículo 256.I de la Constitución «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».

Éstas son las premisas básicas que encuadran la posición jerárquica de los tratados internacionales en la Constitución de 2009. Por un lado, el especial valor de los tratados internacionales sobre Derechos humanos, que posiblemente no tiene paragón en otras Constituciones; por el otro, las contradicciones *intra* sistema que encierra la modalidad de tratados internacionales. Para finalizar, afirmamos que la Constitución es la encargada de establecer el valor normativo de los tratados internacionales en general, y en particular de los tratados internacionales sobre Derechos humanos, dentro del ordenamiento jurídico constitucional.

4.3. Procedimiento de negociación, adhesión y recepción de tratados internacionales

El artículo 258 de la Constitución dice: «Los procedimientos de celebración de tratados internacionales se regularán por la ley». Por lo tanto, la Carta Fundamental ordena que para regular los procedimientos de celebración de tratados internacionales se requerirá una ley específica. A tal efecto, se promulgó la Ley 401, de Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013. Norma que pretendió colmar la ausencia de ratificación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969[343]. Es

[343] A este respecto GARRÓN BOZO afirma: «El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece que los Estados no pueden alegar normas internas para incumplir el Derecho internacional; es decir, que existe una obligación -por parte del Estado- de modificar su legislación interna con el objeto de que se adecue a la norma internacional. Ello implica automáticamente primacía del Derecho internacional sobre el derecho interno, aunque no necesariamente supranacionalidad; dependerá de las determinaciones que el propio texto constitucional adopte al respecto. Bolivia no es parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ya que si lo fuera, perdería un espacio jurídico de negociación con Chile en relación con la revisión del tratado de 1904, mediante el cual Bolivia perdió su cualidad marítima». GARRÓN BOZO, Rodrigo Javier, «Jerarquía del derecho comunitario (análisis del caso boliviano)», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2006, p. 708.

oportuno señalar que varios preceptos de la Convención de Viena se trasladaron a la Ley de Celebración de Tratados, lo que constituye una copia de éste Convenio internacional.

La Ley de Celebración de Tratados establece una nómina de principios que rigen las fases de negociación, suscripción y ratificación de los tratados internacionales. Tales principios enumeramos a continuación: 1) independencia e igualdad entre los Estados; 2) Rechazo y condena a toda forma de dictadura; 3) Defensa y promoción de los Derechos humanos y económicos, sociales y culturales; 4) Respeto a los derechos de los pueblos indígena originario campesino y otros; 5) Cooperación y solidaridad entre los Estados y los pueblos; 6) Preservación del patrimonio; 7) Armonía con la naturaleza y defensa de la biodiversidad; 8) Seguridad y soberanía alimentaria; 9) Acceso a los servicios básicos; 10) Preservación de la población y acceso a los medicamentos; y 11) Protección y fomento a las exportaciones con valor agregado. Así mismo, consagra los principios generales del Derecho internacional: 1) Buena fe; 2) *Ex consensu advenit vinculum* «Del consentimiento de las partes devienen las obligaciones»; 3) Irretroactividad de los Tratados; 4) *Jus Cogens* «Ley para los sujetos del Derecho internacional»; 5) *Pacta sunt servanda* «la palabra dada debe cumplirse»; 6) Publicidad; 7) *Res inter alios acta* «Las convenciones entre las partes no generan derechos ni obligaciones a terceros»; y 8) Reserva[344].

Dicha norma regula dos modalidades de tratados internacionales. En primer término, los «tratados abreviados», que versan sobre competencias exclusivas del Órgano Ejecutivo, y por tanto, por las mismas materias de su competencia, no requieren ratificación por el Órgano Legislativo, siendo suficiente la firma del Presidente para su entrada en vigor[345]. En segundo término, los «tratados formales», que cumplen con las fases de negociación, adopción y autenticación del texto, quedando perfeccionados con la firma. De este modo, se someten al procedimiento de ratificación por el Órgano Legislativo[346].

Al hilo de lo anterior, el procedimiento para la celebración de tratados formales ante el Órgano Ejecutivo implica las fases de: *i*) negociación, *ii*) adopción, *iii*) autenticación del texto, *iv*) firma, y *v*) reserva. Este procedimiento continúa ante el Órgano Legislativo y comprende la ratificación del tratado, que responderá a los fines del Estado en función a

[344] Véase artículo 4.I y II de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[345] Véase artículo 10 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[346] *Cfr*. artículo 7 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.

la soberanía, y también intereses del pueblo[347]. Indicaremos resumidamente cada fase que compone el procedimiento de celebración de tratados internacionales formales.

1) Negociación: la facultad de negociación de los tratados corresponde de forma exclusiva al Ministerio de Relaciones Exteriores, debiendo requerir la participación y el criterio favorable de otros ministerios, de acuerdo con sus atribuciones y la materia que sea objeto de negociación. En caso de negociación de tratados vinculados al patrimonio, derechos e intereses del Estado, se requerirá previamente la opinión de su tenor, a la Procuraduría General del Estado[348].

2) Adopción: Una vez elaborado el texto de un tratado internacional, el representante del Estado, asentirá el tenor del tratado, en señal de adopción. De tal modo, que se autenticará el tratado mediante su rúbrica en el mismo, o su firma en el acta final de conferencia internacional en la que figure dicho texto[349].

3) Autenticación: se realizará mediante el procedimiento establecido en el propio tratado, o según el acuerdo al que arriben los Estados participantes de su elaboración. En caso de no regularse el procedimiento, se dará por autenticado el tratado internacional, a través de la firma, firma *ad referéndum*, o la rúbrica impresa de los representantes de los Estados involucrados en el tratado, o en el acta final de la conferencia internacional[350].

4) Ratificación: cuando un tratado requiera ratificación posterior a su firma, se observará el siguiente trámite: *i*) el Ministro de Relaciones Exteriores remitirá el Anteproyecto de ley de ratificación a la Asamblea Legislativa Plurinacional para fines de su tratamiento, *ii*) publicada la ley de ratificación, el Ministerio de Relaciones Exteriores, extenderá el instrumento de ratificación suscrito por el Presidente, y refrendado por el Ministro de Relaciones Exteriores, y *iii*) el Ministerio de Relaciones Exteriores adoptará las medidas pertinentes para efectuar el canje, o depósito del instrumento de ratificación del tratado[351].

5) Referendo: de conformidad con la Constitución, requieren aprobación vía referéndum popular vinculante, previo a su ratificación, los tratados internacionales que tengan por

[347] *Cfr*. artículo 9 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[348] *Cfr*. artículo 18.I y II de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[349] *Cfr*. artículo 28 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[350] *Cfr*. artículo 29 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[351] *Cfr*. artículo 37 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.

objeto materias que afecten la soberanía e independencia del Estado. De tal modo, que si el tratado internacional fue aprobado vía referéndum, será remitido a la Asamblea Legislativa Plurinacional para su ratificación mediante ley. Así mismo, si el resultado del referéndum popular vinculante fue negativo, será facultad del Ministerio de Relaciones Exteriores renegociar el tratado, o en su defecto proceder a su archivo[352].

6) Reservas: los representantes del Estado boliviano podrán formular reserva a momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado internacional, o de la adhesión al mismo. En este sentido, la reserva, aceptación de la reserva, y objeción de la misma, deberán formularse por escrito, y comunicarse a los Estados contratantes por vía del Ministerio de Relaciones Exteriores[353].

En consecuencia de lo anterior, los tratados internacionales que han sido perfeccionados obligan al Estado boliviano, y producen efectos en su orden jurídico interno. Subrayamos que los tratados se incorporan al ordenamiento jurídico boliviano tras su publicación en la Gaceta Oficial de Bolivia. Ante la situación de que el tratado internacional contradiga la Constitución, el constituyente ha ordenado el control de constitucionalidad del tratado internacional, que se efectúa de forma previa a su ratificación o adhesión. Por tanto, dicho procedimiento constitucional será analizado en el siguiente apartado. Aunque también adelantamos que el control posterior de constitucionalidad de tratados internacionales no se reconoce en el ordenamiento jurídico constitucional boliviano, a diferencia de otros países de la región que lo han implementado en sus ordenamientos jurídicos.

4.3.1. *El control previo de constitucionalidad de tratados internacionales*

Iniciaremos el presente epígrafe con la definición dada por GARCÍA DE ENTERRÍA acerca de la supremacía de la Constitución: «...no sólo es una norma, sino precisamente, la primera de las normas del ordenamiento entero»[354], premisa fundamental que evidencia la posición de superioridad de la Constitución en el ordenamiento jurídico. La supremacía

[352] *Cfr*. artículo 42.I, II y III de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013. En este mismo sentido, cabe señalar el artículo 257.II de la CB 2009, cuyo tenor literal reza: «Requerirán de aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen: 1. Cuestiones limítrofes. 2. Integración monetaria. 3. Integración económica estructural. 4. Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración».
[353] Véase artículo 46.I y II de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[354] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit., La Constitución...*, p. 49 y ss.

constitucional se consagra en el artículo 410.II de la Constitución de 2009, cuyo tenor literal reza: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa».

Para garantizar la vigencia de la Constitución se reconoce el mecanismo de control de constitucionalidad. Que opera ante normas contrarias a la Constitución, y también ante tratados internacionales contrarios a la Carta Fundamental. Como se ha enunciado, los tratados forman parte del ordenamiento jurídico interno, una vez que cumplan con las exigencias dispuestas a tal efecto[355].

El control de constitucionalidad se materializa a través de una instancia especializada (tribunal o corte constitucional), o una autoridad investida con potestad jurisdiccional dispuesta por ley[356]. Por tanto, el control de constitucionalidad de tratados internacionales se efectúa antes o después de la ratificación. La opción asumida en los países de la región es: *i*) control de tratado antes de la ratificación: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Venezuela, y *ii*) control de tratado después de la ratificación: Perú[357].

Del mismo modo, el control de constitucionalidad de tratados internacionales se clasifica en obligatorio y facultativo: *i*) control de constitucionalidad obligatorio se acepta en Colombia y Ecuador. En ambos países, opera antes de la ratificación, con la finalidad de evitar que después se demande la inconstitucionalidad del tratado como excusa para incumplir sus disposiciones[358]; y *ii*) control de constitucionalidad facultativo se admite en Bolivia, Chile, Perú y Venezuela. Se efectúa cuando los órganos competentes promueven una demanda de inconstitucionalidad del tratado en cuestión[359]. El inconveniente de este tipo de control es que si el tratado no fue revisado por un órgano de control concentrado, posteriormente se podría promover la inconstitucionalidad del tratado internacional, vía control difuso de constitucionalidad de leyes, generando el evidente incumplimiento del tratado[360].

---

[355] Remitimos a la obra: LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS PAÍSES ANDINOS, 2da. Edición, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2004, p. 34 y ss.
[356] *Ibidem.*
[357] *Ibidem.*
[358] *Ibidem*.
[359] *Ibidem.* La Comisión Andina de Juristas, sostiene: «En el caso de Perú, Chile y Venezuela, la precisión sobre cuales son las autoridades legitimadas para solicitar el control de constitucionalidad de los tratados se encuentra en sus respectivos textos constitucionales. En el caso de Venezuela, la consulta previa sobre su constitucionalidad no fue solicitada como requisito para proceder a su ratificación». *Ibidem*.
[360] *Ibidem.*

En cuanto a los efectos de inconstitucionalidad del tratado, antes de la fase de ratificación, no se encuentran reconocidos en todos los ordenamientos jurídicos de la región. Bolivia y Colombia[361] sí tienen normativa concreta en este sentido. En efecto, en Bolivia, se regula en el artículo 109 de la Ley 254, Código Procesal Constitucional, de 5 de julio de 2012, cuyo tenor literal dice: «I. En caso de declararse la inconstitucionalidad de un Tratado Bilateral, el mismo no será ratificado, debiendo procederse a su renegociación, si corresponde. II. La declaración de inconstitucionalidad de alguna cláusula de un Tratado Multilateral, no impedirá su aprobación, siempre que se formule reserva de los preceptos considerados contrarios a la Constitución Política del Estado por la Declaración del Tribunal Constitucional Plurinacional». Sin embargo, Chile, Ecuador y Venezuela, no poseen normativa jurídica con relación a los efectos de inconstitucionalidad del tratado[362].

En el caso boliviano, el artículo 202 de la Constitución, ordena: «Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver, (...): 9. El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales»[363]. Recordemos, a este tenor, que las sentencias del Tribunal

---

[361] En Colombia, de conformidad con su Constitución (art. 241, apartado 10) cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inconstitucionales, el Presidente únicamente podrá manifestar su consentimiento formulando reserva. Al respecto la Comisión Andina de Juristas sostiene: «Sin embargo, se debe tomar en consideración que el artículo 120 del Estatuto de Roma establece que respecto a este tratado no se admitirán reservas, (...) el pronunciamiento de los tribunales o cortes constitucionales de Bolivia y Colombia hubiese implicado la necesidad de proceder a una reforma constitucional antes de ratificar el tratado, en tanto no procede efectuar reserva alguna respecto a su contenido. Esto fue lo que se dio en Colombia, que mediante el Acto Legislativo No. 2 del 2001, se agregó una disposición adicional al artículo 93 de la Carta Política para reconocer la competencia de la Corte Penal Internacional en los términos establecidos por el Estatuto de Roma. Luego de esta enmienda constitucional, este tratado fue examinado por la Corte Constitucional, que mediante la sentencia C-578 del 30 de julio del 2002 declaró la constitucionalidad de la Ley 742 del 5 de junio del 2002 que aprueba el Estatuto de Roma (...). En este sentido, cabe destacar el caso de Chile en el cual el Tribunal Constitucional emitió un fallo el 8 de abril del 2002 estableciendo la necesidad de una reforma constitucional previa puesto que la ratificación del Estatuto implica someterse a la jurisdicción de un tribunal autónomo, la incorporación de garantías y derechos indicados en el tratado, así como hace necesario la revisión de la normativa constitucional en materia de indulto, amnistía, fuero parlamentario y competencia de los jueces». *Ibidem*.

[362] *Ibidem*.

[363] En cuanto a la posible existencia de control de constitucionalidad *ex post* de tratados internacionales materializado antes de la vigencia de la Constitución de 2009 GARRÓN BOZO contextualiza que: «La Corte Suprema de Justicia de Bolivia, en el caso 200108-Sala Plena-1-062, referido a la extradición del ciudadano colombiano Eduardo Grajales Posso, seguido por la Embajada de los Estados Unidos de América, se pronunció sobre el tratamiento que se les debe dar a los tratados internacionales señalando básicamente que un control *ex post* a la ratificación alteraría las facultades constitucionales tanto del Presidente de la República como del Congreso. En dicho fallo -agrega el autor- la Corte Suprema de Justicia (CSJ) señaló que, debido a la naturaleza bilateral de los tratados, éstos sólo pueden ser alterados mediante los procedimientos establecidos en los propios tratados. Asimismo, indicó que los tratados son fruto de la negociación de Estados y de la correspondiente aprobación de sus Congresos, por lo que las partes no pueden suplir las competencias del Ejecutivo ni del Legislativo a efectos de modificarlos, menos aún para provocar una ruptura unilateral. Según la CSJ, el Tribunal Constitucional sólo puede realizar un control

Constitucional gozan de vinculatoriedad y obligatoriedad de conformidad con lo estipulado en el artículo 203 de la Constitución: «Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno», efectivamente las decisiones del Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de un tratado internacional también resultan irrevisables.

El procedimiento de control previo de constitucionalidad de tratados internacionales podrá iniciarse en primer término por el Presidente del Estado, ante la situación de tener duda fundada sobre la constitucionalidad de un proyecto de tratado, o alguna de sus partes, por tanto, lo remitirá al Tribunal Constitucional[364].

En segundo término, una vez remitido el tratado internacional negociado por el Órgano Ejecutivo al Órgano Legislativo para su aprobación y ratificación, el Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional enviará el tratado, de forma obligatoria y en el plazo máximo de veinte días computables desde su recepción, al Tribunal Constitucional Plurinacional, antes de su ratificación. Igualmente, a tiempo de remitirse en consulta el tratado, el Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional podrá manifestar duda fundada sobre la inconstitucionalidad del proyecto de tratado, o alguna de sus partes[365].

---

constitucional de tratados y convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales 'antes del perfeccionamiento del instrumento internacional, es decir, antes de efectuarse en canje las comunicaciones de ratificación'. Continuó señalando la CSJ que, en caso de que el Tribunal Constitucional decidiera realizar un control *ex post* sin observar los procedimientos del Derecho internacional y aquellos dispuestos en los tratados, se alterarían las facultades constitucionales del Presidente de la República y del Poder Legislativo, afectando los compromisos adoptados por los Estados, los que estando en vigor deben ser cumplidos de buena fe (*pacta sunt servanda*). El Tribunal Constitucional se pronunció sobre el asunto Grajales mediante la sentencia No. 036/01, de 30 de mayo de 2001; sin embargo, no resolvió el punto de la jerarquía normativa y/o aplicativa de los tratados, sino que se limitó a establecer la constitucionalidad de los artículos en cuestión y no del caso en un sentido lato. El Tribunal Constitucional motivó la señalada sentencia utilizando como base jurídica convenciones y tratados que, conforme a la jurisprudencia del propio Tribunal, son considerados parte del Bloque de constitucionalidad. La CSJ, si bien no señaló expresamente la jerarquía de los tratados ni realizó ninguna interpretación integradora de algún artículo de la Constitución Política del Estado, como ocurrió en el caso de los Derechos humanos con el Tribunal Constitucional, expresó que los tratados en Bolivia emergen de una facultad constitucional del Presidente de la República y del Congreso, y que alterarlos después de firmados trastornaría esta facultad constitucional. Si bien ni la CSJ ni el TC otorgaron una jerarquía especial a los tratados internacionales convencionales, la relación jurídica que presenta la CSJ en el caso Grajales lleva a concluir que los tratados tienen un efecto constitucional por el hecho de emerger, precisamente de la Constitución Política del Estado. Este efecto constitucional implicaría la imposibilidad de alteración de un tratado después de su firma y ratificación; sólo se podría modificarlo conforme a las propias reglas establecidas en él». GARRÓN BOZO, Rodrigo Javier, *op*. *cit*., «Jerarquía del...»..., p. 709 y 710.

[364] *Cfr*. artículo 107.I de la Ley 254, Código Procesal Constitucional, de 5 de julio de 2012.

[365] *Cfr*. artículo 107.II de la Ley 254, Código Procesal Constitucional, de 5 de julio de 2012.

Y en tercer lugar, los Presidentes de las Cámaras de Senadores o de Diputados, o cinco Senadores o diez Diputados, en el plazo máximo de veinte días computables desde la recepción del tratado, podrán manifestar directamente ante el Tribunal Constitucional, o por conducto del Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, duda fundada sobre la inconstitucionalidad del proyecto de tratado, o alguna de sus disposiciones[366].

Por cuanto respecta al procedimiento ante el Tribunal Constitucional, una vez admitida la consulta, la Comisión de Admisión, notificará al Órgano Ejecutivo, para que en plazo de quince días, emita opinión fundada sobre la consulta. Transcurrido dicho plazo, con o sin la remisión de la opinión, el Tribunal Constitucional, en el plazo de cuarenta y cinco días, emitirá la Declaración Constitucional, resolviendo la constitucionalidad, o en su caso la inconstitucionalidad total o parcial del proyecto del tratado internacional en consulta[367].

Así mismo, todo tratado internacional que requiera la aprobación mediante referéndum de conformidad con la Constitución, o cuando así lo soliciten los ciudadanos o los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional, corresponde de forma exclusiva su revisión al Tribunal Constitucional, la misma que procederá en el plazo de treinta días computables desde la propuesta de referéndum presentada por el Órgano Ejecutivo, o la notificación por el Órgano Electoral de la obtención de firmas de al menos el cinco por ciento del electorado, o también en su caso la notificación por la Asamblea Legislativa Plurinacional de la obtención de por lo menos treinta y cinco por ciento del total de sus miembros para la iniciativa.

Finalmente, el Tribunal Constitucional, resolverá si el texto del proyecto del tratado tiene o no compatibilidad con la Constitución. Si el tratado contiene disposiciones contrarias a la Constitución, el Tribunal Constitucional, dispondrá la inconstitucionalidad total o parcial del tratado en cuestión. Evidentemente, no será objeto de referéndum la parte declarada inconstitucional[368].

Expuesto resumidamente el procedimiento de control previo de constitucionalidad de tratados internacionales en el Estado Plurinacional, procede continuar con el análisis de

[366] *Cfr*. artículo 107.III de la Ley 254, Código Procesal Constitucional, de 5 de julio de 2012.
[367] *Cfr*. artículo 108 de la Ley 254, Código Procesal Constitucional, de 5 de julio de 2012.
[368] Véase artículo 110.III de la Ley 254, Código Procesal Constitucional, de 5 de julio de 2012.

las fases de reserva, enmienda y modificación, procedimiento *ex post* y denuncia, nulidad, suspensión y terminación de tratados.

4.3.2. *Las Reservas a los tratados internacionales*

Partamos en esta ocasión de la definición de reserva dada por DÍEZ DE VELASCO: «es una declaración de voluntad de un Estado que va a ser parte de un tratado, formulada en el momento de su firma, ratificación o adhesión con el propósito de no aceptar íntegramente el régimen general del tratado y que, una vez aceptada expresa o tácitamente por todos los demás contratantes o algunos de ellos, forma parte integrante del tratado mismo»[369]. En este sentido, también encontramos definición de reserva en el artículo 2.d) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, cuyo tenor literal dice: «Se entiende por 'reserva' una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado».

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Celebración de Tratados, los representantes del Estado Plurinacional de Bolivia podrán formular reserva al momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado, o adherirse al mismo. Esta reserva se efectúa en el marco de los intereses nacionales, salvo que concurran las siguientes circunstancias: *i*) la reserva se halle prohibida por el tratado, *ii*) el tratado reconozca únicamente determinadas reservas, entre las cuales, no figure la reserva tratada, y *iii*) la reserva resulte incompatible con el objeto y el fin del tratado[370].

Esta normativa también ordena que el Estado Plurinacional de Bolivia se someterá al régimen de aceptación, objeción, retiro y efectos jurídicos de las reservas dispuestas en el contenido de los tratados que suscriba, velando por su compatibilidad con la soberanía, intereses y políticas nacionales[371].

Respecto al retiro de las reservas y objeciones a las reservas, la norma establece que salvo que un tratado disponga lo contrario, una reserva podrá retirarse en cualquier momento por el Estado Plurinacional de Bolivia, a propuesta de la entidad pública competente,

---

[369] DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *op. cit*., *Instituciones de*..., p. 165.
[370] *Cfr*. artículo 47.I y II de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[371] *Cfr*. artículo 48 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.

debiendo justificarse ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, la necesidad del retiro de la reserva. En caso de objeción a la reserva de otros países, la entidad competente en la materia emitirá los justificativos y los remitirá al Ministerio de Relaciones Exteriores, para formular la objeción. Así mismo, el retiro de las reservas y objeciones a las reservas serán aprobadas mediante ley, cuando el tratado internacional haya sido ratificado por similar instrumento normativo[372].

Para finalizar se indica que la reserva, la aceptación expresa de una reserva y la objeción a una reserva, se formularán por escrito, y se comunicarán al depositario, o a los Estados contratantes, y demás Estados facultados como partes en el tratado. En este sentido, la reserva que se formule en el momento de la firma de un tratado que requiera ratificación, aceptación o aprobación, debe confirmarse formalmente por el Estado al manifestar su consentimiento en obligarse a él[373].

4.4. Enmienda y modificación de tratados internacionales

Al tenor de la ley de Celebración de Tratados, un tratado puede enmendarse de acuerdo con las disposiciones que contenga el propio tratado. En el supuesto en que el tratado no especifique el procedimiento de enmienda, el Estado Plurinacional de Bolivia, entenderá que las partes se encuentran plenamente facultadas para negociar un nuevo tratado que enmiende el instrumento internacional vigente[374].

Por lo que, corresponderá al Ministerio de Relaciones Exteriores y entidades competentes en la materia, presentar las enmiendas a los tratados en vigor. Por cuanto, el Ministerio de Relaciones Exteriores, tramitará las enmiendas propuestas de conformidad con los procedimientos dispuestos en los tratados respectivos y el Derecho internacional. La entrada en vigor de la enmienda ocurre en el momento y la forma de entrada en vigor del tratado que se enmienda[375].

En cuanto a la modificación de tratados multilaterales, el Estado Plurinacional de Bolivia, podrá celebrar con las partes del tratado, un acuerdo que permita su modificación sólo en sus relaciones mutuas, si: a) la posibilidad de tal modificación se halla prevista por el

[372] *Cfr*. artículo 49 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[373] *Cfr*. artículo 50 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[374] *Cfr*. artículo 62 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[375] Véase artículo 63 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.

tratado, o b) la modificación no fuera prohibida por el tratado, a condición de que no afecte a los derechos de las demás partes, ni al cumplimiento de sus obligaciones, y no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con el objeto y fin del tratado. Salvo que la posibilidad de tal modificación sea prevista por el tratado, las partes interesadas deberán notificar a las demás su intención de celebrar el acuerdo, así como la modificación del tratado[376].

4.5. El procedimiento *ex post* y la denuncia de tratados internacionales

Según la ley de Celebración de Tratados, un tratado puede terminar en virtud de: *i*) sus disposiciones, *ii*) por consentimiento de las partes, *iii*) por cumplimiento del objeto, *iv*) por cumplimiento del plazo estipulado, y *v*) por denuncia o retiro. En el mismo sentido, un tratado multilateral podrá terminar: *i*) por disposición del mismo o en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados, y *ii*) por denuncia o retiro[377].

Por tanto, el Estado Plurinacional de Bolivia podrá retirarse de un tratado o en su caso denunciarlo: *i*) conforme a las disposiciones del tratado que permitan el retiro o la denuncia, *ii*) con el consentimiento de todas las partes después de consultar a todos los Estados contratantes, y *iii*) cuando el tratado no contenga ninguna disposición sobre el retiro o la denuncia, pero contradiga los intereses del Estado, según la Constitución[378].

De este modo, la denuncia de los tratados internacionales cumplirá los procedimientos establecidos en el propio instrumento internacional, las normas generales del Derecho internacional, y los procedimientos establecidos en la Constitución y Ley de Celebración de Tratados. En caso de denuncia de tratados internacionales ratificados deberá aprobarse por la Asamblea Legislativa Plurinacional antes de su ejecución por el Presidente del Estado o el Ministro de Relaciones Exteriores[379].

En cuanto a la denuncia de los tratados internacionales anteriores a la entrada en vigor de la Constitución de 2009, el tenor literal de la Disposición Transitoria Novena del texto constitucional, dice «Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la

[376] Véase artículo 64 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[377] *Cfr*. artículo 68 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[378] *Cfr*. artículo 69 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[379] Véase artículo 70 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.

contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de cuatro años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, éste denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución». En efecto, transcurridos cuatro años desde la elección del Órgano Ejecutivo, los tratados identificados como contrarios a los intereses del Estado, podrán ser renegociados y/o denunciados de acuerdo con el procedimiento estatuido en el propio tratado, o también ser demandados ante tribunales internacionales, de acuerdo con la Ley 381, Aplicación Normativa, de 20 de mayo de 2013[380].

En este marco, debemos puntualizar que el Estado Plurinacional de Bolivia ha denunciado los tratados bilaterales sobre promoción y protección de inversiones contrarios a la Constitución[381], en el plazo dispuesto a tal efecto. En cuanto a este punto específico podemos determinar que se han denunciado un total de veintidós acuerdos bilaterales sobre promoción y protección de inversiones, suscritos con los siguientes países: Estados Unidos de América, Austria, España, Suiza, Argentina, Corea, Cuba, Países Bajos, México, Italia, Suecia, Paraguay, Francia, China, Alemania, Chile, Perú, Ecuador y Gran Bretaña. Asimismo, Bolivia ha denunciado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI) en fecha 1 de mayo de 2007.

4.6. Nulidad, suspensión de la aplicación y terminación de los tratados internacionales

De acuerdo con la ley de Celebración de Tratados, si el Estado Plurinacional de Bolivia comprueba que sus representantes obligaron por un tratado al país, en violación de la Constitución, o la legislación vigente relativa a la competencia para celebrar tratados, dicha circunstancia podrá alegarse como vicio de consentimiento, siempre que esta violación afecte a una norma de carácter fundamental, sin perjuicio de la responsabilidad personal que derive de dicha conducta[382].

---

[380] Véase artículo 71 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[381] Conforme a lo estipulado en el artículo 320 de la CB, 2009: «I. La inversión boliviana se priorizará frente a la inversión extranjera. II. Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable. III. Las relaciones económicas con Estados o empresas extranjeras se realizarán en condiciones de independencia, respeto mutuo y equidad...».
[382] *Cfr*. artículo 59 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.

En el mismo sentido, si los Plenos Poderes de un representante del Estado Plurinacional de Bolivia para manifestar consentimiento en obligarse por un tratado fueron objeto de una restricción específica, la inobservancia de dicha restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado, y producirá responsabilidades correspondientes[383].

De esta manera, el Estado Plurinacional de Bolivia podrá alegar error, dolo, coacción y corrupción de sus representantes en la celebración de tratados, debiendo comunicar a la otra parte, su terminación, retiro o suspensión de su aplicación[384].

En cuanto a la suspensión de la aplicación de los tratados, podrá operar respecto a todas las partes o a una determinada: *i*) conforme a las disposiciones del tratado, *ii*) conforme a las disposiciones de la Ley de Celebración de Tratados, y *iii*) en cualquier momento, por consentimiento de las partes, previa consulta con los demás Estados contratantes[385].

Del mismo modo, el Estado Plurinacional de Bolivia y otro u otros Estados parte en un tratado multilateral, podrán celebrar un acuerdo con el objeto de suspender la aplicación del tratado de forma temporal, y sólo en sus relaciones mutuas, cuando concurran las siguientes circunstancias: *i*) la posibilidad de tal suspensión se encuentre prevista por el tratado, *ii*) la suspensión no se encuentre prohibida por el tratado, a condición de que no afecte al ejercicio de los derechos de las demás partes del instrumento, ni el cumplimiento de sus obligaciones, y *iii*) no sea incompatible con el objeto y el fin del tratado[386].

Finalmente, se considera que un tratado internacional concluyó si todas las partes que lo integran celebran posteriormente un tratado sobre la misma materia. En el mismo sentido, se considera que la aplicación del tratado anterior quedó únicamente suspendida si se infiere del tratado celebrado con posterioridad, o consta de otro modo que tal fue la intención de las partes. En el supuesto de materializarse una violación grave de un tratado, por una de las partes, faculta al Estado Plurinacional de Bolivia para alegar la violación del mismo tratado, como causa para concluirlo, o para suspender su aplicación total o parcialmente[387].

---

[383] *Cfr*. artículo 60 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[384] *Cfr*. artículo 61 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[385] *Cfr*. artículo 65 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[386] Véase artículo 66 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[387] Véase artículo 67 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.

Así mismo, el Estado Plurinacional de Bolivia podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado como causa, para su terminación o retiro del mismo, si la imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitiva de los objetivos del tratado. Si la imposibilidad tiene carácter temporal, podrá alegarse sólo como causa para suspender su aplicación[388].

Tras producirse cambios en las circunstancias respecto a las existentes en el momento de celebración de un tratado, y que no fue previsto por las partes, sólo podrá alegarse como causa para su terminación o retiro del mismo, cuando estas circunstancias constituyan la base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y dicho cambio modifique sustancialmente el alcance de las obligaciones dispuestas en el tratado[389].

5. RECAPITULACIÓN

Tal como hemos tenido la oportunidad de analizar la transición de Bolivia a un nuevo modelo de Estado y sistema constitucional ha sido instituido a través de la Asamblea Constituyente. En este orden de ideas, puntualizamos que este proceso constitucional se observó tanto en el procedimiento como en la forma, aunque por referéndum vinculante, finalmente se aprobó en 2009 el nuevo texto constitucional.

Efectuamos un análisis pormenorizado sobre la sistemática de la Constitución de 2009, refiriéndonos especialmente a la implementación expresa del sistema de fuentes. Como observamos, la Constitución reconoce la jerarquía normativa, el Estado autonómico y el régimen de tratados internacionales. También ordena la reforma total y parcial de la Carta Constitucional. Precisamos, que no fue sino hasta la Constitución 2004, que se introdujo la reforma total y con ella la Asamblea Constituyente, viabilizando la posibilidad de una apertura total de la Constitución.

Seguidamente hemos abordado el análisis del sistema constitucional boliviano desde una perspectiva interna y externa. Desde la perspectiva interna estudiamos el diseño jurídico administrativo interno del Estado Plurinacional de Bolivia, lo que ha implicado el examen del régimen autonómico y competencial. En tal sentido, se ha determinado cinco niveles autonómicos preceptuados en la propia Constitución. En relación a la perspectiva externa analizamos la apertura del ordenamiento jurídico boliviano a los tratados internacionales.

---

[388] Véase artículo 67 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.
[389] Véase artículo 67 de la Ley 401, Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013.

Destacamos el valor de prevalencia del que gozan los tratados internacionales en materia de Derechos humanos y además sentenciamos que la Constitución determina el valor de los tratados internacionales en el ámbito interno. Por tanto, como vimos, el constituyente ha querido reforzar la protección de los Derechos humanos, pero por inconsistencias del sistema, ésta pretensión se volatiliza fácilmente.

CAPÍTULO II
EL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN JURÍDICO MULTINIVEL DE BOLIVIA: ESTRUCTURA Y CONFIGURACIÓN

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. - 2. LA PERSPECTIVA MULTINIVEL DEL DERECHO COMO TÉCNICA DE CONEXIÓN SISTÉMICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO BOLIVIANO. - 2.1. La protección multinivel de los Derechos humanos. - 2.2. Multinivel normativo: el Bloque de constitucionalidad. - 2.3. Multinivel institucional-jurisdiccional: la interacción entre tribunales estatales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. - 3. EL NIVEL INTERNACIONAL GENERAL COMO MARCO EN EL QUE SE INTEGRA EL SISTEMA INTERNACIONAL REGIONAL AMERICANO. - 3.1. La Carta Internacional de los Derechos Humanos. - 3.2. Los mecanismos convencionales. - 3.3. El Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional. - 4. EL NIVEL INTERNACIONAL REGIONAL AMERICANO COMO MARCO DE INTEGRACIÓN DE BOLIVIA A TRAVÉS DEL SISTEMA SUBREGIONAL LATINOAMERICANO. - 4.1. Organización de Estados Americanos. - 4.1.1. *Documentos básicos del Sistema Interamericano de Derechos humanos*. - 4.1.2. *Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos humanos*. - 4.2. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. - 4.2.1. *Efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. - 4.2.2. *Elementos transversales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: los principios de legalidad e irretroactividad*. - 4.3. Bolivia en el marco del Sistema Interamericano de Derechos humanos. - 4.3.1. *Los Derechos fundamentales en el nivel estatal*. - 4.3.2. *El control de convencionalidad*. - 4.4. Otras Organizaciones Internacionales a las que se conecta Bolivia en el Sistema Internacional subregional de América Latina y su previsión sobre los Derechos humanos. - 4.4.1. *La Comunidad Andina de Naciones*. - 4.4.2. *MERCOSUR*. - 4.4.3. *Otras Organizaciones Internacionales del sistema subregional*. - 5. RECAPITULACIÓN.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El objetivo del presente capítulo es plasmar el diseño que resulta de la aplicación de la perspectiva multinivel del Derecho como técnica de conexión del ordenamiento jurídico, particularizado en el sistema jurídico boliviano. Partiremos del análisis del concepto de constitucionalismo multinivel y constitucionalismo global. A este hilo, continuaremos con el estudio de tres premisas fundamentales, éstas son: *i*) protección multinivel de los Derechos humanos, *ii*) multinivel normativo: Bloque de constitucionalidad, así como *iii*) multinivel institucional-jurisdiccional, interacción entre tribunales estatales y la Corte IDH.

Seguidamente analizaremos el nivel internacional general. En este estadio prestaremos especial atención al estudio de la Carta Internacional de los Derechos humanos y los mecanismos convencionales. Asimismo, observaremos el Sistema internacional regional americano, el marco de OEA y sus dos componentes principales: *i*) documentos básicos y *ii*) órganos del Sistema Interamericano de Derechos humanos. Continuando esta tónica abordaremos los efectos de las sentencias de la Corte IDH con relación a los principios de legalidad e irretroactividad.

Expuestas las premisas elementales del presente capítulo, por su relevante importancia, determinaremos la posición jurídica de Bolivia en el Sistema Interamericano de Derechos humanos, conectado ello con la aplicación del control de convencionalidad y Bloque de constitucionalidad. Concluiremos analizando el funcionamiento de otras organizaciones internacionales que también forman parte del Sistema regional americano.

2. LA PERSPECTIVA MULTINIVEL DEL DERECHO COMO TÉCNICA DE CONEXIÓN SISTÉMICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO BOLIVIANO

JIMÉNEZ RUIZ señala, en el contexto europeo, dos teorías que sustentan y fundamentan en vía doctrinal la integración de los ordenamientos jurídicos internacional, comunitario y nacional. Así, propone en primer término a Ingolf PERNICE con la denominada teoría «*Multilevel Constitutionalism*», y en segundo término, a Luigi FERRAJOLI con la teoría de «Constitucionalismo Global»[390].

En esta misma línea, el autor afirma que la teoría de «*Multilevel Constitutionalism*», se centra en «...la correlación de la legislación nacional y Europea desde la perspectiva de Estados y ciudadanos, (...) los dos niveles de gobierno son elementos complementarios de un sistema nacional-europeo, establecido en aras de los ciudadanos». Mientras que la teoría de «Constitucionalismo Global», tiene como antecedente más próximo la obra «La Paz perpetua» de KANT, y se fundamenta en tres acepciones de la teoría del garantismo:

---

[390] JIMÉNEZ RUIZ, Juan Luis, *op. cit., El orden...*, p. 376 y 377. Recordemos, a este tenor, que uno de los grandes fenómenos que se han producido en el mundo, es el de la inmigración. Cuestionada por la violación sistemática de los Derechos humanos de quienes cruzan las fronteras, constituyendo a la vez, éstas personas evidentes amenazas para el orden y estabilidad del país receptor. Para profundizar sobre esta temática véase especialmente y con relación a la situación laboral del inmigrante extranjero en los márgenes del Derecho penal el artículo de: POMARES CINTAS, Esther, «La inmigración laboral del extranjero en el Derecho Penal», *Cuaderno de Política Criminal*, núm. 86, 2005.

«1º El Estado de Derecho: niveles de normas y niveles de deslegitimación', 2º 'Teoría del Derecho y crítica del Derecho', y 3º 'Filosofía del Derecho y crítica política'» por lo que el conjunto de estas tres acepciones instituyen la teoría garantista[391].

PERNICE sostiene desde la experiencia especialmente europea, el surgimiento de una autoridad supranacional e instituciones supranacionales, que reúnan a las soberanías de los Estados: «...a modo de lección de las dos Guerras Mundiales, Jean Monnet y Robert Schuman, hicieron una propuesta revolucionaria que constituiría el comienzo de una nueva era en las relaciones internacionales, (...) es decir reunir las soberanías de Estados que acordasen, en representación de sus respectivos ciudadanos, crear una autoridad supranacional y confiar ciertos poderes soberanos a instituciones supranacionales...»[392]. En esta misma lógica, enfatiza que «...la Unión Europea es una Comunidad de Derecho, y la confianza mutua depositada por los Estados miembros y sus ciudadanos en el Estado de Derecho que gobierna esta Unión es la razón por la que ha tenido éxito en preservar la paz»[393].

Este autor señala que en nivel internacional, no existe un referente igual a esta unidad, pues Naciones Unidas no habría creado una autoridad supranacional[394], de modo que precisa: «...los padres fundadores de las Naciones Unidas no llegaron a crear una autoridad supranacional con poderes legislativos, ejecutivos y judiciales, sino que se mantuvieron en la lógica de una organización internacional»[395]. En tal sentido, subraya especialmente que el sistema supranacional no sólo está basado en la vinculatoriedad del Derecho internacional sino también «...en la prohibición del uso de la fuerza y de la intervención entre Estados, en el principio de la autodeterminación y la igualdad soberana de los Estados, así como en el respeto por los Derechos humanos y la cooperación económica»[396].

---

[391] JIMÉNEZ RUIZ, Juan Luis, *op. cit., El orden...*, p. 377 a 382.
[392] PERNICE, Ingolf, «La dimensión global del Constitucionalismo Multinivel. Una respuesta legal a los desafíos de la globalización», *Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad de San Pablo, núm. 61, 2012, p. 7.
[393] *Ibidem.*
[394] *Ibidem.*
[395] *Ibidem.*
[396] *Ibidem*. Así mismo PERNICE observa que las instituciones de Naciones Unidas no están investidas con poderes legislativos ni con autoridad para actuar directamente sobre los individuos, de ahí que resuelve: «... su institución ejecutiva central, el Consejo de Seguridad, posee poderes decisorios, pero carece no sólo de eficiencia debido al derecho de veto de los cinco miembros permanentes, sino que también carece de legitimidad debido a la desigualdad del status de sus miembros». *Ibidem.*

FERRAJOLI propugna que la segunda conquista jurídica del siglo XX fue el cambio de paradigma registrado en las relaciones internacionales[397]. Por cuanto afirma: «Con la institución de ONU, el Derecho internacional pasó de ser un sistema de relaciones entre Estados soberanos basado únicamente en las relaciones de fuerza y por eso destinado a degenerar en la guerra mundial o de todos a ser un ordenamiento jurídico supraestatal que reúne a casi todos los Estados -191-, y que se funda en la prohibición de la guerra y sobre los Derechos fundamentales de todos los seres humanos»[398]. Este autor matiza que dicho cambio tuvo expresión en la estipulación de un pacto constitucional de convivencia, como «...la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los dos Pactos sobre Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales de 1966», enfatizando que «en su conjunto forman una suerte de constitución embrionaria del mundo»[399].

BAYÓN ha efectuado críticas a la teoría de constitucionalismo global observando la ausencia de una teoría normativa que establezca cómo debe estar distribuida la autoridad en el espacio público global, en este sentido afirma «...esta teoría habría de ser lo bastante rica como para aclarar en qué casos y en qué términos se debería mostrar deferencia desde un nivel hacia lo decidido por otro -ya sea desde el supranacional hacia el estatal o a la inversa; o desde un sistema supranacional hacia otro- y en qué casos no (...). Pero en cualquier caso, insisto, es exactamente lo que nos hace falta. Y también, me temo, justamente lo que un enfoque como el de FERRAJOLI deja fuera de nuestra consideración»[400].

---

[397] FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris*. *Teoría del diritto e della democracia*, vol. I, Trotta, Madrid, 2011, p. 478 y ss.
[398] *Ibidem.*
[399] *Ibidem.*
[400] BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, «El constitucionalismo en la esfera pública global», *Anuario de Filosofía del Derecho* (XXIX), Madrid, 2013, p. 71. JIMÉNEZ RUIZ sobre la problemática de las relaciones y conexión entre los diferentes ordenamientos jurídicos internacionales, dentro del «constitucionalismo multinivel», precisa que por la evidente existencia de disfunciones de los sistemas, existen y operan principios rectores que logran ordenar la posición de cada orden, procedimiento y materia, dinamizando de esta forma el sistema de relaciones. De modo que estos principios son reconocidos incluso en los propios ordenamientos jurídicos. Este autor matiza los siguientes principios: «1) de Primacía; 2) de Jerarquía; 3) de Competencia; 4) de Subsidiariedad; 5) de Proporcionalidad, entre otros, como rectores de unidad, coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico». JIMÉNEZ RUIZ, Juan Luis, *op. cit.*, *El orden...*, p. 366 a 375. Por su parte ARNOLD afirma que los principios más relevantes que constatan el multinivel ordinamental son entre otros, primacía, jerarquía, competencia y subsidiariedad. Principios que ordenan las diferentes normas del orden jurídico y que demuestran nexos de unión entre los diversos ordenamientos. Pero principalmente según este autor tales principios se agrupan teóricamente en tres modelos diferentes de relación de naturaleza compleja de los ordenamientos, a saber: complementariedad, acumulación y paralelismo. Para profundizar en cuanto a este último punto, consúltese la obra de: ARNOLD, Rainer, «Conflictos entre ordenamientos y su solución.

Se debe comentar brevemente las premisas que definen el constitucionalismo multinivel propuesto por PERNICE, que dinamiza las relaciones entre los niveles supranacional y nacional, cuya materialización es el modelo de unidad de la Unión Europea. Unidad que no sólo ha sido configurada en el espacio económico, sino también y principalmente, en el ámbito de la promoción y protección de los Derechos humanos, que ha propiciado justamente la estructura y conexión multinivel.

Para PERNICE el término constitucionalismo multinivel fue desarrollado «...para explicar el funcionamiento de este sistema como resultado de un proceso de establecimiento progresivo de un nivel supranacional de poder público basado en las Constituciones nacionales, (...) unificado en un sistema constitucional compuesto: un sistema dividido de poderes para hacer frente a los retos de la globalización de la era postnacional»[401]. Afirma que este constitucionalismo conceptúa «la estructura constitucional de la Unión Europea y la relación entre el derecho constitucional nacional y el derecho europeo»[402]. Este autor menciona como ejemplo los tratados celebrados entre la Comunidad Europea y la Unión Europea, hasta el tratado que disponía una Constitución para Europa, cuyo proceso de ratificación fue bloqueado por los referendos negativos de Francia y Países Bajos[403].

PERNICE continúa señalando que el concepto constitucionalismo multinivel se resume en cinco características atingentes a la «Constitución de la Unión Europea», así como las constituciones nacionales[404]. Según el autor, la primera característica relativa al concepto «postnacional de Constitución», no únicamente determina que los Estados tengan Constituciones, sino primordialmente, que la Constitución es el instrumento legal a través del cual «el pueblo de un territorio específico concerta crear instituciones investidas de poder público, es decir de poderes para alcanzar objetivos en interés general, definición de derechos con relación a las instituciones y reconocimiento del estatus como ciudadanos de la comunidad...»[405]. Por lo tanto, reafirma que «los pueblos de los Estados miembros

---

El ejemplo alemán», *Revista Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, Universidad de Granada, enero-junio de 2004.

[401] PERNICE, Ingolf, «Multilevel Constitutionalism in the European Unión», *European Law Review*, núm. 27, 2002. De igual modo disponible en español en: «El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, 2012, p. 511 a 529.

[402] PERNICE, Ingolf, *op. cit.*, «La dimensión...»..., p. 16.

[403] *Ibidem*.

[404] PERNICE, Ingolf, *op. cit.*, «El Constitucionalismo...»..., p. 511 y ss.

[405] *Ibidem.*

de la UE lo hicieron así para su respectivo Estado, del mismo modo al fraguar los tratados europeos para la UE...»[406].

GOMES CANOTILHO siguiendo la lógica de PERNICE, también enumera los elementos básicos del constitucionalismo multinivel, prescribiendo: *i*) concepto postnacional de Constitución, *ii*) comprensión del proceso de construcción de la UE como un proceso conducido por sus ciudadanos, *iii*) relación estrecha entre las Constituciones de los Estados miembros y la Constitución Europea, *iv*) comprensión de la UE como una unión de ciudadanos europeos[407]. No obstante, el autor puntualiza que dicho constitucionalismo produce diversos problemas metodológicos de aplicabilidad de las diferentes normas provenientes de diferentes representantes, como legisladores, tribunales y gobiernos, de modo que lo traduce en problemas de «supranacionalismo deliberativo», mecanismo de solución de conflictos de normas en la UE[408].

En conclusión, expuestas brevemente las teorías que explican y analizan la integración supraestatal y estatal, es posible afirmar que los diferentes ordenamientos jurídicos se encuentran conectados. Imbricación de órdenes jurídicos que protegen los Derechos humanos. En este contexto, el advenimiento de un orden mundial, causado por fenómenos migratorios, terroristas, niveles extremos de pobreza, racismo, desastres naturales, y oposición del binomio capitalismo/socialismo, se establecería por medio de la firma de paz y seguridad mundial[409]. Pero cabe preguntarse si para el funcionamiento de este nuevo orden mundial no se dispondrá una sola autoridad debido a la cesión de poder de potencias mundiales[410].

---

[406] *Ibidem.*

[407] GOMES CANOTILHO, José Joaquim, «Principios y 'nuevos constitucionalismos' el problema de los nuevos principios», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, julio-diciembre de 2010, p. 328.

[408] *Ibidem.*

[409] KELSEN ha propugnado el establecimiento de un *gobierno mundial*. Remitimos por su importancia a la obra: KELSEN, Hans, *Principios de derecho internacional público* (traducción al español por CAMINOS, Hugo y HERMIDA, Ernesto C. Revisión, Edición y «Estudio Preliminar: Soberanía y Derecho Internacional en Hans KELSEN: mito y realidad» a cargo de MONEREO PÉREZ, José Luis, Comares, Granada, 2013.

[410] Como estipulan las *Sagradas Escrituras*, la personificación del *bestia* por abadón (hebreo), apolión (griego) o el ángel del abismo. Hitler a su lado será nadie. Marcaría el comienzo y fin de una era de la humanidad. Véase Apocalipsis 9 Reina-Valera 1960, (RVR 1960): «El quinto ángel tocó la trompeta, y vi una estrella que cayó del cielo a la tierra; y se le dio la llave del pozo del abismo. 2 Y abrió el pozo del abismo, y subió humo del pozo como humo de un gran horno; y se oscureció el sol y el aire por el humo del pozo. 3 Y del humo salieron langostas sobre la tierra; y se les dio poder, como tienen poder los escorpiones de la tierra. 4 Y se les mandó que no dañasen a la hierba de la tierra, ni a cosa verde alguna, ni a ningún árbol, sino solamente a los hombres que no tuviesen el sello de Dios en sus frentes. 5 Y les fue dado, no que los matasen, sino que los atormentasen cinco meses; y su tormento era como tormento de escorpión cuando hiere al hombre. 6 Y en aquellos días los hombres buscarán la muerte, pero no la hallarán;

Por último es necesario establecer que la perspectiva multinivel del Derecho como técnica de conexión sistémica del ordenamiento jurídico boliviano, se materializa en dos ámbitos de actuación: *i*) *ad intra*, referido al Estado autonómico, que comporta el régimen de autonomías y competencias en los distintos niveles territoriales del Estado[411]; y *ii*) *ad extra*, relativo a la apertura de los sistemas internacionales, que implica el régimen constitucional de los tratados, así como el procedimiento de celebración de tratados. Sin embargo, ésta doble perspectiva es complementaria y explica el sistema jurídico, con sus diferentes niveles y vertientes en su globlalidad. Continuaremos con el análisis de la interacción multinivel en los epígrafes siguientes observando tres dimensiones, éstas son: *i)* protección de los Derechos humanos, *ii)* marco normativo, y *iii)* marco institucional-jurisdiccional.

2.1. La protección multinivel de los Derechos humanos

Partamos en esta ocasión de la relación de complementariedad que existe entre Derecho internacional y Derecho constitucional en ámbito de Derechos humanos. AYALA CORAO

---

y ansiarán morir, pero la muerte huirá de ellos. 7 El aspecto de las langostas era semejante a caballos preparados para la guerra; en las cabezas tenían como coronas de oro; sus caras eran como caras humanas; 8 tenían cabello como cabello de mujer; sus dientes eran como de leones; 9 tenían corazas como corazas de hierro; el ruido de sus alas era como el estruendo de muchos carros de caballos corriendo a la batalla; 10 tenían colas como de escorpiones, y también aguijones; y en sus colas tenían poder para dañar a los hombres durante cinco meses. 11 Y tienen por rey sobre ellos al ángel del abismo, cuyo nombre en hebreo es Abadón, y en griego, Apolión.[a] 12 El primer ay pasó; he aquí, vienen aún dos ayes después de esto. 13 El sexto ángel tocó la trompeta, y oí una voz de entre los cuatro cuernos del altar de oro que estaba delante de Dios, 14 diciendo al sexto ángel que tenía la trompeta: Desata a los cuatro ángeles que están atados junto al gran río Eufrates. 15 Y fueron desatados los cuatro ángeles que estaban preparados para la hora, día, mes y año, a fin de matar a la tercera parte de los hombres. 16 Y el número de los ejércitos de los jinetes era doscientos millones. Yo oí su número. 17 Así vi en visión los caballos y a sus jinetes, los cuales tenían corazas de fuego, de zafiro y de azufre. Y las cabezas de los caballos eran como cabezas de leones; y de su boca salían fuego, humo y azufre. 18 Por estas tres plagas fue muerta la tercera parte de los hombres; por el fuego, el humo y el azufre que salían de su boca.19 Pues el poder de los caballos estaba en su boca y en sus colas; porque sus colas, semejantes a serpientes, tenían cabezas, y con ellas dañaban. 20 Y los otros hombres que no fueron muertos con estas plagas, ni aun así se arrepintieron de las obras de sus manos, ni dejaron de adorar a los demonios, y a las imágenes de oro, de plata, de bronce, de piedra y de madera, las cuales no pueden ver, ni oír, ni andar; 21 y no se arrepintieron de sus homicidios, ni de sus hechicerías, ni de su fornicación, ni de sus hurtos».

411 Considera expresamente ROMERO BONIFAZ que la Constitución Boliviana de 2009 caracteriza al Estado como descentralizado y con autonomías sustentadas en jurisdicciones territoriales, y puntualiza que este precepto responde al mandato del referéndum de 2 de julio de 2006. ROMERO BONIFAZ, Carlos, *op. cit*., «Los Ejes...»..., p. 30 y 31. Sobre el análisis del Estado autonómico y régimen competencial asignado a cada nivel autonómico *Cfr*. el epígrafe 3. «El diseño jurídico organizativo interno del Estado Plurinacional de Bolivia» enmarcado en el capítulo I del presente estudio.

411 En cuanto al régimen de los tratados internacionales y su posición jerárquica en el ordenamiento jurídico constitucional boliviano *Cfr*. el capítulo I, epígrafe 4 «La apertura y conexión de Bolivia a los sistemas internacionales» de este trabajo, donde se analiza pormenorizadamente el marco constitucional y legal de los tratados internacionales.

afirma que la relación dinámica entre Derecho internacional y Derecho constitucional en materia de Derechos humanos, acentúa el reforzamiento mutuo de ambas disciplinas en beneficio de éstas mismas[412]. En consecuencia, expresa: «Tanto el Derecho internacional como el Derecho constitucional se complementan -lejos de excluirse-, en torno a la concepción, contenido, respeto, garantía y protección de los Derechos humanos»[413], configurando de esta forma una rama autónoma: el Derecho de los Derechos humanos.

Siguiendo este hilo, BIDART CAMPOS puntualiza que dentro del Derecho de los Derechos humanos encontramos la rama del Derecho internacional de los Derechos humanos, que se hace presente desde que el Derecho internacional público ha incluido la protección de los derechos y libertades fundamentales del hombre. Señala expresamente que deviene de la Carta de Naciones Unidas y de los tratados, convenciones y pactos internacionales. Cuadro en el que destaca el Pacto de San José por su carácter regional y plexo general de derechos que contiene. Este autor indica que para la tutela y preservación de los derechos se ha creado específicamente una jurisdicción de carácter supraestatal[414].

Distinta rama constituye el Derecho internacional humanitario (DIH) que según PÉREZ GONZÁLEZ se manifiesta en «una política deliberada de limpieza étnica»[415]. Pues afirma que en la convergencia entre el Derecho internacional con el Derecho de los Derechos humanos, aparecen reglas como ser «la cláusula de Martens o el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949»[416] cuya pretensión es la protección de los derechos de las personas inmersas en situaciones de conflictos bélicos.

Con estas puntuales matizaciones y ciñéndonos al ámbito de Derecho internacional de los Derechos humanos nos detendremos en el estudio de las características de los Derechos humanos. Desde esta perspectiva, AYALA CORAO, manifiesta que los Derechos humanos presentan cinco características: *i*) autoejecutividad, *ii*) progresividad, *iii*) irreversibilidad, *iv*) posición preferida, y *v*) protección judicial[417].

---

[412] AYALA CORAO, Carlos, *op. cit.*, «El derecho...»..., p. 56.
[413] *Ibidem*.
[414] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit.*, *Tratado elemental*..., p. 111.
[415] PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, «La protección de los Derechos humanos en situaciones de conflicto: el parámetro del Derecho internacional humanitario», *Foro, Nueva Época*, núm. 4, Universidad Complutense, Madrid, 2006, p. 15.
[416] PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, *op. cit.*, «La protección...»..., p. 16. En esta tónica el autor establece que las cláusulas constituyen «...verdadero mínimo común denominador normativo en orden a la protección del ser humano en situaciones de conflicto interno o internacional». *Ibidem*.
[417] *Ibidem*.

De acuerdo con AYALA CORAO la característica de autoejecutividad o autoaplicabilidad de los tratados o convenciones internacionales en general y sobre Derechos humanos en particular, comporta la posibilidad de «...aplicar sus disposiciones directamente en el Derecho interno, sin necesidad de exigir su desarrollo legislativo previo»[418]. En este sentido, precisa que en materia de Derechos humanos, la doctrina ha concluido en admitir la presunción a favor de la autoejecución (*self-executing*) de las normas sustantivas contenidas en los tratados. Sin embargo, esta regla tiene una excepción específica: «...si contiene una estipulación expresa de su ejecución por medio de leyes subsecuentes, que condicionen enteramente el cumplimiento de las obligaciones contraídas»[419]. Doctrina que es particularmente coincidente con la autoejecutividad reconocida expresamente en la CADH[420].

Para AYALA CORAO la característica de progresividad de los Derechos humanos está en constante evolución, desde 1948. Con relación a esta particularidad el autor manifiesta que «...puede ocurrir que un mismo derecho se encuentre regulado simultáneamente en varios instrumentos internacionales, en diversos grados de beneficio a las personas, o también puede ocurrir, que ese mismo Derecho humano encuentre un reconocimiento mucho más favorable a las personas, en el texto constitucional correspondiente»[421]. En estos márgenes, subraya que se consolida como método de interpretación, el «principio de cláusula del individuo más favorecido» pues permite «...minimizar las posibilidades de conflicto entre instrumentos legales»[422] así mismo «...contribuye a obtener una mayor coordinación entre tales instrumentos en su dimensión tanto vertical (tratados y derecho interno), como horizontal (entre dos o más tratados)»[423].

---

[418] *Ibidem*.
[419] *Ibidem*.
[420] AYALA CORAO, Carlos, *op. cit.*, «El derecho...»..., p. 57. Del mismo modo AYALA CORAO enfatiza: «En virtud de la Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986, es forzoso concluir, que la obligación de los Estados parte contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, de adoptar medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos por ella reconocidos, es una obligación complementaria y no sustitutiva de las obligaciones de respeto y garantía consagradas en el artículo 1. En consecuencia, conforme a la doctrina de la Corte Interamericana, el hecho de que un artículo de la Convención haga referencia a la ley, no ocasiona que ésta pierda su autoejecutividad...». AYALA CORAO, Carlos, *op. cit.*, «El derecho...»..., p. 57 a 59.
[421] AYALA CORAO, Carlos, *op. cit.*, «El derecho...»..., p. 62.
[422] AYALA CORAO, Carlos, *op. cit.*, «El derecho...»..., p. 63. Este principio está expresamente incorporado en la CADH ya que dispone en su artículo 29. b) que ninguna disposición de dicha Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados.
[423] *Ibidem*.

En cuanto al criterio de primacía de la norma más favorable a todas las personas, AYALA CORAO, continúa afirmando que: «...cuando un mismo derecho se encuentre regulado al mismo tiempo en distintos instrumentos internacionales, se deberá aplicar aquel que resulte más favorable a la persona, (...) si el mismo derecho se encuentra regulado al mismo tiempo, en instrumentos internacionales y en la Constitución, se deberá aplicar la disposición que resulte más favorable a la persona»[424].

A juicio de AYALA CORAO la característica de irreversibilidad de los Derechos humanos consiste en «...la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona, una vez que el Estado así lo ha hecho en un instrumento internacional»[425]. En efecto, este autor reconoce la relación de irreversibilidad de los Derechos humanos con el carácter de inherencia a la persona humana[426]. Prosigue haciendo referencia a la particularidad de posición preferida de los derechos sobre el poder, indicando a este tenor que: «...cada vez que una norma de derechos se encuentre en conflicto con una norma de poder, el caso debe ser resuelto escogiendo favorablemente la norma sobre derechos»[427].

En esta misma lógica, AYALA CORAO, especifica que a consecuencia de las obligaciones de respeto, adopción de medidas necesarias, y garantía, existe la justiciabilidad de los Derechos humanos. En cuanto a este último aspecto, propone la división en: *i*) medios judiciales internos y *ii*) medios internacionales[428]. Con relación a los medios judiciales internos afirma: «...esta obligación del Estado debe llevarse a cabo a través de los medios judiciales del derecho interno, y sólo subsidiariamente (en caso de que esos medios no existan, o no sean idóneos o efectivos, o se hayan agotado), a través de los mecanismos internacionales»[429] y respecto a los medios internacionales, el autor enfatiza, la obligación de los Derechos humanos de ejecutarse mediante los medios judiciales dispuestos en el Derecho interno, remarcando que: «...en caso de violación a los Derechos humanos, y los

---

[424] AYALA CORAO, Carlos, *op. cit.*, «El derecho...»..., p. 64.
[425] AYALA CORAO, Carlos, *op. cit.*, «El derecho...»..., p. 66.
[426] Asimismo AYALA CORAO puntualiza: «Los Derechos humanos quedan incorporados como Derechos constitucionales, en virtud de su naturaleza inherente a la persona. Luego en esos casos, la incorporación del tratado al Derecho interno tiene efectos irreversibles, en cuanto al derecho en sí mismo, pues ni el tratado ni la ley que lo apruebe crean el Derecho humano, sino que lo reconocen como inherente a la persona humana. Y ese carácter del derecho como inherente a la persona humana, no es reversible, por haber quedado implícitamente incluido de manera permanente como Derecho constitucional». AYALA CORAO, Carlos, *op. cit.*, «El derecho...»..., p. 66 y 67.
[427] *Ibidem.*
[428] AYALA CORAO, Carlos, *op. cit.*, «El derecho...»..., p. 69 y 70.
[429] *Ibidem.*

medios jurídicos internos de reparación no existan, no sean efectivos, o se hayan agotado sin éxito, la protección puede ejercerse a través de los mecanismos internacionales»[430].

En esta tónica el autor señala que en materia judicial, si bien corresponde a los tribunales nacionales interpretar y aplicar las normas internas e internacionales sobre Derechos humanos, no obstante «...los órganos internacionales tienen asignada la función de control y de supervisión, cuyo fin es velar por la compatibilidad de las interpretaciones nacionales con las disposiciones contenidas en los tratados sobre Derechos humanos...»[431]. Pues recordemos que en virtud del artículo 33 de la CADH, los organismos competentes para conocer casos relativos al cumplimiento de compromisos internacionales por los Estados parte de la Convención son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Debe completarse esta exposición indicando que la protección multinivel de los Derechos humanos se manifiesta en dos ámbitos: *i*) *ad extra*, implica la protección otorgada por el Sistema Interamericano de Derechos humanos, por medio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y *ii*) *ad intra*, comporta la salvaguarda de los Derechos humanos por parte de jueces locales, quienes ejercen el control de convencionalidad y aplican el *corpus iuris interamericano*[432]. Consecuentemente, nos encontramos en presencia del control de convencionalidad concentrado y difuso, respectivamente.

---

[430] AYALA CORAO señala: «Si bien es cierto que los organismos internacionales sobre Derechos humanos (ej. Comisión de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), y en particular los tribunales internacionales sobre Derechos humanos (Cortes Europeas e Interamericana de Derechos Humanos), no sustituyen a los tribunales nacionales, los actos internos de los Estados pueden ser objeto de revisión por los organismos internacionales, a fin de verificar su conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados, en materia de Derechos humanos. Esto último significa que todos los actos estatales se encuentran sometidos al examen o revisión de los órganos internacionales, según su caso competentes en materia de Derechos humanos. Estos actos pueden incluir, desde la propia Constitución, hasta las leyes, los actos de gobierno, decretos, reglamentos, actos administrativos y sentencias». AYALA CORAO, Carlos, *op. cit.*, «El derecho...»..., p. 76 y 77.

[431] AYALA CORAO, Carlos, *op. cit.*, «El derecho...»..., p. 78. En este sentido, AYALA CORAO subraya: «...los organismos internacionales competentes, constituyen los últimos intérpretes en relación a las obligaciones internacionales de los Estados en materia de Derechos humanos». *Ibidem*.

[432] El *corpus iuris interamericano*, está compuesto por tratados internacionales sobre Derechos humanos reconocidos en el Sistema Interamericano de Derechos humanos, como ser: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la Pena de Muerte, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, así como Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Para seguir profundizando sobre control de convencionalidad, nos remitimos al subepígrafe 4.3.2 «El control de convencionalidad» del presente capítulo de este estudio.

Al hilo de lo anterior, es posible determinar que existe una reconfiguración del Derecho constitucional, dado que se apertura necesariamente a los parámetros internacionales de protección de los Derechos humanos. Ello implica primordialmente dos situaciones: en primer lugar, que el Derecho constitucional de los países de la región latinoamericana comprende también el Derecho convencional, materializado como auténtico parámetro de regularidad constitucional; en segundo lugar, significa que los jueces de la región asumirán un diálogo constante y abierto para potencializar la promoción y protección de los Derechos humanos en el ordinamental multinivel a través de un esquema judicial multinivel diseñado a tal efecto[433]. Corresponderá en los apartados posteriores abordar el análisis del marco multinivel normativo y multinivel jurisdiccional-institucional.

2.2. Multinivel normativo: el Bloque de constitucionalidad

Partiremos en este punto específico de la definición de Bloque de constitucionalidad dada por BIDART CAMPOS «...el Bloque comprende un conjunto normativo que está compuesto por disposiciones, principios y valores constitucionales, encontrándose fuera del texto de la Constitución, y siendo útil como parámetro del control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales»[434]. En el caso de la Constitución de Bolivia, el Bloque de constitucionalidad aparece recogido en el texto constitucional, y se encuentra conformado por los tratados y convenios internacionales en materia de Derechos humanos, así como las normas de Derecho Comunitario, ratificadas por el país.

En este marco, resulta que el concepto de Bloque de constitucionalidad, inicialmente ha sido propuesto por el Consejo Constitucional Francés, en 1971. Tiempo más tarde ha sido incorporado por el Tribunal Constitucional Español, en 1981. De este modo, anclando su origen en Europa, rápidamente se difundió por vía doctrinal y jurisprudencial en países de Iberoamérica[435]. En el sentido expuesto, GÓNGORA MERA, pormenoriza que existen

---

[433] ROMERO MARTÍNEZ, Juan Manuel, «La protección multinivel de los derechos humanos. Tendencias y desafíos para la región interamericana», *Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF*, núm. 12, enero-junio de 2017, p. 49. Disponible en la web oficial: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/revista-metodhos/article/view/31868. (Fecha de consulta: 12-5-18).

[434] BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 265 a 267.

[435] GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, «La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano», *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, VON BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor, y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.), Max-Planck-Institut Für

dos posiciones que contextualizan las funciones del Bloque de constitucionalidad en los países europeos[436] y éstas se refieren concretamente a los países de Francia y España.

Con relación a la primera versión del Bloque de constitucionalidad, GÓNGORA MERA, indica que se habría originado en Francia. Donde la idea del Bloque de constitucionalidad surgió a la luz del concepto de «Constitución material» como respuesta a la ausencia de una declaración de derechos en el texto constitucional[437]. Es en esta tónica que el autor afirma: «...en la decisión 71-44 DC de 16 de julio de 1971, el *Conseil Constitutionnel* incluyó dentro del parámetro de constitucionalidad a los 89 artículos de la Constitución de 1958 (Constitución *stricto sensu*) y las normas mencionadas en su Preámbulo, incluyendo la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y los principios consagrados en el preámbulo de la Constitución previa de 1946»[438].

En cuanto a la segunda versión del Bloque de constitucionalidad, GÓNGORA MERA, señala que España ha admitido el instituto como instrumento especialmente para «...resolver los conflictos de competencias entre Estado y comunidades autónomas, (...) normas constitucionales, Estatutos Autonómicos y leyes orgánicas reguladoras de la distribución de competencias entre órdenes territoriales»[439].

Respecto al Bloque de constitucionalidad reconocido en Italia, GÓNGORA MERA, afirma que el concepto ha sido vinculado a la noción de «norma interpuesta», que en opinión del autor significa: «...aquella norma con rango de ley ordinaria, que por disposición explícita de la Constitución, limita otras normas como un parámetro de control constitucional»[440]. En este cuadro GÓNGORA MERA precisa que: «...existen normas de rango legal que tienen valor constitucional al ser parte del parámetro de constitucionalidad, pero carecen formalmente de jerarquía constitucional»[441], y puntualiza que en el contexto del Derecho italiano, el Bloque de constitucionalidad se encuentra conformado básicamente por los siguientes instrumentos jurídicos: «Constitución, principios sobre las competencias de las

---

Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, p. 306.

[436] *Ibidem.*

[437] *Ibidem.*

[438] *Ibidem.*

[439] *Ibidem.*

[440] GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, *op. cit.*, «La difusión...»..., p. 307.

[441] *Ibidem.*

entidades regionales italianas, y las leyes que limitan los poderes legislativos del ejecutivo»[442].

En tal contexto, el autor subraya que el Bloque de constitucionalidad presenta diferencias de acuerdo a la función que cumple en los ordenamientos jurídicos internos de los países referidos, y asevera: «...el Bloque constitucional de Francia integra Derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales previos que no fueron incorporados en la Constitución (...). El Bloque español e italiano se refiere principalmente a la distribución de competencias entre el Estado y las autoridades regionales...»[443]. Tal como podemos evidenciar, de esta forma ha quedado consagrado el Bloque de constitucionalidad francés y español-italiano en el sistema jurídico europeo.

Más tarde, la doctrina del Bloque de constitucionalidad, se difundió en Iberoamérica. En este sentido, GÓNGORA MERA, afirma que la adopción del Bloque por diferentes países de América Latina no significó en absoluto una copia acrítica de la versión europea, pues más bien resalta que «...en Europa el Bloque de constitucionalidad se refería a las normas nacionales usadas como parámetro en el control de constitucionalidad, mientras en América se incorporó normas internacionales, principalmente tratados internacionales de Derechos humanos, como parámetro en el control de constitucionalidad»[444]. De acuerdo a esta postura, resulta natural que el Bloque de constitucionalidad asumido por los países latinoamericanos se encuentre integrado por los tratados internacionales en materia de Derechos humanos. Sirva de ejemplo, el artículo 410.II de la Constitución Boliviana que reconoce expresamente que el Bloque de constitucionalidad, se integra por los tratados y convenios internacionales en materia de Derechos humanos. Instrumento que operativiza la ejecución del control de constitucionalidad.

En esta línea, el autor indica que no obstante la heterogeneidad de las normas que integran el Bloque de constitucionalidad resulta notorio que «...la expansión intra-regional de la

---

[442] *Ibidem.*
[443] *Ibidem.*
[444] En este sentido, GÓNGORA MERA afirma: «El Bloque cumplía generalmente dos funciones esenciales: 1) resolver la cuestión de la jerarquía interna de los tratados de Derechos humanos, estableciendo un mecanismo de armonización horizontal entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional de Derechos humanos (por ej. Colombia y Costa Rica); y 2) en procesos de transición democrática, consolidar la posición del poder judicial frente al ejecutivo y el legislativo, permitiendo el uso del Derecho internacional como refuerzo a los compromisos del Estado en materia de Derechos humanos y como límite de lo no negociable en el debate político (Panamá y Argentina)». GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, *op. cit.*, «La difusión...»..., p. 308.

doctrina del Bloque tiene un potencial significativo para la convergencia de estándares normativos en Derechos humanos, y la construcción colectiva del *ius constitutionale commune* en América Latina»[445]. Como observaremos el *ius constitutionale commune* se encuentra conformado por un elenco de tratados internacionales en materia de Derechos humanos suscritos a nivel regional por los distintos Estados.

A este tenor, afirmamos que Bolivia pertenece a la segunda fase de difusión del Bloque de constitucionalidad[446]. En estos márgenes, se consagra el Bloque de constitucionalidad conforme a lo estipulado en el artículo 410.II de la Constitución de 2009: «El bloque de constitucionalidad está integrado por Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país». Precepto concordante con el artículo 256.I y II de la Constitución, donde se establece que los tratados internacionales en materia de Derechos humanos que han sido firmados, o ratificados por el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. Pero además, establece de forma expresa que los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados según los tratados internacionales sobre Derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.

Conectado al esquema descrito sobre Bloque de constitucionalidad, debemos precisar que tras la evolución de la rama de Derecho público[447], el Bloque de constitucionalidad se ha disgregado, y ha surgido otra categoría jurídica análoga: Bloque de convencionalidad[448],

---

[445] GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, *op. cit.*, «La difusión...»..., p. 323.

[446] En lo referente al análisis del Bloque de constitucionalidad y la jerarquía de los tratados internacionales sobre Derechos humanos, consúltese el capítulo I, subepígrafes 4.1 «Previsión constitucional» y 4.2 «Los tratados internacionales y su posición jerárquica» de este trabajo. Precisamos, a este tenor, que el Tribunal Constitucional boliviano asumió varios de los estándares fijados por la Corte Constitucional de Colombia en materia específica de Bloque de constitucionalidad. Con base a ello admitió la jerarquía de los tratados internacionales sobre Derechos humanos, sirva de ejemplo la Sentencia Constitucional 0051/05, de 18 de agosto de 2005.

[447] Para profundizar en cuanto al estudio de Derecho público, consúltese especialmente las obras: TRIEPEL, Henrich, *Derecho público y política*, Civitas, Madrid, 1986. RODRÍGUEZ VERGARA, Ángel; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco; CANO BUESO, Juan; CÁMARA VILLAR, Gregorio, y RUIZ ROBLEDO, Agustín, *Curso de derecho público de Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

[448] ETO CRUZ, Gerardo, «La recepción del pensamiento continental europeo en América Latina: el bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad: ¿estamos ante un *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano?», *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y FLORES PANTOJA, Rogelio (coords.), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2017, p. 296. En cuanto a la analogía entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad este autor indica expresamente: «a) Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: estos conceptos nos reenvían a otros análogos; b) Bloque de constitucionalidad y bloque

cuyo contenido básicamente desarrolla nuevos conceptos y categorías en la interacción Derecho constitucional y Derecho internacional. Recordemos, a este tenor, que el control de convencionalidad ha sido delineado por la Corte IDH, en un comienzo, a través de las sentencias fraguadas por el ex presidente de la Corte IDH Sergio García Ramírez.

ETO CRUZ señala que inicialmente surge el control de convencionalidad y posteriormente el Bloque de convencionalidad. Pormenoriza, en este cuadro, que el concepto de control de convencionalidad nace a partir del caso «Almonacid Arellano *vs.* Chile». Sin embargo, también reconoce que dicho fallo fue precedido por los votos razonados del juez Sergio García Ramírez, que se plasmaron en los casos «Myrna Mack» y «Tibi», configurando por primera vez el control de convencionalidad[449]. En tal sentido, ETO CRUZ puntualiza que el Bloque de convencionalidad presenta dos versiones distintas, éstas son: *i*) Bloque convencional internacional y *ii*) Bloque convencional regional, conformado por el *corpus iuris* de tratados internacionales de la región[450].

El Bloque de convencionalidad internacional está integrado por los tratados de Derechos humanos en el marco de ONU. De acuerdo con esta afirmación, indicamos los siguientes instrumentos internacionales[451]:

I. Declaración Universal de Derechos Humanos (Aprobada y proclamada por la Asamblea General de la organización de Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948).
II. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Firmada por Bolivia el 7 de junio de 1966 y aprobada y ratificada mediante Decreto Supremo 9345, de 13 de agosto de 1970 y Ley 1978, de 14 de mayo de 1999).

---

de convencionalidad. A su turno, estos conceptos reenvía a; c) Parámetro de constitucionalidad y parámetro de convencionalidad. Y podemos seguir el paragón con otros conceptos; d) Jurisdicción constitucional y jurisdicción supranacional. A su turno, estos conceptos ligan con: e) Interpretación constitucional e interpretación convencional. Y sigue la ruta de paragón y analogía; f) Cosa juzgada constitucional y cosa juzgada convencional. Y se puede ir disgregando otros rubros finales de analogía, pero todos vinculados entre sí; g) Control concentrado de constitucionalidad y control concentrado de convencionalidad. Y siguen otros conceptos; h) Control difuso de constitucionalidad y control concentrado o vertical de convencionalidad». *Ibidem*.

[449] ETO CRUZ, Gerardo, *op. cit.*, «La recepción...»..., p. 297. Para seguir profundizando en cuanto al control de convencionalidad remitimos específicamente al subepígrafe 4.3.1 «El control de convencionalidad» del presente capítulo de este estudio.

[450] ETO CRUZ, Gerardo, *op. cit.*, «La recepción...»..., p. 298 y ss.

[451] *Ibidem*.

III. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Adhesión de Bolivia mediante Decreto Supremo 18950, de 17 de mayo de 1982. Ratificación mediante Ley 2119, de 11 de septiembre de 2000).

IV. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

V. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adhesión de Bolivia mediante Decreto Supremo 18950, de 17 de mayo de 1982; ratificada mediante Ley 2119, de 11 de septiembre de 2000).

VI. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adhesión de Bolivia mediante Decreto Supremo 18950, de 17 de mayo de 1982; ratificación mediante Ley 2119, de 11 de septiembre de 2000).

VII. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte (Aprobación y ratificación de la adhesión de Bolivia mediante Ley 3423, de 12 de junio de 2006).

VIII. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Suscrita por Bolivia el 30 de mayo de 1980, aprobada y ratificada por Decreto Supremo 18777, de 5 de enero de 1982; Ley 1100, de 15 de septiembre de 1989).

IX. Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Firmado por Bolivia el 10 de diciembre de 1999 y aprobado y ratificado mediante Ley 2103, de 20 de junio de 2000).

X. Convención sobre los Derechos del Niño (Ratificada por Bolivia mediante Ley 1152, de 14 de mayo de 1990).

XI. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Suscrito por Bolivia el 10 de noviembre de 2001 y ratificado por Ley 2367, de 7 de mayo de 2002).

XII. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (Ratificado por Bolivia mediante Ley 2827, de 3 de septiembre de 2004).

XIII. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.

XIV. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Firmada por Bolivia el 4 de febrero de 1985. Aprobada y ratificada por Bolivia mediante Ley 1939, de 10 de febrero de 1999).

XV. Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Ratificada por Bolivia mediante Ley 3298, de 12 de diciembre de 2005).

XVI. Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Ratificada por Bolivia mediante Ley 1976, de 30 de abril de 1990).

XVII. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

XVIII. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

XIX. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Ratificada por Bolivia mediante Ley 3935, de 26 de octubre de 2008).

Efectivamente, remarcamos, siguiendo esta tónica, que el Bloque de convencionalidad internacional comprendido de manera conjunta, se denomina como «Carta Internacional de Derechos Humanos»[452].

El Bloque de convencionalidad regional está compuesto por los tratados internacionales sobre Derechos humanos específicos de la región. Tales instrumentos internacionales son los siguientes[453]:

I. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Aprobada y ratificada por Bolivia mediante Ley 1430, de 11 de febrero de 1993).

II. Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Suscrito por Bolivia el 17 de noviembre de 1988, ratificado por Ley 3293, de 12 de diciembre de 2005).

III. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de Pena de Muerte (Ratificado por Bolivia mediante Ley 3447, de 21 de julio de 2006).

[452] *Ibidem.*
[453] *Ibidem.*

IV. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Suscrita por Bolivia el 9 de diciembre de 1985 y ratificada por Ley 3454, de 27 de julio de 2006).

V. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Firmada por Bolivia el 14 de septiembre de 1994 y ratificada mediante Ley 1695, de 12 de julio de 1996).

VI. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención *de Belem Do Para*» (Suscrita por Bolivia el 14 de septiembre de 1994 y ratificada mediante Ley 1599, de 18 de octubre de 1994).

VII. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Firmada por Bolivia el 8 de junio de 1999 y ratificada por Ley 2344, de 26 de abril de 2002).

VIII. Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

IX. Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial, y Formas Conexas de Intolerancia.

En el mismo sentido, cabe señalar que el Bloque de convencionalidad regional también está compuesto por las sentencias emitidas por la Corte IDH[454], así como por las líneas interpretativas de la CADH, materializadas por esta misma Corte.

Al hilo de lo anterior, subrayamos que la doctrina del Bloque de constitucionalidad y de convencionalidad ha sido configurada vía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional. Órgano de cierre del sistema de justicia, cuya función es velar por la supremacía de la Constitución y proteger los derechos constitucionales. A continuación efectuaremos una exposición resumida de Sentencias Constitucionales de mayor representación, que han sido fraguadas en torno a la materia que tratamos.

La tendencia de protección supranacional de Derechos humanos quedó definitivamente consagrada en la Sentencia Constitucional 0110/2010-R, de 10 de mayo de 2010. En ella el Tribunal Constitucional moduló que el Bloque de constitucionalidad está integrado por tres unidades normativas: *i*) Constitución Política del Estado, *ii*) tratados internacionales

[454] *Ibidem.*

en materia de Derechos humanos, y *iii*) Principios y valores de rango constitucional. Así mismo ordenó que el Sistema Interamericano de Derechos humanos armoniza el orden nacional y el orden supranacional de los Derechos humanos.

El Tribunal Constitucional continuó afirmando que la integración realizada entre Bloque de constitucionalidad, tratados internacionales sobre Derechos humanos, y decisiones del Sistema Interamericano de Derechos humanos, constituye un auténtico plexo normativo y jurisprudencial de protección multinivel de los Derechos humanos, reconociendo así la jerarquía constitucional de las sentencias emanadas de la Corte IDH, o la doctrina del efecto útil de las sentencias en materia de Derechos humanos. Estableció que en razón del principio de buena fe que reviste las sentencias de la Corte IDH, se determina la responsabilidad internacional para el Estado infractor del Sistema Interamericano, sin posibilidad de que pueda invocar razones internas para incumplir con la responsabilidad imputada.

Más adelante, el Tribunal atendiendo a la doctrina del efecto útil y principio de buena fe, fundamentó que las sentencias emanadas de la Corte IDH no se ubican por debajo ni de la Constitución tampoco de las normas jurídicas de carácter infra-constitucional, sino por el contrario, forman parte del Bloque de constitucionalidad reconocido en el artículo 410 de la Carta constitucional. Además, argumentó que por el principio de supremacía de la Constitución, que alcanza a las normas que integran el Bloque de constitucionalidad, las sentencias interamericanas son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno.

En la Sentencia Constitucional 1250/2012, de 20 de septiembre de 2012, el Tribunal Constitucional afirmó que desde una interpretación *pro homine*, el concepto de tratados internacionales sobre Derechos humanos, mantiene prevalencia en relación a los demás tratados internacionales, de acuerdo con el artículo 13.IV de la Constitución. En este nivel argumentativo reafirmó la integración de las sentencias de los tribunales internacionales sobre Derechos humanos al Bloque de constitucionalidad. De manera que determinó que el juez debe elegir siempre el estándar normativo o jurisprudencial más alto de protección de los Derechos humanos.

El Tribunal Constitucional continuó modulando que los fallos emitidos por la Corte IDH tienen carácter vinculante. Asimismo dispuso que los jueces locales en cumplimiento al

plexo normativo y jurisprudencial del Bloque de constitucionalidad y convencionalidad, deben ceñir su actuación judicial a las normas de los tratados internacionales en materia de Derechos humanos como la CADH, y ejercer *ex officio* el control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención. De la misma manera ordenó que los jueces y todo órgano vinculado a la administración de justicia deben considerar no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha efectuado la Corte IDH como intérprete último de la Convención.

El Tribunal motivó que el juez debe armonizar las fuentes interna e internacional, es decir el Bloque de constitucionalidad y Bloque de convencionalidad. Situación que se refleja en el caso boliviano donde se constitucionaliza el Bloque de constitucionalidad, integrado por tratados internacionales en materia de Derechos humanos y jurisprudencia de la Corte IDH.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional 1462/2013, de 21 de agosto de 2013, reafirmó que el Bloque de constitucionalidad está compuesto básicamente por: *i*) Constitución Política del Estado, y *ii*) tratados internacionales sobre Derechos humanos. En esta línea subrayó que existe una integración entre el Bloque de constitucionalidad y Bloque de convencionalidad para la protección de derechos. Desde esta óptica, el Bloque de convencionalidad, se conforma por los tratados internacionales en materia de Derechos humanos, enmarcados en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos humanos.

En esta lógica, armonizó la interpretación del Bloque de constitucionalidad con el Bloque de convencionalidad. Así pues argumentó que desde una interpretación extensiva de los mandatos constitucionales sobre Derechos humanos se admite la pauta de interpretación «desde y conforme al Bloque de convencionalidad». Moduló la interpretación extensiva por cuanto los derechos se integran con los derechos disciplinados en la Constitución, y también con los derechos del Bloque de convencionalidad. Atendiendo en el último caso al principio de favorabilidad.

El Tribunal Constitucional fundamentó que por una interpretación realizada a la luz del Bloque de constitucionalidad y en armonía con el Bloque de convencionalidad se alcanza un efecto irradiador de los derechos en todo el plexo del ordenamiento interno. Por lo tanto, existe una protección multinivel de los Derechos humanos por medio de una

armonización entre el Bloque de constitucionalidad, Bloque de convencionalidad y jurisprudencia de la Corte IDH.

Finalizamos este epígrafe indicando que la interacción del Bloque de constitucionalidad, convencionalidad, así como la jurisprudencia interamericana, promueve una verdadera protección multinivel de los Derechos humanos en la región latinoamericana. Por otra parte, asistimos a una auténtica expansión de la jurisprudencia emanada de la Corte IDH por cuanto su aplicación es obligatoria para las esferas judiciales y todo órgano de poder público. Ello, en primer lugar, por la consagración del Bloque de constitucionalidad en la Carta constitucional, y en segundo lugar, por la interpretación extensiva de los preceptos constitucionales sobre Derechos humanos que consolida el Bloque de convencionalidad.

2.3. Multinivel institucional-jurisdiccional: la interacción entre tribunales estatales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Partamos en esta ocasión señalando que la interacción entre las cortes nacionales y la Corte IDH es extensa. Afirmamos que las decisiones emitidas en sede interamericana propician equilibrio en la protección multinivel de los Derechos humanos en la región de Iberoamérica. Es más, potencializa un legítimo diálogo jurisprudencial entre cortes.

SAGÜÉS indica que la Corte IDH realiza control de convencionalidad en dos momentos jurídicos distintos, a saber: «...cuando en sus veredictos ella descarta normas locales, incluso constitucionales, opuestas al Pacto de San José. A eso se lo ha denominado control de convencionalidad en sede internacional, para diferenciarlo del que imperativamente asigna a jueces domésticos, que alude control de convencionalidad en sede nacional»[455]. En este sentido, expresa que a partir del caso «Almonacid Arellano» y en jurisprudencia posterior, la Corte IDH reconoce el control de convencionalidad ejercido por los jueces domésticos del Poder Judicial, quienes asumen una doble condición: *i*) jueces locales, y *ii*) jueces del Sistema Interamericano de Derechos humanos[456].

SAGÜÉS continúa afirmando que para materializar el efecto útil del Pacto de San José, contra la aparición de normas internas opuestas al mismo, la aplicación del Derecho del Pacto implica la actuación de las cortes y Tribunales Constitucionales, no obstante que

[455] SAGÜÉS NÉSTOR, Pedro, «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad», *Opus Magna Constitucional guatemalteco*, Instituto de Justicia Constitucional, Guatemala, 2011, p. 276.
[456] *Ibidem*.

algunos casos no pertenezcan al Poder Judicial y operen como entes constitucionales autónomos, o extra-poder[457]. En esta misma línea, comenta que en el caso «Trabajadores cesados del Congreso», si bien el juez se encuentra legítimamente habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, también debe ejercer el control de convencionalidad. En consecuencia, el juez ejercita una doble modalidad de control: *i*) constitucional y *ii*) convencional[458].

El autor puntualiza que mediante el ejercicio de control de constitucionalidad y control de convencionalidad se pretende asegurar: «...el efecto útil (*effet utile*) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a tenor del artículo 2 de la misma»[459]. Afirma que la sentencia en el caso «Trabajadores Cesados del Congreso *vs*. Perú» aclaró el alcance del fallo «Almonacid Arellano» en el sentido de que el control de convencionalidad puede ser ejercido a pedido de parte o de *officio* por el juez[460]. SAGÜÉS también indica que la jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido que el control de convencionalidad puede ser ejercido por cualquier otra autoridad pública, que no sea juez o en su caso Tribunal Constitucional[461], sino particularmente órganos vinculados a la administración de justicia. En cuanto a este punto, SAGÜÉS, aclara que se requiere todavía una rigurosa explicitación por parte de la Corte IDH, la misma que debe construirse jurisprudencialmente[462].

En referencia al control de convencionalidad ejercido en sede internacional, NOGUEIRA ALCALÁ, apostilla: «...constituye la competencia reconocida a un tribunal internacional o supranacional para que el mismo determine cuando los Estados parte, a través de su

---

[457] *Ibidem*.
[458] *Ibidem*. En Bolivia se ha adoptado el sistema de control de constitucionalidad concentrado con algunas matizaciones. Además subrayamos que el Tribunal Constitucional ejerce el control de constitucionalidad y de convencionalidad.
[459] SAGÜÉS NÉSTOR, Pedro, *op. cit.*, «Obligaciones internacionales...»..., p. 278. El tenor literal del artículo 2 de la CADH, dice: «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».
[460] En este marco SAGÜÉS NÉSTOR afirma puntualmente: «La directriz de la Corte Interamericana obliga al juez local a practicar directamente el control de convencionalidad, en el sentido que ese oficio no necesita estar autorizado por la Constitución o por las autoridades domésticas, todo ello sin perjuicio de lo que ya hemos apuntado sobre la competencia para hacerlo. Más todavía: si una norma local, constitucional o subconstitucional, intentara impedir el control de convencionalidad al juez apto para realizar control de constitucionalidad, esa regla concluiría necesariamente 'inconvencional', por oponerse, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». SAGÜÉS NÉSTOR, Pedro, *op. cit*., «Obligaciones internacionales...»..., p. 278 y 279.
[461] *Ibidem*.
[462] *Ibidem*.

normativa o actos vulneran los tratados internacionales, generando responsabilidad internacional»[463]. Subraya que en el Sistema Interamericano de Derechos humanos, el único tribunal competente para conocer y resolver casos sobre violaciones de la norma internacional, es la Corte IDH, tónica en la que afirma: «Las sentencias emitidas por la Corte son de obligatorio cumplimiento para los Estados parte, (...) artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos»[464].

NOGUEIRA ALCALÁ acentúa que la Corte IDH ejerce control de convencionalidad en razón de que un Estado con sus normas jurídicas, o actuación puede desconocer los derechos y garantías asegurados en la CADH, asimismo cuando el Estado no encuadra su normativa jurídica interna en las obligaciones contenidas en la propia Convención según lo estipulado en sus artículos 1.1 y 2[465]. Siguiendo esta lógica, precisa que el control de convencionalidad ejercido en sede internacional, significa que las vulneraciones a los Derechos fundamentales ocasionadas por los jueces ordinarios o constitucionales de un Estado, repercuten en consecuencias de carácter internacional[466], por tanto sentencia que: «...en la actualidad, los custodios jurisdiccionales nacionales están custodiados por custodios jurisdiccionales internacionales y supranacionales»[467].

El autor puntualiza que este mecanismo de control de convencionalidad se ha reforzado con la reconsideración de la autoridad de cosa juzgada en materia penal por la jurisdicción nacional, por lo que seguidamente ejemplifica: «...debiendo rexaminarse las decisiones jurisdiccionales internas consideradas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como ha sido precisado en 'Barrios Altos *vs*. Perú' y 'Almonacid Arellano *vs*. Chile'»[468]. Además, enfatiza que la efectividad de las sentencias de la Corte IDH también se basa en la voluntad de cooperación de los jueces nacionales, de tal manera que la jurisprudencia emanada de la Corte IDH, constituye para los jueces de los Estados

---

[463] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, «El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 19, enero-junio de 2013, p. 231.
[464] *Ibidem*. Artículo 68 CADH: «1. Los Estados parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado».
[465] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *op. cit*., «El control...»..., p. 231 y 232.
[466] *Ibidem*.
[467] *Ibidem*.
[468] *Ibidem*.

parte «...argumento de autoridad para apoyar las decisiones jurisdiccionales nacionales»[469].

En este contexto, NOGUEIRA ALCALÁ, afirma: «...el control de convencionalidad interno se concreta en una comunicación interjurisdiccional entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales, (...) interacción que es vertical dada la posición en la cúspide de la Corte Interamericana respecto a los jueces nacionales, en función a la aplicación de los derechos»[470] y continúa apuntando que: «...la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la resolución de casos concretos que involucran la violación de los Derechos humanos, ha permitido que los Estados realicen un saneamiento de su ordenamiento jurídico, expulsando normas inconvencionales con la finalidad de garantizar los Derechos humanos»[471].

Al hilo de lo anterior, NOGUEIRA ALCALÁ enuncia que el *corpus iuris interamericano* y los métodos de interpretación de los Derechos humanos fijan las bases del diálogo, en el que el juez interno tiene múltiples opciones para concretar el diálogo con la Corte IDH, a través de las sentencias nacionales que resuelven litigios, las mismas que podrán o no llegar al Sistema Interamericano de Derechos humanos[472]. En esta misma línea, subraya que en el diálogo interjurisdiccional entre el juez nacional o juez constitucional del Estado parte y el juez perteneciente a la Corte IDH, el juez de sede nacional puede optar por distintas interpretaciones, por lo que en este sentido indica: *i*) extensiva, *ii*) innovadora, *iii*) correctiva, *iv*) receptiva, *v*) neutralizadora, y *vi*) discordante[473]. En efecto, NOGUEIRA ALCALÁ reafirma que la sentencia emitida por la Corte IDH «vincula al tribunal nacional en forma obligatoria»[474].

Concluye, NOGUEIRA ALCALÁ, puntualizando que finaliza el diálogo interjurisdiccional entre los tribunales nacionales y la Corte IDH, en primer término, cuando se ha producido en la misma materia desacuerdo de interpretación y aplicación de la norma convencional, de forma que la Corte IDH resuelve dicho desacuerdo emitiendo una sentencia vinculante

[469] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *op. cit*., «El control...»..., p. 233.
[470] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *op. cit*., «El control...»..., p. 246 y 247.
[471] *Ibidem*.
[472] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *op. cit*., «El control...»..., p. 248.
[473] *Ibidem*.
[474] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *op. cit*., «El control...»..., p. 258.

y obligatoria para el Estado parte en cuestión[475]. En segundo término, cuando el Estado parte a través de su constituyente, o legislador, modifica la norma jurídica interna y la adecúa al estándar del *corpus iuris interamericano* y jurisprudencia de la Corte IDH, o también por medio de la derogación de la norma jurídica observada[476].

Para finalizar el presente epígrafe, afirmaremos que la Corte IDH dispone que la doctrina del «control de convencionalidad» tiene fundamento en el principio de buena fe, que opera en el Derecho internacional. Por cuanto, los Estados deben cumplir las obligaciones asumidas sin poder invocar su Derecho interno como excusa[477]. De manera que si los Estados asumen obligaciones internacionales, se espera el cumplimiento de la obligación internacional contraída. En tal sentido, las obligaciones internacionales vinculan a todos los órganos y actores del Estado, sin consideración de jerarquía, o alguna función, pues cada órgano es responsable de efectivizar las obligaciones internacionales, con especial atención el Poder Judicial[478]. Tal como se ha expresado en líneas anteriores, la interacción entre los tribunales estatales y la Corte IDH se manifiesta verticalmente, generando un diálogo interjurisdiccional entre ambos niveles jurisdiccionales para la protección de los Derechos humanos y depuración de normas inconvencionales del ordenamiento jurídico constitucional.

3. El nivel internacional general como marco en el que se integra el Sistema Internacional regional americano

La Carta de Naciones Unidas ha posicionado a los Derechos humanos como un elemento fundamental en la esfera de las obligaciones internacionales, máxime que este instrumento internacional ha empleado por vez primera la terminología «Derechos humanos»[479].

En el marco de los propósitos de esta Organización se encuentra incluir la cooperación en la «promoción y alentar el respeto por los Derechos humanos»[480]. Así, subrayamos el

---

[475] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *op. cit*., «El control...»..., p. 259.
[476] *Ibidem*.
[477] Remitimos a la obra: AA.VV., *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, STEINER, Christian y URIBE, Patricia (edit.), Konrad-Adenauer-Stiftung, La Paz, 2014.
[478] STEINER, Christian y URIBE, Patricia, «Introducción general», en AA.VV., *op. cit*., *Convención Americana*..., p. 16.
[479] STEINER, Christian y URIBE, Patricia, *op. cit*., «Introducción general»..., p. 5.
[480] Véase artículo 1 de la Carta de Organización de Naciones Unidas. Asimismo un estudio relevante sobre el fenómeno del terrorismo y Naciones Unidas se localiza en la obra de: HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M., *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2008.

artículo 55 de mayor relevancia, pues establece que la Organización debe promover: «c) el respeto universal por, y la observancia de, los Derechos humanos y las libertades para todos sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma o religión», así como el artículo 56 que establece: «Todos los miembros se comprometen a emprender acciones de forma conjunta o separada en cooperación con la Organización para el logro de los propósitos establecidos en el artículo 55»[481].

Tras la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en 1966, se adoptaron dos Pactos con carácter vinculante sobre derechos específicos, a saber el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PDESC). Más adelante se llevó a cabo un desarrollo mucho más especializado sobre protección de Derechos humanos, pues se concluyeron tratados internacionales en temas particulares[482].

Es en este sentido, que Naciones Unidas ha desarrollado un sistema institucional para otorgar efectividad y cumplimiento a los tratados internacionales. Este sistema tiene tres componentes: *i*) establece estándares internacionales para la protección de la persona humana, *ii*) promueve la conclusión de tratados internacionales, así como declaraciones no obligatorias, acuerdos y documentos, y *iii*) establece relatores especiales y expertos, grupos de trabajo, comités y órganos de tratados[483].

Al hilo de lo mencionado, dentro de estos mecanismos de supervisión creados por la Organización se encuentran los órganos basados en la Carta de Naciones Unidas como: *i*) Examen Periódico Universal y *ii*) Consejo de Derechos Humanos. Este último es un foro facultado para prevenir violaciones de Derechos humanos y promover acciones en el marco de sus competencias[484]. Asimismo, existen órganos creados en virtud de tratados

---

[481] STEINER, Christian y URIBE, Patricia, *op. cit.*, «Introducción general»..., p. 5.
[482] *Ibidem.* En este contexto internacional los instrumentos sobre Derechos humanos son éstos: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).
Fuente: Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ¿Qué son los derechos humanos?. Disponible en página web: https://www2.ohchr.org/spanish/index.htm. (Fecha de consulta: 5-1-2019).
[483] STEINER, Christian y URIBE, Patricia, *op. cit.*, «Introducción general»..., p. 6.
[484] *Ibidem.*

internacionales sobre Derechos humanos, compuestos por expertos independientes, cuya labor es supervisar que los Estados parte en los tratados cumplan con sus obligaciones internacionales[485]. A continuación abordaremos el análisis de la Carta Internacional de los Derechos Humanos, los mecanismos convencionales y el Estatuto de Roma.

3.1. La Carta Internacional de los Derechos Humanos

Debe precisarse que la Carta Internacional de los Derechos Humanos se integra por: *i*) Declaración Universal de los Derechos Humanos, *ii*) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, más sus dos protocolos facultativos, y *iii*) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[486].

La Declaración Universal de los Derechos Humanos definida como «el ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse», ha sido adoptada por la Asamblea General, el 10 de diciembre de 1948[487]. En su contenido, treinta artículos enumeran los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales básicos reconocidos a todos los seres humanos del mundo. De esta forma, remarcamos que las disposiciones de la Declaración Universal se consideran, a pesar de haber sido sancionadas mediante una Resolución de la Asamblea General de ONU, como normas de Derecho consuetudinario internacional por su amplia aceptación y por servir de modelo para medir la conducta de los Estados[488].

Los Pactos Internacionales, tras la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos, principal órgano intergubernamental en la materia en el marco de Naciones Unidas, ha convertido estos principios en instrumentos internacionales, con plena virtualidad jurídica, previstos para proteger determinados derechos. De manera que la Asamblea General ha redactado dos Pactos Internacionales

---

[485] *Ibidem.*
[486] Fuente: Organización de las Naciones Unidas, La ONU y los derechos humanos, La Carta Internacional de Derechos Humanos. Disponible en página web: http://www.un.org/es/rights/overview/charter-hr.shtml. (Fecha de consulta: 4-1-2019).
[487] *Ibidem.*
[488] *Ibidem.* En cuanto al valor jurídico-positivo de la DUDH, a la fecha, resulta una cuestión pendiente. En este sentido, la DUDH no posee las garantías propias de un tratado internacional, no obstante subrayamos las palabras de TRUYOL Y SERRA, que acertadamente sentencia: «...es inadmisible incluso afirmar que la Declaración no carece de valor jurídico-positivo estrictamente hablando. Porque en cierto modo viene a constituir un desarrollo o una interpretación, y como tal cabe considerarla, de lo estipulado en los artículos 55 y 56 de la Carta...». Véase en TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 42.

correspondientes a dos tipos de derechos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos: *i*) Derechos civiles y políticos y *ii*) Derechos económicos, sociales y culturales[489].

De este modo, los Estados miembros debatieron diversas disposiciones durante décadas para tratar de ratificar explícitamente ciertos aspectos de la universalidad de los Derechos humanos, que no se mencionaban de forma implícita en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resalta aquí el derecho de los pueblos a la libre autodeterminación, así como la mención de algunos grupos vulnerables como los indígenas y las minorías[490]. Ante esta situación se llegó a un consenso en 1966, y la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el mismo año el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[491].

En cuanto al contenido, los preámbulos de dichos Pactos son casi similares. Considerando que los dos preámbulos proclaman que los Derechos humanos provienen de la dignidad inherente a los seres humanos. Así mismo, el primer artículo de cada Pacto Internacional informa que todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación y que, según este derecho, tienen libertad para elegir su estatus político y lograr su desarrollo económico, social y cultural[492].

Asimismo, tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, advertimos que el artículo 2 reafirma expresamente el principio de no discriminación, que deviene de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Pero además el artículo 3 cuyo tenor regula que los Estados deben garantizar la igualdad de derechos de hombres y mujeres a gozar de todos los Derechos fundamentales[493]. Por su parte, el artículo 5 de ambos Pactos Internacionales recoge la disposición final de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que consagra las garantías que impiden cualquier restricción de las libertades y Derechos fundamentales[494].

---

[489] Fuente: Organización de las Naciones Unidas, La ONU y los derechos humanos, La Carta Internacional de Derechos Humanos. Disponible en página web: http://www.un.org/es/rights/overview/charter-hr.shtml. (Fecha de consulta: 4-1-2019).
[490] *Ibidem.*
[491] *Ibidem.*
[492] *Ibidem.*
[493] *Ibidem.*
[494] *Ibidem.*

Aclaramos que ambos Pactos Internacionales entraron en vigencia en 1976. Por último, reafirmamos que la Carta Internacional de los Derechos Humanos se integra por: *i*) Declaración Universal de los Derechos Humanos, *ii*) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, más sus dos protocolos facultativos, *iii*) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966[495], y también podemos agregar *iv*) normas específicas que regulan mecanismos de control y supervisión internacional de los Derechos humanos.

3.2. Los mecanismos convencionales

Observemos los mecanismos que otorgan obligatoriedad, respeto y cumplimiento a los Derechos humanos. En el ámbito de Naciones Unidas el sistema no funcionaría sino se hubiera establecido un procedimiento que permita su oponibilidad frente a la política de los Estados. El sistema tiene por objetivo garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales referidas a Derechos humanos por parte de los Estados. De manera que la función de control que tiene Naciones Unidas se ejercita por medio de los mecanismos convencionales y extraconvencionales.

Los mecanismos convencionales se destinan para aquellos Estados que se han adherido a un tratado internacional específico. En tal sentido, se reconoce expresamente en el tratado el procedimiento a seguir, y el órgano encargado de su observancia y cumplimiento. Por su parte, los mecanismos extraconvencionales se encuentran expresados en los poderes generales de la Carta de Naciones Unidas, básicamente por medio de tres procedimientos: *i*) procedimientos especiales, *ii*) procedimientos de denuncia, y *iii*) el examen periódico universal, aunque los mismos no tienen carácter jurisdiccional, sino más bien se concretan en técnicas políticas para la protección de los Derechos humanos[496].

En este contexto, los mecanismos convencionales de protección de Derechos humanos, tienen su base constitutiva en los tratados internacionales sobre Derechos humanos[497]. De este modo, los tratados de Naciones Unidas regulan un órgano de vigilancia, denominado

---

[495] TRAVIESO, Juan Antonio, *Derechos Humanos: fuentes e instrumentos internacionales*, Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 90 y ss.
[496] JIMÉNEZ RUIZ, Juan Luis, *op. cit., El orden...*, p. 296 y 297.
[497] VILLÁN, Carlos, *La protección internacional de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, 4-29 de julio de 2011, Estrasburgo, p. 17.

«Órgano de Tratado o Comité», cuya finalidad es supervisar el cumplimiento de las cláusulas contenidas en el tratado por parte del Estado que ha ratificado, o se ha adherido a tal instrumento internacional[498].

En el seno de Naciones Unidas se reconocen nueve tratados internacionales de carácter principal en materia de Derechos humanos, cuya aplicación es vigilada por su respectivo Comité[499]. A continuación especificamos los nueve binomios Comité-tratado de Naciones Unidas:

1) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Comité de Derechos Humanos.
2) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
3) Convención Internacional para la Eliminación de todas formas de Discriminación Racial: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.
4) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes: Comité contra la Tortura.
5) Convención sobre los Derechos del Niño: Comité de los Derechos del Niño.
6) Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares: Comité para la protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.
7) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
8) Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer: Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.
9) Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: Comité contra las Desapariciones Forzadas[500].

Los Comités tienen competencia reconocida para viabilizar los mecanismos de protección internacional de los derechos consagrados en su respectivo tratado, de modo que éstos

---

[498] *Ibidem.*
[499] Fuente: Fundación Acción pro Derechos Humanos, Derechos Humanos - Herramientas para la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, Órganos de los Tratados (Comités para la ONU) para la protección de los Derechos Humanos. Disponible en página web: https://www.derechoshumanos.net/ONU/ComitesONU.htm. (Fecha de consulta: 4-1-2019).
[500] *Ibidem.*

son[501]: a) mecanismos de carácter no contencioso: informes periódicos, investigaciones de oficio a Estados en situación de violaciones masivas y sistemáticas; y b) mecanismos de carácter contencioso: quejas individuales y quejas interestatales[502].

No obstante, conviene aclarar que no todos los tratados internacionales sobre Derechos humanos enmarcados en Naciones Unidas tienen un Comité de vigilancia, ni todos los Comités tienen las mismas competencias en relación a los mecanismos de protección internacional de los Derechos humanos, sino más bien, este último aspecto depende de la regulación otorgada en su respectivo tratado[503].

Concluimos este epígrafe subrayando que Naciones Unidas supone, hasta la fecha, la mayor organización internacional del mundo, cuya misión primordial es mantener la paz y la estabilidad mundial y también proteger los derechos en el mismo ámbito. Ello después de ocurridas las dos Guerras Mundiales que infligieron gran sufrimiento a la humanidad. Desde este prisma, ONU proclama y promueve la protección de los Derechos humanos y de la dignidad. En tal contexto, los Estados, agentes públicos y las personas tienen la obligación de respeto y protección de los Derechos fundamentales y también de la dignidad humana. Recordemos que la dignidad implica que ningún ser humano puede ser instrumento de otro, ni tampoco del poder público.

3.3. El Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional

Iniciaremos el presente apartado pormenorizando que la Corte Penal Internacional (CPI) es el fruto de un largo proceso de negociación entre los Estados puesto que ancla sus antecedentes en los Acuerdos de Londres para la creación de un Tribunal Militar en Núremberg, el 8 de agosto de 1945. En este contexto, resulta que una vez constituida Naciones Unidas se comenzó a debatir sobre la necesidad de crear un órgano supletorio de la misma índole. Evidentemente, la Convención para la Sanción y Prevención del Crimen de Genocidio, en 1948, ya contemplaba en su artículo VI que las personas acusadas de genocidio serían juzgadas por el Estado donde el acto fue cometido, o por un tribunal penal internacional[504].

---

[501] *Ibidem.*
[502] *Ibidem*.
[503] *Ibidem*.
[504] CORTE PENAL INTERNACIONAL, Textos Fundamentales, Ministerio de la Presidencia, Viceministerio de Justicia, Plural Editores, La Paz, 2005, p. 17 y 18.

En este contexto, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, recibió el encargo de formular una propuesta en este sentido. La Comisión presentó una Resolución que más adelante fue conocida como los *Principios de Núremberg*, en 1950. En mérito a este documento se inició la redacción del Proyecto de Estatuto y del Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad[505]. Así, BROTÓNS, reafirma que se encomendó posteriormente a la CPI el desarrollo del Derecho internacional en el marco de «...una codificación general de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad o de un código penal internacional, de los principios reconocidos en el Estatuto y en la sentencia del Tribunal de *Núremberg*...»[506].

La Guerra Fría truncó el debate de la materia, hasta 1989. En este año, el Estado caribeño de Trinidad y Tobago realizó una llamada a la Asamblea General de Naciones Unidas para reiniciar el debate en torno a la creación de una corte internacional con competencia para conocer delitos de narcotráfico y terrorismo, entre otros crímenes. No obstante, ninguno de estos tipos penales se incluyeron en la versión final del Estatuto de Roma[507]. En tal sentido, IBÁÑEZ GUZMÁN afirma: «Existe el interés en la comunidad internacional de buscar salidas globales a algunos de estos problemas que hacen pensar en una orientación de política criminal también global, existiendo una gran propensión al pensamiento de la globalización del Derecho penal»[508].

El impulso final para el establecimiento de la CPI fue la creación de un Tribunal *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Ruanda, en 1993 y 1994, respectivamente. Así, Naciones Unidas organizó reuniones preparatorias con la finalidad de convocar una Conferencia tendente a la creación del nuevo tribunal[509], en esta oportunidad de carácter permanente. Dicha Conferencia de Plenipotenciarios se llevó a cabo en la ciudad de Roma entre junio y julio de 1998, con la participación de representantes de Estados, organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil. La CPI, con sede en la Haya, fue creada por el Estatuto de Roma, adoptado el 17 de julio de 1998, y entró en vigor el 1 de julio de 2001.

---

[505] *Ibidem.*
[506] BROTÓNS REMIRO, Antonio, *El caso Pinochet: los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 51.
[507] *Ibidem*.
[508] IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto, *El Sistema Penal en el Estatuto de Roma*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 129.
[509] *Ibidem.*

Su composición según el tenor del artículo 34 de su Estatuto, se estructura en: Presidencia, Secciones Judiciales, Fiscalía y Secretaría[510].

La competencia material de la CPI se regula en el artículo 5 de su Estatuto, que ordena: «se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto», también dispone que la CPI tiene capacidad para juzgar a sujetos por la comisión de los denominados «crímenes de guerra», «crímenes de genocidio», «crímenes de lesa humanidad», y «crímenes de agresión». En cuanto a la competencia subjetiva debe señalarse que la Corte puede juzgar a cualquier persona, que tenga mayoría de edad, sin ninguna forma de exclusión por motivos de situación personal jurídica, social o política. En relación a sus facultades, éstas no son retroactivas, pues sólo puede conocer de hechos sucedidos desde la entrada en vigor de su Estatuto, es decir desde 2001. En términos procesales, la forma que el proceso adopta es la del sistema acusatorio según apostilla GÓMEZ COLOMER: «...el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, (...) que por su calidad democrática se inserta, cómo no, en un sistema acusatorio, basa su proceso penal en el principio acusatorio»[511].

La CPI debe activar su jurisdicción para entrar a conocer un asunto, en consecuencia, dicha activación puede efectuarse a instancia de uno o varios Estados, del Consejo de Seguridad de ONU, o también de su Fiscal. El proceso sustanciado ante la CPI finaliza con la emisión de una sentencia condenatoria o exculpatoria, la misma que es recurrible ante la Sala de Apelaciones de la CPI.

Dicho lo anterior es posible afirmar que existe una relación de complementariedad entre la CPI y los tribunales internacionales de Derechos humanos, si partimos de la premisa de que la CPI complementa el sistema de protección internacional de Derechos humanos, en tanto que permite la protección integral de la persona humana contra toda forma de impunidad. Consideremos que hasta el momento de la creación de la CPI, los tribunales internacionales en materia de Derechos humanos sólo tenían facultades para investigar, juzgar y sancionar a los Estados como entes responsables de violaciones de los Derechos humanos, quedando completamente pendiente en el ámbito interno, el cumplimiento de

[510] *La Corte..., op. cit.*, p. 19.
[511] GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El Tribunal Penal Internacional: Investigación y Acusación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 953.

la obligación del Estado de investigar y sancionar a los individuos responsables de los hechos que causaron las violaciones de los Derechos humanos[512].

Indicamos por último que los crímenes sobre los cuales tiene competencia la CPI también incluyen los crímenes graves contra los Derechos humanos y crímenes graves contra el Derecho internacional humanitario, aplicable en conflictos armados internacionales o internos. Ello resulta un paso importante en la lucha contra la impunidad y una forma de prevenir y evitar futuras violaciones a los Derechos humanos[513]. Aunque hacemos constar que hasta la fecha no todos los Estados han ratificado el Estatuto de la CPI. Citamos como ejemplo los casos paradigmáticos de los países de Estados Unidos, Rusia, China, Israel, por nombrar sólo algunos entre los más llamativos.

4. EL NIVEL INTERNACIONAL REGIONAL AMERICANO COMO MARCO DE INTEGRACIÓN DE BOLIVIA A TRAVÉS DEL SISTEMA SUBREGIONAL LATINOAMERICANO

Las Organizaciones Internacionales, en tanto asociaciones de Estados dotadas de órganos que persiguen intereses comunes, son sujetos diferentes de los Estados miembros que las componen[514] y cuentan con personalidad jurídica propia, como así estableciera la CIJ en su Dictamen sobre la Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1948 (C.I.J., Rec. 1949: 178). Específicamente sus órganos generan derechos y obligaciones de acuerdo con las «reglas de la organización», en particular los instrumentos constitutivos, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con éstos y su práctica establecida[515].

---

[512] *La Corte..., op. cit.*, p. 206. VALLEJO PEÑA sostiene que si bien existe un consenso general internacional por impedir la impunidad de los crímenes internacionales, no obstante este consenso se desvanece, debido a diferentes factores antagónicos que se presentan en el contexto internacional, provocando una involución del principio de jurisdicción universal. Situación a la que se suma la impunidad de las graves violaciones de los Derechos humanos. Consúltese especialmente: VALLEJO PEÑA, Carmen, *El Estado de la Jurisdicción Universal en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno Español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
[513] *Corte Penal..., op. cit.*, p. 20. En el mismo sentido, subrayamos que «todos los países de la región andina han ratificado el Estatuto de Roma, salvo Chile que debe afrontar un proceso de reforma constitucional para adherirse al Tratado. Así la fecha de ratificación del Estatuto por parte de Bolivia es el siguiente: fecha de firma el 17 de julio de 1998 y fecha de ratificación el 27 de junio del 2002 (...). En febrero de 2003, la Asamblea de Estados parte eligió a los magistrados de la CPI, basándose en sus conocimientos en Derecho penal, Derechos humanos y Derecho internacional humanitario. De los 18 jueces fueron elegidos por América Latina: Elizabeth Odio Benito de Costa Rica, Sylvia H. de Figueiredo Steiner de Brasil y René Blattman de Bolivia». *Corte Penal..., op. cit.*, p. 23.
[514] BIDART CAMPOS, Germán y ALBANESE, Susana, *Derecho Internacional Derechos Humanos y Derecho Comunitario*, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 13.
[515] *Ibidem*.

La evolución de Organizaciones Internacionales a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial ha propiciado la configuración de distintos sistemas. En este contexto se han consolidado paulatinamente las Organizaciones Internacionales de carácter universal como ONU, o también regional como la UE, Consejo de Europa, Unión Africana, o la Organización de Estados Americanos. Cuya importancia radica en que materializan la protección internacional de los Derechos humanos en el ámbito universal como regional.

ONU asumió la obligación de promover el respeto de los Derechos humanos y de las libertades fundamentales[516] exigiendo a todos sus Estados miembros la cooperación en el cumplimiento de esta obligación. Desde que nació ONU hasta la actualidad se han fraguado numerosos convenios de orden internacional, así como la articulación de un sistema institucional que garantiza su respeto. Por lo que de modo similar han surgido las disposiciones de la carta constitutiva de OEA, Consejo de Europa, y Organización de la Unidad Africana, en tanto que son organismos regionales que observan la Carta de Naciones Unidas.

La Organización de Estados Americanos (OEA) es un organismo internacional que tiene como misión la defensa y promoción de los Derechos humanos, así como la defensa de la seguridad y de la paz de todos los países americanos. En tal ámbito se sitúa el Sistema Interamericano de Derechos humanos. A continuación se desarrollará detalladamente el análisis de la OEA y el Sistema Interamericano junto con las líneas jurisprudenciales más relevantes emitidas por la Corte IDH.

4.1. Organización de Estados Americanos

Tras consolidarse en 1945 la Organización de Estados Americanos (OEA) a nivel regional se proclamó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta

[516] Tal y como afirmamos, ONU desde su origen adquirió el compromiso de respeto y promoción de los Derechos humanos, materializándose en 1946 el primer paso para concretar las generalidades de la Carta, en esta materia, a través de la creación de la Comisión de Derechos Humanos. De ahí que, a la cabeza de la Comisión, hoy Consejo, está el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos humanos. Precisamos que en fecha 15 de marzo de 2006, la Asamblea General adoptó la Resolución A/RES/60/251 que sustituyó la Comisión de Derechos Humanos y estableció el Consejo de Derechos Humanos. En este sentido, BONET PÉREZ nos ofrece un estudio detallado de dicho cambio denominado «De la Comisión de Derechos Humanos al Consejo de Derechos Humanos: Entre la Ciudadanía y el Cambio» contenido en la obra: BLANC ALTEMIR, Antonio (ed.), *El proceso de reforma de las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 134 y ss.

Interamericana de Garantías Sociales y la Carta de la OEA. En el contexto apuntado se han dedicado esfuerzos en materia de protección y promoción de los Derechos humanos mediante un proceso evolutivo que ha permitido la adopción de diferentes instrumentos internacionales tendentes a consolidar el sistema regional de protección de los Derechos humanos[517].

Así la Primera Conferencia Internacional Americana celebrada en Washington en 1899 y 1890 aperturó una serie de reuniones en distintas capitales de la región americana con la finalidad de considerar problemas específicos. Estas reuniones se llevaron a cabo en la ciudad de México (1901), Rio de Janeiro (1906), Buenos Aires (1910), Santiago (1923), La Habana (1928), Montevideo (1933) y Lima (1938)[518]. Panorama en el que nació la Unión Panamericana[519] dotada de algunos órganos, que a través de una evolución gradual y progresiva dio lugar a la creación formal de la Organización, en 1948[520]. En la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, el 30 de abril de 1948[521], se

---

[517] Debemos pormenorizar que los documentos básicos de Derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos humanos son: DADH, CADH, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o «Protocolo de San Salvador», Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la Pena de Muerte, Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o «Convención de *Belém do Para*», Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Carta de la Organización de los Estados Americanos, Carta Democrática Interamericana, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, y Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Fuente: Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Documentos básicos de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Disponible en página web:
http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp. (Fecha de consulta: 5-1-2019).

[518] *Ibidem*.

[519] Sobre la Unión Panamericana conviene efectuar la siguiente puntualización: «La Unión Panamericana fue fundada el 14 de abril de 1890 como órgano de la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas, en virtud de la resolución aprobada por la Primera Conferencia Internacional Americana (Washington, 1889-1890). Este órgano, denominado originalmente 'Oficina Comercial de las Repúblicas Americanas', tenía la función de promover la compilación de datos e informes referentes a la producción, comercio, leyes y reglamentos de aduana de los países (...). Quedó dispuesto que la Unión Internacional continuara en vigor durante el término de diez años contados desde la fecha de su organización; y que, al fin de ese período -a menos que se hubiese manifestado ya, oficialmente, el deseo de terminar su existencia- volviera por diez años más, y así sucesivamente, por períodos de la misma extensión. Ningún miembro podría retirarse de la Unión sino al fin de dichos períodos. Los gastos de la Oficina habían de ser sufragados por los gobiernos, mediante la contribución de cuotas determinadas de forma proporcional a la población de cada país miembro». Fuente: Derecho Internacional Público, Unión Panamericana, Oficina Comercial de las Repúblicas Americanas, Oficina Internacional de las Repúblicas Americanas. Disponible en página web:
https://www.dipublico.org/101679/union-panamericana-oficina-comercial-de-las-republicas-americanas-oficina-internacional-de-las-republicas-americanas/. (Fecha de consulta: 10-7-18).

[520] PASTOR RIDRUEJO, José, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 795.

[521] En cuanto a la celebración de la Novena Conferencia Internacional Americana remarcamos: «La Novena Conferencia Internacional Americana, que reunió a 21 Estados en Bogotá, Colombia, en 1948, adoptó la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto

aprobó la Carta de la OEA. La misma que fue reformada por el Protocolo de Buenos Aires en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, que se celebró en dicha ciudad en 1967, y más adelante en 1985, mediante el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito durante el Decimocuarto Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General[522].

Los Estados Americanos reafirmaron en la Carta de la OEA, el principio de validez del Derecho internacional, como norma de conducta en sus relaciones recíprocas. El orden internacional se fundamenta en el respeto a la soberanía e independencia de los Estados y en el cumplimiento de las obligaciones internacionales[523]. Especialmente el principio *Pacta Sunt Servanda* debe regir las relaciones recíprocas entre los distintos Estados y la protección de los derechos de la persona humana sin ninguna distinción de raza, sexo, nacionalidad o credo[524].

---

de Bogotá) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En la misma Conferencia, se aprobó el Convenio Económico de Bogotá, que se propuso fomentar la cooperación económica entre los Estados americanos, pero que nunca entró en vigencia. De la misma manera que la Carta de la OEA, el Pacto de Bogotá obliga a las altas partes contratantes a resolver las controversias entre los Estados americanos por medios pacíficos y enumera una lista de procedimientos a seguir: buenos oficios y mediación, investigación y conciliación, y arbitraje. Si no se logra una solución mediante el procedimiento de conciliación establecido, las partes tienen derecho a recurrir a la Corte Internacional de Justicia (...). La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, sostuvo el compromiso de la región con la protección internacional de los Derechos humanos y sentó las bases para la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que fue aprobada en 1969 y entró en vigencia en 1978. La Carta de la Organización de los Estados Americanos fue el resultado de un largo proceso de negociación que comenzó en 1945. Originalmente se propusieron varios nombres para la nueva institución: Unión, Comunidad regional y Organización. Con la elección de esta última designación, se discutió sobre el uso de Estados, Naciones o Repúblicas. Así, no se optó por el término Repúblicas a fin de no excluir otras formas de gobierno que pudieran existir en la región, y se rechazó la opción Naciones por ser este término más cultural o sociológico que jurídico. Así, se gestó el nombre actual: Organización de los Estados Americanos. Así mismo, se estableció la nueva relación de la Organización con el sistema universal de las Naciones Unidas, que se había creado tres años antes. El artículo 1 de la Carta de la OEA establece que: Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo regional. De conformidad con las estipulaciones del Capítulo VIII (Acuerdos Regionales) de la Carta de las Naciones Unidas. Como tal, la OEA ha participado en actividades relacionadas con la paz y la seguridad de la región, especialmente en varios momentos de la historia de Haití, cuando las dos organizaciones emprendieron misiones conjuntas. La Carta de 1948 ha sido modificada mediante Protocolos de Reformas en cuatro oportunidades: Buenos Aires, en 1967; Cartagena de Indias, en 1985; así como, Washington, en 1992, y finalmente fue modificada en Managua, en 1993». Fuente: Organización de Estados Americanos, Nuestra Historia. Disponible en página web:
http://www.oas.org/es/acerca/nuestra_historia.asp. (Fecha de consulta: 5-8-18).

[522] Fuente: Organización de Estados Americanos, Tratados Multilaterales, Carta de la Organización de los Estados Americanos (A-41). Disponible en página web:
http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp. (Fecha de consulta: 30-4-2017).

[523] *Ibidem.*

[524] El tenor literal del artículo 1 de la Carta de OEA, dice: «Los Estados americanos consagran en esta Carta la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo

Los Estados miembros de la OEA son los Estados Americanos que han ratificado la Carta de la OEA[525]. Los miembros originarios son las veinte Repúblicas Iberoamericanas que forman parte del Sistema Interamericano, más Estados Unidos de América. Años después y de acuerdo con la previsión introducida por el Protocolo de Buenos Aires (1967) fueron admitidos los nuevos Estados independientes anglófonos del Caribe. En la actualidad el número de miembros alcanza a treinta y cuatro considerando la exclusión de Cuba en el año 1962[526]. España tiene la calidad de observador permanente[527].

La Asamblea General es el órgano supremo de la OEA. Cada Estado miembro tiene un representante y un voto. Las decisiones se asumen por el voto de la mayoría absoluta, salvo en casos determinados que requieran dos tercios. Se reúnen anualmente y también en sesiones extraordinarias. La Asamblea determina la línea política general de actuación de la OEA, la estructura y funciones de sus órganos y cualquier asunto concerniente a las relaciones pacíficas entre los Estados Americanos que la componen[528].

Las atribuciones de la Asamblea General se regulan en el artículo 54 de la Carta de la OEA, cuyo tenor dice: «a) Decidir la acción y la política generales de la Organización, determinar la estructura y funciones de sus órganos y considerar cualquier asunto relativo a la convivencia de los Estados americanos; b) Dictar disposiciones para la coordinación de las actividades de los órganos, organismos y entidades de la Organización entre sí, y de estas actividades con las de las otras instituciones del sistema interamericano; c) Robustecer y armonizar la cooperación con las Naciones Unidas y sus organismos especializados; d) Propiciar la colaboración, especialmente en los campos económico, social y cultural, con otras organizaciones internacionales que persigan propósitos análogos a los de la Organización de los Estados Americanos; e) Aprobar el programa-presupuesto de la Organización y fijar las cuotas de los Estados miembros; f) Considerar

---

regional. La Organización de los Estados Americanos no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confiere la presente Carta, ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados miembros».

[525] Artículo 4 de la Carta de OEA: «Son miembros de la Organización todos los Estados americanos que ratifiquen la presente Carta».

[526] Los Estados miembros de OEA son éstos: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

[527] PASTOR RIDRUEJO, José, *op. cit.*, *Curso de...*, p. 796.

[528] *Ibidem.*

los informes de la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y las observaciones y recomendaciones que, con respecto a los informes que deben presentar los demás órganos y entidades, le eleve el Consejo Permanente, de conformidad con lo establecido en el párrafo f) del artículo 91, así como los informes de cualquier órgano que la propia Asamblea General requiera; g) Adoptar las normas generales que deben regir el funcionamiento de la Secretaría General, y h) Aprobar su reglamento y, por dos tercios de los votos, su temario».

Concluimos este epígrafe subrayando que la Carta de la OEA propugna en su Preámbulo y en su artículo 3, el respeto a los Derechos fundamentales. De modo que referenciamos el cuarto párrafo de su Preámbulo que proclama: «Seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre».

4.1.1. *Documentos básicos del Sistema Interamericano de Derechos humanos*

En cuanto al proceso codificador que sustentó normativamente este sistema, enmarcado en la OEA, puede afirmarse que comenzó con la proclamación de la Carta de *Chapultepec* en 1948, más conocida como Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Según DERMIZAKY la misma precedió a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, suscrita en diciembre de ese mismo año en París, durante la Tercera Asamblea General de Naciones Unidas[529]. Se complementó con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominado Pacto de San José de Costa Rica, que fue aprobado en la Conferencia de Estados Americanos celebrada en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969[530].

En el marco de los instrumentos internacionales destinados a la protección internacional de los Derechos humanos cabe puntualizar, además de la aprobación de la Convención Americana, la proclamación de otros Acuerdos que complementan el cuadro jurídico, en la materia. Entre los instrumentos internacionales más importantes que aludimos están: la

[529] DERMIZAKY PEREDO, Pablo, «Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2004, p. 840 y 841.
[530] *Ibidem*.

Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (1987), la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas (1996), así como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1995).

En este contexto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los mecanismos convencionales de protección de los Derechos humanos de la OEA, revisten una importancia significativa para la promoción y protección de los Derechos humanos. Efectuada esta apreciación, a continuación se procederá con el desarrollo de cada unidad normativa precitada.

En cuanto a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre es necesario puntualizar que las disposiciones de la Carta de la OEA relativas a los Derechos humanos y las Resoluciones, presentan importantes antecedentes adoptados en previas reuniones y conferencias interamericanas. Es así que, en la Conferencia Interamericana celebrada por los Estados Americanos en la ciudad de México (1945) en ocasión de la proclamación de la adhesión de las Repúblicas Americanas a los principios consagrados en el Derecho internacional para la protección de los Derechos humanos, se encomendó al Comité Jurídico Interamericano redactar un anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre[531].

Elaborada la propuesta de Declaración Americana, se trasladó a conocimiento de los Estados Americanos con la finalidad de que formularan sus observaciones. El Comité Jurídico Interamericano, tomando en cuenta las distintas observaciones de los gobiernos, consolidó la versión definitiva del proyecto de Declaración. Posteriormente el documento fue sometido a consideración de la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá (1948), magna oportunidad en la que se promulgó solemnemente la «Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre»[532].

Continuando con esta tónica, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre principalmente tutela el alcance del derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona en su artículo I: «Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la

[531] MONROY CABRA, Marco Gerardo, «Aplicación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos», *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número Especial en Conmemoración al Cuadragésimo Aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Costa Rica, 1989, p. 131.
[532] *Ibidem*.

seguridad de su persona». Es la propia Declaración quien consagra los Derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales proclamando en los artículos del I al IX y del XVII al XXVII los Derechos civiles y políticos. Los artículos del XI al XVI se refieren a los Derechos económicos, sociales y culturales. El artículo XXVIII señala los límites al ejercicio de los derechos según este tenor: «Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático» y seguidamente estipula los Deberes civiles y políticos[533]. Además, se debe destacar que la Declaración no sólo recoge derechos, impone también obligaciones para proteger la continuidad de la Declaración ante el riesgo que representa la conducta de las personas, en atención a su artículo XXIX: «Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad».

Al hilo de lo anterior, debe indicarse que los Estados Americanos en el momento de la suscripción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no consideraron la idea de tener un Sistema Interamericano de Protección de los Derechos humanos con el establecimiento de organismos interamericanos, en tal sentido MONROY CABRA afirma: «...la Introducción de la Declaración dice que los derechos que consagra, unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, es un sistema general de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas»[534]. Si bien, en esta ocasión no se alcanzó a configurar mecanismos de protección de los Derechos humanos, por otra parte en la Resolución XXXI si se aludía concretamente al Estatuto para la creación y funcionamiento de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre[535].

Por último, subrayamos que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre regula el estándar mínimo de protección de los Derechos humanos. Por lo que representa el tótem interamericano de los Derechos humanos, situándose en la base moral jurídica que ha inspirado a posteriores convenios internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana contra la tortura. Por su parte, el núcleo duro de la Declaración Americana se compone por el derecho a la

[533] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *op. cit.*, «Aplicación de...»..., p. 132.
[534] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *op. cit.*, «Aplicación de...»..., p. 133.
[535] *Ibidem*.

vida, la libertad, la igualdad ante la ley, al proceso regular y la protección contra la detención arbitraria.

En relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) cabe señalar que tal como aconteció a nivel internacional, ésta Convención representa la culminación de un proceso en el continente americano que inició al término de la Segunda Guerra Mundial. En la reunión de los Estados Americanos, celebrada en la ciudad de México, se definió que una Declaración en materia de Derechos humanos tenía que redactarse para después adoptarla como convención internacional[536].

Así la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos humanos se llevó a cabo en San José de Costa Rica, en noviembre de 1969. En esta ocasión propicia, los delegados de los Estados miembros de la OEA redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigencia el 18 de julio de 1978[537].

La CADH consagra principios y valores, desarrollados en una serie de derechos civiles, políticos y en cierta medida económicos, sociales y culturales. En esta tónica, es oportuno precisar el primer párrafo de su Preámbulo, que proclama que la Convención tiene como propósito: «...consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre». Vinculado a ello, indicamos el tercer párrafo de éste Preámbulo que proclama que los principios contenidos en la Convención también se reconocen en otras Declaraciones internacionales, de modo que literalmente expresa que: «...estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional».

---

[536] STEINER, Christian y URIBE, Patricia, *op. cit.*, «Introducción general»..., p. 6.

[537] *Ibidem*. A la fecha, veintitrés naciones han ratificado o se han adherido a la CADH: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Uruguay. Fuente: Organización de los Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional, Tratados Multilaterales, Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), Estado de Firmas y Ratificaciones. Disponible en página web:
http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.
(Fecha de consulta: 5-1-2019).

Por tanto, la CADH establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades consagrados en ella, a tenor de su artículo 1.1: «Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». Asimismo, ordena el deber de adoptar las disposiciones de Derecho interno conforme a su artículo 2: «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

La CADH seguidamente define los derechos y libertades, especialmente los Derechos civiles y políticos[538]. En este sentido, enfatizamos que reconoce el derecho a la vida en atención a su artículo 3.1: «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente». En este orden, consagra la igualdad ante la ley conforme a su artículo 24: «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley». Pero la Convención no sólo recoge derechos, sino que también impone deberes, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 32.2: «Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática». Por tanto, el núcleo duro de la CADH se compone por el derecho a la vida, integridad personal, prohibición de esclavitud y servidumbre, libertad personal, garantías judiciales, legalidad e irretroactividad, igualdad ante la ley, protección judicial y cualquier otra forma de discriminación.

Debemos realizar una puntualización referida a los Derechos económicos, sociales y culturales, según el tenor literal del artículo 26, por cuanto a momento de la adopción de la Convención los Estados únicamente se comprometieron a: «adoptar providencias tanto

[538] STEINER, Christian y URIBE, Patricia, *op. cit*., «Introducción general»..., p. 7.

a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados»[539]. Lo que significa que la CADH sólo regula compromisos de los Estados parte en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, remitiéndose a las normas de la Carta de la OEA, y afirmando que éstos derechos se desarrollarán progresivamente en el marco de las posibilidades de cada Estado. En cuanto a esta posición asumida por la Convención, CANCADO TRINDADE, apostilla: «...se procura hoy remediar esta laguna o insuficiencia histórica mediante el actual Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales...»[540].

La CADH en su parte segunda dispone los medios de protección del sistema, que son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a tenor literal de su artículo 33: «Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte en esta Convención: a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte».

Por último, afirmamos que la CADH se configura como el más importante instrumento internacional para la promoción y protección de los Derechos humanos en el ámbito regional americano. Asimismo, se constituye en la piedra angular del cuadro jurídico de las instituciones democráticas, del régimen de libertad personal, de la justicia social, y principalmente, del respeto a la vida y de los Derechos fundamentales reconocidos a todo hombre, sin ninguna forma o especie de exclusión. En efecto, la Convención por su misma envergadura jurídica y convencional estatuye el estándar mínimo de protección de los Derechos humanos.

---

[539] *Ibidem.*

[540] CANÇADO TRINDADE, Antonio, «Reflexiones sobre las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948 con ocasión de su Cuadragésimo Aniversario», *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número Especial en Conmemoración al Cuadragésimo Aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Costa Rica, 1989, p. 126.

En cuanto a los mecanismos de protección de los Derechos humanos en la OEA, debemos diferenciar los mecanismos convencionales: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y los mecanismos extraconvencionales relativos a que la Comisión puede realizar tres tipos de actividades en vía extraconvencional: *i*) estudio de la situación de los Derechos humanos en países concretos, *ii*) estudio de comunicaciones individuales sobre violación de Derechos humanos, y *iii*) investigaciones *in loco*. En lo que respecta a los mecanismos convencionales, en que fijaremos nuestra atención, cabe señalar que no se efectuará un profundo estudio, por ser objeto de un desarrollo detallado en el siguiente apartado. Sólo adelantaremos una breve consideración general.

Con la finalidad de salvaguardar los Derechos fundamentales, la CADH establece dos órganos para conocer de los asuntos concernientes con el cumplimiento de la Convención, éstos son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En tal contexto, la Comisión se creó en 1959, y aperturó sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió a sus primeros miembros. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, inició sus funciones en circunstancia de que la Convención entró en vigencia, es decir en 1978. Ante el panorama descrito, los Estados parte en oportunidad del Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, eligieron a los primeros jueces que compondrían la Corte IDH, en fecha 22 de mayo de 1979[541].

4.1.2. *Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos humanos*

Procede apuntar la protección de los Derechos humanos otorgada por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos humanos. Como hemos mencionado anteriormente los dos órganos instituidos por la CADH, para la protección de los derechos y libertades, son exclusivamente dos, a saber: la Comisión IDH y la Corte IDH. No es menos cierto que los sistemas regionales de protección de los Derechos humanos tienen un carácter eminentemente subsidiario con relación a los sistemas nacionales, por tanto, sólo actúan como última *ratio* cuando los Estados no han otorgado una protección jurídica adecuada de los Derechos fundamentales de las personas[542].

---

[541] STEINER, Christian y URIBE, Patricia, *op. cit.*, «Introducción general»..., p. 7.
[542] *Ibidem*.

Este último aspecto en el Sistema Interamericano, es una premisa fundamental, pues tanto la Comisión IDH como la Corte IDH intervienen sólo cuando se han agotado todos los mecanismos internos que dispone un determinado país para hacer efectiva la protección de los Derechos humanos. En otros términos, sólo se puede acceder al plano regional cuando no exista remedio dentro de un Estado, en razón de que se intentaron las vías administrativas y judiciales posibles, o porque son inexistentes o insuficientes para otorgar tutela efectiva de los derechos[543].

Comenzaremos el análisis de la Comisión IDH con sede en Washington D. C., creada en el marco de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, en Santiago de Chile, en 1959[544]. En esta ocasión se adoptaron Resoluciones[545] referentes al desarrollo y fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos humanos, como ser la Resolución sobre «Derechos humanos». A este respecto, FIX-ZAMUDIO, señala que en este encuentro, los distintos ministros manifestaron los progresos alcanzados en cuanto a materia de Derechos humanos, después de transcurridos once años desde la proclamación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, pero también los mismos realizaron una serie de puntualizaciones sobre los avances en el seno de Naciones Unidas y en el Consejo de Europa de la reglamentación y ordenación específicamente de ésta materia en nivel regional americano[546].

---

[543] *Ibidem*.

[544] FIX-ZAMUDIO, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1998, p. 13 y ss.

[545] La doctrina interamericana señala que la resolución sobre Derechos humanos fue la más importante adoptada por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago, Chile, 1959) de este modo «...la resolución más importante, en este campo, emanada de la Quinta Reunión de Consulta, fue la referente a Derechos humanos. En ella, se declaró que dados los progresos alcanzados en materia de Derechos humanos después de once años de proclamada la Declaración Americana y los avances que paralelamente se experimentaron en el seno de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa en la reglamentación y ordenación de la materia se halla preparado el ambiente en el Hemisferio para que se celebre una convención y se consideró que era indispensable que tales derechos sean protegidos por un régimen jurídico a fin que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión. Con tal propósito, en la Parte I de la resolución se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de Convención sobre Derechos humanos y el proyecto o proyectos de Convención sobre la creación de una Corte Interamericana de Protección de los Derechos humanos y de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos. En la II Parte de la resolución mencionada, la Quinta Reunión de Consulta creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta parte dice textualmente: *Crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se compondrá de siete miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargada de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribuciones específicas que éste le señale*». Remitimos para profundización: ANUARIO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, Martinus Nijhoff Publishers, Cambridge, 1996, p. 15 y ss.

[546] FIX-ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, *México y*..., p. 15.

En tal contexto, fue el Consejo de la OEA, quien aprobó el Estatuto de la Comisión IDH, el 25 de mayo de 1960, y seleccionó a los primeros miembros de la referida Comisión, el 29 de junio de 1960. Con especial atención el artículo 2 de dicho Estatuto disponía que la Comisión IDH constituía una entidad autónoma de la OEA. Sin embargo, este Estatuto rigió sólo hasta 1965. Instalada la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Rio de Janeiro, se resolvió la modificación y ampliación de las funciones y facultades de la Comisión[547].

Tiempo después, la Comisión IDH fue elevada a jerarquía de órgano principal de la OEA, en virtud de la reforma de la Carta de la OEA (Protocolo de Buenos Aires, 1967), cuya entrada en vigor fue en 1970. Recordemos que la CADH reconoce expresamente este órgano nuclear del Sistema Interamericano. Asimismo la Carta de la OEA a tenor de su artículo 112, refrenda a nivel institucional la creación de la Comisión IDH, pues estatuye que su función fundamental es: «promover la observancia y la defensa de los Derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia».

En cuanto al marco jurídico de la Comisión, indicamos que el Estatuto de la Comisión IDH[548] fue aprobado en la Asamblea General de la OEA, en 1979, en plena concordancia con la Carta de la OEA. Por su parte, el Reglamento de la Comisión IDH fue aprobado por la misma Comisión, en su 137 período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009. Dicho Reglamento fue modificado en su 147 período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, cuya entrada en vigor fue el 1 de agosto de 2013[549].

Seguidamente el Estatuto de la Comisión IDH encomendó al Reglamento de la Comisión IDH la regulación de la tramitación de las peticiones o comunicaciones. Por otra parte, frente a las violaciones de los derechos consagrados en la CADH, el Reglamento debe

---

[547] En este tiempo, la Comisión fue facultada para ampliar sus funciones, al recibir peticiones individuales.
[548] El Estatuto de la Comisión IDH ostenta la siguiente estructura: I.- Naturaleza y Propósitos; II.- Composición y Estructura; III.- Sede y Reuniones; IV.- Funciones y Atribuciones; V.- Secretaría; VI.- Estatuto y Reglamento y VII.- Disposiciones Transitorias. Fuente: Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en página web:
http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/estatutoCIDH.asp. (Fecha de consulta: 5-5-2017).
[549] El Estatuto de la Comisión IDH fue aprobado mediante la Resolución 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, en octubre de 1979. Fuente: Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
Disponible en página web:
http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/estatutoCIDH.asp. (Fecha de consulta: 3-5-2017).

observar las normas contenidas en los artículos 45 a 51 de la CADH[550]. En relación a las denuncias contra los Estados que no forman parte de la CADH, el Reglamento debe atender de manera específica a las normas del anterior Estatuto y aplicar la Resolución 253 (1978) del Consejo Permanente de la OEA[551].

En el Título I, artículo 1 del Reglamento de la Comisión IDH se estipula las funciones de la Comisión IDH: «1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos que tiene las funciones principales de promover la observancia y la defensa de los Derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. 2. La Comisión representa a todos los Estados miembros que integran la Organización». En el Título II se estatuye los procedimientos a instancia de los Estados parte y Estados que no son parte de la CADH. Subrayamos que el Capítulo III de este Título, referido a «Peticiones referentes a Estados que no son parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos» dispone que la Comisión IDH materializa tres modalidades de actividades: *i*) investigaciones *in loco*, *ii*) publicación de informes generales y especiales, y *iii*) celebración de las audiencias. Luego en el Título III regula las relaciones que existe entre la Comisión IDH y la Corte IDH, por lo que cabe puntualizar que el Capítulo II de este Título, establece los procedimientos legales a seguir ante la situación de que la Comisión IDH defina trasladar casos ante la Corte IDH (artículo 61 CADH). Finalmente, en el Título IV dispone un conjunto de disposiciones finales que regulan en definitiva la interpretación del Reglamento y de sus reformas.

En relación a la composición de la Comisión IDH es necesario precisar que la Comisión IDH está conformada por siete miembros[552] de diferentes nacionalidades, que deben ser

---

[550] Para seguir profundizando sobre este punto remitimos a la obra: ANUARIO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos-La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 1985, p. 23 y ss.

[551] *Ibidem*. Artículo 51 del Reglamento de la Comisión IDH: «La Comisión recibirá y examinará la petición que contenga una denuncia sobre presuntas violaciones de los Derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre con relación a los Estados miembros de la Organización que no sean parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos», así como el artículo 52 del antedicho Reglamento: «El procedimiento aplicable a las peticiones referentes a Estados miembros de la OEA que no son partes en la Convención Americana será el establecido en las disposiciones generales contenidas en el Capítulo I del Título II, en los artículos 28 al 44 y 47 al 49 de este Reglamento».

[551] Véase los siguientes Capítulos del Reglamento de la Comisión IDH: Capítulo IV. Observaciones *in loco* (artículos 53 a 57), Capítulo V. Informe Anual y otros Informes de la Comisión (artículos 58 a 60) y Capítulo VI. Audiencias ante la Comisión (artículos 61 a 70).

[552] Para conocer la nómina de los actuales miembros de la Comisión IDH visítese la página web: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/composicion.asp. (Fecha de consulta: 10-7-18).

personas de alta autoridad moral, así como reconocido prestigio en materia de Derechos humanos[553]. Éstos miembros son elegidos por un período de cuatro años, pudiendo ser reelegidos por una sola vez[554]. En este marco, resulta que los Estados pueden nominar candidatos a nacionales de cualquier Estado miembro de la OEA[555]. Tales miembros de la Comisión IDH son elegidos a título personal por la Asamblea General de la OEA en consideración de una nómina de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros[556].

En lo referente a las funciones de la Comisión IDH especificamos que el artículo 41 de la CADH ordena que la Comisión tiene la función principal de promover la observancia y defensa de los Derechos humanos, por lo tanto, en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones: «a) Estimular conciencia de Derechos humanos en pueblos de América; b) Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los Derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; c) Preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; d) Solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de Derechos humanos; e) Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la OEA, le formulen los Estados

[553] Artículo 34 CADH: «La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de siete miembros, que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de Derechos humanos». Precepto concordante con el artículo 2.1 del Estatuto de la Comisión IDH: «La Comisión se compone de siete miembros, quienes deben ser personas de alta autoridad moral y de reconocida versación en materia de Derechos humanos».

[554] Artículo 37.1 CADH: «Los miembros de la Comisión serán elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez, pero el mandato de tres de los miembros designados en la primera elección expirará al cabo de dos años. Inmediatamente después de dicha elección se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres miembros». Disposición concordante con el artículo 6 del Estatuto de la Comisión IDH: «Los miembros de la Comisión serán elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez. Los mandatos se contarán a partir del 1º de enero del año siguiente al de la elección».

[555] Artículo 36.2 CADH: «Cada uno de dichos gobiernos puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los proponga o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente». Precepto concordante con el artículo 3.2 del Estatuto de la Comisión IDH: «Cada gobierno puede proponer hasta tres candidatos, ya sea nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente».

[556] Artículo 36.1 CADH: «Los Miembros de la Comisión serán elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros».

miembros en cuestiones relacionadas con los Derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten; f) Actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y g) Rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos». Sobre las funciones de la Comisión IDH respecto a los Estados miembros que no son parte de la CADH, éstas aparecen recogidas en el artículo 20 del Estatuto de la Comisión IDH[557].

En este cuadro, también podemos identificar las siguientes potestades de la Comisión: *i*) recibir e investigar peticiones individuales sobre violaciones a los Derechos humanos[558], *ii*) informes especiales[559], *iii*) visitas *in loco*, *iv*) visitas, *v*) recomendación de medidas a Estados, *vi*) medidas cautelares, y *vii*) presentación de casos a la Corte IDH. Es oportuno puntualizar que la Comisión IDH ostenta una actuación muy importante en el Sistema Interamericano, pues en ocasión de emitir su informe aperturará dos alternativas: *i*) que el caso se traslade a la Corte IDH, evidenciando el incumplimiento por parte del Estado de las recomendaciones emitidas por la Comisión IDH, o *ii*) no trasladar el caso a la Corte IDH, y consecuentemente, que el Estado asuma las recomendaciones fraguadas por la Comisión IDH.

Indicamos que la función visitas *in loco* de la Comisión IDH, se fundamenta en el artículo 18, apartado g) de su Estatuto: «Respecto a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, la Comisión tiene las siguientes atribuciones: (...) g. practicar observaciones *in loco* en un Estado, con anuencia o a invitación del gobierno respectivo». Pero además esta función de la Comisión se encuentra reglamentada por los artículos 53 al 57 del Reglamento de la Comisión. Así el artículo 53 prevé: «Designación de Comisión

---

[557] El tenor literal del artículo 20 del Estatuto de la Comisión IDH, dice: «En relación con los Estados miembros de la Organización que no son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes: a. prestar particular atención a la tarea de la observancia de los Derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; b. examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los Derechos humanos fundamentales; c. verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución prescrita en el inciso b. anterior, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro no parte en la Convención fueron debidamente aplicados y agotados».

[558] Según preceptúan los artículos 44 a 51 de la CADH, artículos 19 y 20 del Estatuto de la Comisión IDH y artículos 23 a 52 del Reglamento de la Comisión IDH.

[559] Conforme a lo estipulado en el artículo 60 del Reglamento de la Comisión IDH.

Especial»: «Las observaciones *in loco* se practicarán, en cada caso, por una Comisión Especial designada a ese efecto. La determinación del número de miembros de la Comisión Especial y la designación de su Presidente corresponderán a la Comisión. En casos de extrema urgencia, tales decisiones podrán ser adoptadas por el Presidente, *ad referéndum* de la Comisión» y por su parte el artículo 56 afirma «Facilidades y garantías necesarias»: «El Estado que invite a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a una observación *in loco*, u otorgue su anuencia a dicho efecto, concederá a la Comisión Especial todas las facilidades necesarias para llevar a cabo su misión y, en particular, se comprometerá a no tomar represalias de ningún orden en contra de las personas o entidades que hayan cooperado con ella mediante informaciones o testimonios», función que también se reconoce a todos los Estados miembros de la OEA, sea que formen parte o no de la CADH.

En referencia a la publicación de informes generales y especiales es pertinente señalar que dicha facultad de la Comisión IDH se reconoce a tenor del artículo 41 apartados b) y d) de la CADH: «b) Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los Derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; d) Solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de Derechos humanos». En el mismo sentido, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 18 apartados b), c) y d) del Estatuto de la Comisión IDH: «b) Formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los Derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, sus preceptos constitucionales y sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos; c) Preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; d) Solicitar que los gobiernos de los Estados le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de Derechos humanos». Además, es importante subrayar que los informes emitidos por la Comisión constituyen un medio adicional de protección de los derechos.

Al hilo de lo anterior, señalamos que la Comisión IDH también emite informes generales relativos a la situación general de los Derechos humanos en los Estados Americanos[560]. Éstos informes se centran específicamente en los Estados que ameritan especial atención en cuanto a materia de Derechos humanos se refiere[561]. De tal manera, que cada año la Comisión IDH presenta un informe a consideración y valoración de la Asamblea General de la OEA[562].

Siguiendo esta línea, también la Comisión IDH emite informes especiales, que pueden derivarse de una observación *in loco*, o no tener relación con ella. Tales informes no son incluidos en el informe anual de la OEA, sino que tienen por objeto temas concretos de un país. En este orden de ideas, indicamos que la diferencia que presentan los informes especiales respecto a los informes generales, radica en que los últimos se publican de forma independiente y regularmente son informes más completos y detallados que los que se incluyen en el informe anual, para mayor análisis nos remitimos a la disposición contenida en el artículo 60 del Reglamento de la Comisión IDH[563].

---

[560] Fuente: Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informes de País. Disponible en página web: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pais.asp. (Fecha de consulta: 6-5-2017). Artículo 60 del Reglamento de la Comisión IDH: «La elaboración de un informe general o especial sobre la situación de los Derechos humanos en un Estado determinado se ajustará a las siguientes normas: a. una vez que el proyecto de informe haya sido aprobado por la Comisión se transmitirá al Gobierno del Estado en cuestión, para que formule las observaciones que juzgue pertinentes; b. la Comisión indicará a dicho Estado el plazo dentro del cual debe presentar las observaciones; c. recibidas las observaciones del Estado, la Comisión las estudiará y a la luz de ellas podrá mantener o modificar su informe y decidir acerca de las modalidades de su publicación; d. si al vencimiento del plazo fijado el Estado no ha presentado observación alguna, la Comisión publicará el informe del modo que juzgue apropiado; e. luego de aprobada su publicación, la Comisión los transmitirá por intermedio de la Secretaría General a los Estados miembros y a la Asamblea General de la OEA».

[561] Ejemplo paradigmático de ello constituyen los países de Nicaragua, Guatemala, Venezuela, México, Honduras, República Dominicana, Colombia, Jamaica, Bolivia y Haití.

[562] Fuente: Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informes Anuales. Disponible en página web: https://www.oas.org/es/cidh/informes/anuales.asp. (Fecha de consulta: 6-5-2017). Artículo 58 del Reglamento de la Comisión IDH: «La Comisión rendirá un informe anual a la Asamblea General de la OEA. Además, la Comisión preparará los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones, y los publicará del modo que juzgue oportuno. Una vez aprobada su publicación, la Comisión los transmitirá por intermedio de la Secretaría General a los Estados miembros de la OEA y sus órganos pertinentes», así como el artículo 59 del precitado Reglamento: «1. El Informe Anual de la Comisión a la Asamblea General de la Organización tendrá dos volúmenes».

[563] Fuente: Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informes de País. Disponible en página web: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pais.asp. (Fecha de consulta: 6-5-2017). Artículo 60 del Reglamento de la Comisión IDH: «La elaboración de un informe general o especial sobre la situación de los derechos humanos en un Estado determinado se ajustará a las siguientes normas: a. una vez que el proyecto de informe haya sido aprobado por la Comisión se transmitirá al Gobierno del Estado en cuestión, para que formule las observaciones que juzgue pertinentes; b. la Comisión indicará a dicho Estado el plazo dentro del cual debe presentar las observaciones; c. recibidas las observaciones del Estado, la Comisión las estudiará y a la luz de ellas podrá mantener o modificar su informe y decidir acerca de las modalidades de su publicación; d. si al vencimiento del plazo fijado el

Asimismo, enunciamos que la Comisión IDH emite informes temáticos que incluyen en su informe anual. Tales informes abordan el tratamiento jurídico de los siguientes temas: *i*) Derechos económicos, sociales y culturales, *ii*) derechos de la mujer, *iii*) derechos de los trabajadores migratorios, *iv*) asilo y su conexión con crímenes internacionales, *v*) derechos de las personas con discapacidad mental, *vi*) derechos de los niños en conflictos armados, y *vii*) la compatibilidad de las leyes de desacato con la CADH[564].

En cuanto a las relatorías dentro de la Comisión IDH determinamos que a partir del año 1990, la Comisión IDH comenzó a crear relatorías temáticas con la finalidad de otorgar atención a grupos, comunidades y pueblos que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de los Derechos humanos por situaciones de vulnerabilidad y discriminación histórica. Para la Comisión IDH la finalidad de crear una relatoría temática consiste en: fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia Comisión en esta materia. Es así que, el Reglamento dispone que las relatorías «podrán funcionar ya sea como relatorías temáticas, a cargo de un miembro de la Comisión, o como relatorías especiales, a cargo de otras personas designadas por la Comisión». Las relatoras y relatores temáticos son designados por la Comisión IDH durante el primer período de sesiones del año, aunque el Reglamento dispone que estas designaciones pueden ser revisadas y modificadas «en cualquier momento que resulte necesario». Así, ordena los parámetros por los cuales la Comisión IDH designa a las personas a cargo de las relatorías especiales, y estatuye para tales un período de mandato de tres años, con renovación por un período más[565].

En relación a la función consultiva de la Comisión IDH puntualizamos que su fundamento se encuentra establecido en el artículo 18, apartado e) del Estatuto de la Comisión IDH, que expresamente ordena: «atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización, le formule cualquier Estado miembro sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos en ese Estado y, dentro de sus posibilidades, prestar el asesoramiento que le soliciten».

Estado no ha presentado observación alguna, la Comisión publicará el informe del modo que juzgue apropiado; e. luego de aprobada su publicación, la Comisión los transmitirá por intermedio de la Secretaría General a los Estados miembros y a la Asamblea General de la OEA».

[564] Fuente: Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informes Temáticos. Disponible en página web: https://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp. (Fecha de consulta: 6-5-2017).

[565] Fuente: Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Sobre la Comisión IDH, Relatorías y Unidades Temáticas. Disponible en página web: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp. (Fecha de consulta: 8-5-2017).

En este cuadro, enfatizamos que la Comisión IDH puede solicitar a la Corte IDH, medidas cautelares o provisionales, en situaciones graves y urgentes, conforme a lo estipulado en el artículo 25 de su Reglamento: «1.Con fundamento en los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18.b del Estatuto de la Comisión y XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares. Tales medidas, ya sea que guarden o no conexidad con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano».

Respecto al procedimiento de las peticiones y otras comunicaciones sustanciado ante la Comisión IDH (artículos 44 al 51 de la CADH)[566] precisamos que la legitimación activa para presentar las peticiones ante la Comisión IDH, se reconoce a: *i*) cualquier persona, *ii*) entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA, y *iii*) Estados parte que reconozcan la competencia de la Comisión IDH para recibir y examinar las comunicaciones en las que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones a los derechos consagrados en la CADH (artículos 44 y 45 CADH)[567].

Para que la Comisión IDH admita una petición o comunicación, el accionante deberá observar el artículo 46 de la CADH, que pormenoriza: 1) que se hayan agotado los recursos internos, conforme a los principios del Derecho internacional generalmente reconocidos, 2) que sea presentada dentro del plazo de seis meses siguientes a la notificación de la decisión definitiva al presunto lesionado. No obstante, los requerimientos 1) y 2) no se aplicarán cuando: *i*) no exista el debido proceso en el Derecho interno para proteger los derechos violados, *ii*) que el lesionado no haya podido acceder a la jurisdicción interna o haya sido impedido de agotarlos, y *iii*) retardación injustificada en la decisión de los recursos. Asimismo 3) que no esté pendiente otro procedimiento de

[566] AYALA CORAO, Carlos, *op. cit.*, «El derecho...»..., p. 78.
[567] *Ibidem.*

arreglo internacional de la petición o comunicación, y 4) que en las peticiones de particulares se cumplan requisitos formales[568].

Ahora bien, una vez que la Comisión IDH admita la petición o comunicación presentada procederá: *i*) la solicitud de un informe de Estado indicando como autor y responsable de la violación, *ii*) subsistencia de los motivos de la violación alegada, *iii*) examen e investigación del asunto, así como *iv*) solicitud a los Estados interesados de cualquier información[569].

En caso de no alcanzar una solución amistosa, la Comisión IDH elabora un informe formulando proposiciones y recomendaciones. Dicho informe se traslada a los Estados que son interesados. Finalmente, si en el plazo de tres meses a partir de la remisión del informe a los Estados interesados, el asunto no ha sido solucionado, la Comisión IDH o el Estado interesado, pueden someterlo a decisión de la Corte IDH. Caso contrario la Comisión IDH puede emitir su opinión y conclusiones sobre la cuestión planteada, con recomendaciones. En un plazo establecido a tal efecto, el Estado debe tomar las medidas necesarias para remediar la situación de violación a los Derechos humanos[570].

La Corte, es el órgano jurisdiccional garante del Sistema Interamericano compuesto por siete jueces, elegidos a propuesta de los Estados aunque independientes a ellos. En casos en los que se afecte a un Estado, la CADH reconoce la posibilidad de nombrar jueces *ad hoc* y su mantenimiento corre a cargo de la OEA, pretendiendo asegurar su independencia de los Estados miembros.

El establecimiento de la Corte registra antecedentes a principios de siglo[571]. No será hasta la Novena Conferencia Internacional Americana cuando en el ámbito interamericano se adoptó la Resolución XXXI también denominada «Corte Interamericana para proteger los derechos del Hombre». Resolución que consideró expresamente que: «La protección de esos derechos debe ser garantizado por un órgano jurídico, como quiera que no hay un derecho propiamente asegurado sin el amparo de un Tribunal competente, toda vez que tratándose de derechos internacionalmente reconocidos la protección para que sea eficaz

---

[568] AYALA CORAO, Carlos, *op. cit.*, «El derecho...»..., p. 79.
[569] *Ibidem.*
[570] *Ibidem.*
[571] GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, «La Jurisdicción Interamericana sobre derechos humanos: actualidad y perspectivas», *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 54, México, 1998, p. 126.

debe emanar de un órgano internacional, encomendando al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de Estatuto para creación de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre»[572]. Contexto en el que la Corte IDH fue instalada el 3 de septiembre de 1979, heredera en gran parte de la labor desarrollada por la Comisión IDH[573].

La Corte IDH, cuya organización y procedimientos se encuentran previstos en la CADH, posee un Estatuto aprobado el mismo año de su creación y un Reglamento expedido por ella misma[574]. Es oportuno precisar que si bien la Corte IDH tuvo un correcto manejo en el despacho de los asuntos a su cargo, implementando nuevas fórmulas reglamentarias, en las revisiones de los casos sometidos a su conocimiento, no obstante tal y como indica GARCÍA RAMÍREZ «...su competencia contenciosa aún no es completa»[575].

En tal sentido, el artículo 1 del Estatuto de la Corte IDH define la autonomía judicial de éste órgano: «La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana

---

[572] Para profundizar esta materia remitimos a: CONFERENCIAS INTERNACIONALES AMERICANAS, SEGUNDO SUPLEMENTO 1945-1954: recopilación de los tratados, convenciones, declaraciones, resoluciones, recomendaciones y mociones adoptados por la Conferencia Interamericana sobre problemas de la guerra y de la paz; la Conferencia Interamericana para el mantenimiento de la paz y la seguridad del continente; la Novena Conferencia Internacional Americana; la Cuarta Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores y Décima Conferencia Interamericana, Departamento Jurídico, Unión Panamericana, Washington D.C., 1956, p. 210.

[573] En relación a la creación de la Corte IDH, subrayamos las siguientes notas: «Con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano, la Convención instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los Derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros. Sin embargo, el Tribunal no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor la Convención. El 22 de mayo de 1979 los Estados parte en la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas que en su capacidad personal, serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C. La Asamblea General de la OEA, el 1 de julio de 1978, recomendó aprobar el ofrecimiento formal del Gobierno de Costa Rica para que la sede de la Corte se estableciera en ese país. Esta decisión fue ratificada después por los Estados parte en la Convención durante el Sexto Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, celebrado en noviembre de 1978. La ceremonia de instalación de la Corte se realizó en San José el 3 de septiembre de 1979». Fuente: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en página web:
http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh. (Fecha de consulta: 8-5-2017).

[574] En lo concerniente a la aprobación del Estatuto y Reglamento de la Corte IDH, remarcamos que durante el Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA fue aprobado el Estatuto de la Corte IDH. Asimismo la Corte IDH aprobó su Reglamento en agosto de 1980, el mismo incluye las normas de procedimiento. Pero además, durante el LXXXV Período Ordinario de Sesiones, entró en vigor un nuevo Reglamento de la Corte IDH, en noviembre de 2009, aplicable a todos los casos que se tramitan ante la Corte IDH. *Ibidem*.

[575] GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.*, «La Jurisdicción...»..., p. 127.

sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto». Seguidamente el artículo 2 del Estatuto de la Corte IDH regula las funciones de la Corte: «La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención. 2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención». En efecto, según la CADH y el Estatuto de la Corte IDH, la Corte ejerce dos tipos de funciones: *i*) la contenciosa, cuyo alcance no puede exceder de los Estados parte en la Convención y *ii*) la consultiva, a la cual pueden acudir también los Estados miembros de la OEA que no forman parte de la CADH y los órganos enumerados en el artículo X de la Carta[576].

La competencia contenciosa de la Corte IDH se abre para conocer y resolver casos en los cuales se alega que uno de los Estados parte ha violado la CADH. Así la Corte determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por violación de los derechos consagrados en la Convención. Mientras que la competencia consultiva se constituye en la facultad que tienen los Estados de consultar a la Corte IDH sobre la interpretación de la Convención, o de otros tratados en materia de protección de los Derechos humanos. La Corte IDH aplica los instrumentos internacionales del área americana, ejemplo de ello es la Convención *Belem do Para*[577], cuya plasmación ha ocurrido en el caso «Castro Castro» pues forma parte de las respuestas positivas al asunto de su propia naturaleza jurídica[578], aunque no obsta que la Corte también utilice los tratados internacionales ajenos al Sistema Interamericano. Según sostiene el ex presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, la Corte IDH tiene el firme compromiso de aplicar el principio *pro homine* o *pro persona*

---

[576] NIKKEN, Pedro, «El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos», *Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1993, p. 105.

[577] En cuanto a los alcances de ésta Convención, subrayamos lo siguiente: «La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de *Belém do Pará* (sitio de su adopción en 1994), define la violencia contra las mujeres, establece el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y destaca a la violencia como una violación de los Derechos humanos y de las libertades fundamentales. Propone por primera vez el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres como fundamentales para luchar contra el fenómeno de violencia contra su integridad física, sexual y psicológica, tanto en ámbito público como en privado y su reivindicación dentro de la sociedad». Fuente: Organización de los Estados Americanos, Convención de *Belém do Pará* Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Mecanismo de Seguimiento de la Convención de *Belém do Pará*, Convención de *Belém do Pará*. Disponible en página web: http://www.oas.org/es/mesecvi/convencion.asp. (Fecha de consulta: 11-7-18).

[578] GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Reseña de «Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y Jurisprudencia», *Cuestiones Constitucionales*, núm. 22, Universidad Nacional Autónoma de México, enero-junio de 2010, p. 501 a 511.

en la resolución de los casos sometidos a su conocimiento. Lo que significa un importante avance en la región para la promoción y protección de los Derechos humanos.

Dicho lo anterior corresponde precisar que la competencia contenciosa de la Corte IDH se encuentra reconocida en el artículo 62 de la CADH, cuyo tenor literal dice: «1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte»[579].

En este contexto, cabe señalar que son cuatro los criterios aplicados por la Corte IDH para determinar su competencia: *i*) *ratione personae*, *ii*) *ratione materiae*, *iii*) *ratione temporis* y *iv*) *ratione loci*. A continuación efectuaremos una sucinta descripción de los criterios mencionados, no porque su fundamentación justifique la elaboración de este estudio, sino porque su reconocimiento perfecciona el sistema analizado. Ello es así en la medida en que la Corte IDH se constituye en el órgano judicial autónomo de la OEA que conoce de las violaciones a los Derechos humanos a nivel regional.

La competencia *ratione personae*, o competencia por razón de la persona, comprende la legitimación activa y la legitimación pasiva en el marco de la CADH. En relación a la legitimación activa, a diferencia de la Comisión IDH que sí recibe aquellas peticiones de individuos, grupos de personas y organismos no gubernamentales, la Corte IDH sólo conoce de aquellos casos remitidos por la Comisión IDH o por los Estados parte de la CADH[580]. Esto último significa que cualquier persona puede presentar un caso ante la

[579] A la fecha, los Estados que reconocen expresamente la competencia contenciosa de la Corte IDH son: Costa Rica, Perú, Venezuela, Honduras, Ecuador, Argentina, Uruguay, Colombia, Guatemala, Suriname, Panamá, Chile, Nicaragua, Paraguay, Bolivia, El Salvador, Haití, Brasil, México, República Dominicana y Barbados. Consecuentemente, para tales países las sentencias de la Corte Interamericana son vinculantes.

[580] Artículo 61.1 CADH: «Sólo los Estados parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte». En el caso concreto Viviana Gallardo, quedó pendiente la cuestión de cuál debería ser la opinión de la Comisión en cuanto a la legitimación, cuando un Estado parte es el que presenta el caso «contra sí mismo» tal como materializó Costa Rica. Al respecto, véase la primera decisión de la Corte IDH en el caso «Viviana Gallardo y otros *vs*. Costa Rica», opinión recurrente del juez Piza Escalante, Resolución de 15 de julio de 1981, párr. 4.1: «Que, por tratarse de un caso presentado ante esta Corte por un Estado

Comisión IDH (artículo 44 de la CADH), más sólo la Comisión IDH y los Estados parte tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte IDH (artículo 61 de la CADH).

En cuanto a la legitimación pasiva, es necesario que el Estado no sólo ratifique la CADH, sino que además acepte por declaración especial, la competencia contenciosa de la Corte IDH. El reconocimiento de la jurisdicción contenciosa es optativo, pues puede efectuarse en el momento de la ratificación o adhesión de la CADH, o de forma posterior[581].

Con relación a la competencia *ratione materiae,* o competencia por razón de materia, la Corte IDH tiene competencia para conocer cualquier caso referido a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH, siempre que los Estados parte reconozcan dicha competencia, por declaración especial, o por convención especial (artículo 62.3 de la CADH). Si bien la competencia contenciosa se limita a la CADH, este hecho no impide que algunas disposiciones de la CADH se reenvíen a otras fuentes, de manera que la Corte pueda tener un ámbito más amplio de actuación judicial. Así sucede cuando la CADH sólo puede ser objeto de reservas de conformidad con las disposiciones de la Convención

---

parte de la Convención que ha reconocido la competencia de la misma, expresando además que renuncia a los presupuestos de agotamiento previo de los recursos de su jurisdicción interna y de los procedimientos previos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos previstos en los artículos 48 a 50 de la misma Convención, y por ser inminente la sesión de la Corte en pleno convocada a partir del 16 de julio en curso, dicha gestión debe ser considerada por la Corte en pleno para determinar, en primer lugar, su admisibilidad y la competencia de la propia Corte para recibirla y conocerla (artículos 25 y 44.2 del Reglamento)».

[581] En cuanto al reconocimiento de la competencia de la Corte IDH por parte de Bolivia indicamos que: «El 27 de julio de 1993, presentó en la Secretaría General de la OEA, el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con el artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con la siguiente declaración: 'I. El Gobierno Constitucional de la República, de conformidad con el artículo 59, inciso 12, de la Constitución Política del Estado, mediante ley 1430 de 11 de febrero, dispuso la aprobación y ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 'Pacto de San José de Costa Rica', suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con los artículos 45 y 62 de la Convención. II. En uso de la facultad que le confiere el inciso 2, del artículo 96 de la Constitución Política del Estado, se expide el presente instrumento de Ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 'Pacto de San José de Costa Rica', así como el reconocimiento como obligatoria de pleno derecho, incondicionalmente y por plazo indefinido de la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme al artículo 62 de la Convención'. El Gobierno de Bolivia mediante nota OEA/MI/262/93, del 22 de julio de 1993, presentó declaración interpretativa al momento de depositar el instrumento de reconocimiento a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: 'Los preceptos de incondicionalidad y plazo indefinido se aplicarán en estricta observancia de la Constitución Política del Estado boliviano especialmente de los principios de reciprocidad, irretroactividad y autonomía judicial'». Fuente: Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, B-32: Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica», Bolivia: Reconocimiento de Competencia. Disponible en página web:
https://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos3.htm. (Fecha de consulta: 11-5-2017).

de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969 (artículo 75 de la CADH).

La competencia *rationae temporis* determina el momento a partir del cual la Corte tiene competencia para conocer casos individuales de violación a los Derechos humanos en relación a un Estado concreto y con respecto a aquel. FAÚNDES LEDESMA considera que bajo esta competencia recae la obligación de someter la demanda ante la Corte IDH dentro del plazo de tres meses computables a partir de la notificación con el informe por parte de la Comisión IDH al Estado (artículo 50 de la CADH)[582]. Ésta competencia presenta discusiones técnicas[583] referidas principalmente a su alcance. Es en este aspecto, que la jurisprudencia de la Corte IDH analizó esta problemática por medio del establecimiento de dos premisas: *i*) irretroactividad de la CADH y *ii*) irretroactividad del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH por parte de un Estado[584].

La competencia *rationae loci* establece la jurisdicción donde se cometió la violación a los Derechos humanos. Aunque no existe una norma expresa al respecto, la Corte IDH debe determinar si la violación se cometió dentro de la jurisdicción del Estado demandado. En la actualidad la competencia por razón del lugar no ha sido invocada en ningún caso concreto ante la Corte IDH, más si considerada jurídicamente por la Corte en ocasión de la resolución del caso «Fairén Garbi y Solís Corrales *vs*. Honduras».

Por último, señalamos la función consultiva de la Corte IDH, que se instituye como un mecanismo de protección de los derechos[585]. En este aspecto, la competencia consultiva es complementaria de la competencia contenciosa de la Corte IDH y de la adopción de

---

[582] FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, «El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos», *Aspectos Institucionales y Procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1999, p. 304 a 307.

[583] Dichas discusiones técnicas se refieren al alcance de la competencia *rationae temporis* de la Corte IDH. Por ejemplo, el plazo que debe computar un Estado miembro para presentar una demanda a conocimiento de la Corte IDH.

[584] Artículo 28 de la Convención de Viena de 1969: «Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que había tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo».

[585] Para seguir profundizando sobre la función consultiva de la Corte IDH consúltese la obra de: PACHECO GÓMEZ, Máximo, *La Competencia Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponible en página web:
https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/5.pdf. (Fecha de consulta: 15-5-2017).

medidas cautelares[586]. Ésta competencia se encuentra consagrada en el artículo 64 de la CADH, cuyo tenor literal reza: «1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales»[587].

Los Estados del sistema y los órganos permanentes de la OEA enumerados en el Capítulo X de la Carta de la OEA (reformada por el protocolo de Buenos Aires, suscrito el 27 de febrero de 1967) tienen legitimación para solicitar una Opinión Consultiva. En el caso de la Comisión IDH, la misma tiene pleno derecho para solicitar Opiniones Consultivas a la Corte, máxime que es una función amplia y general dentro del Sistema Interamericano. En estos márgenes, la contribución de la Corte IDH, realizada en vía de la competencia consultiva, es muy importante en cuanto a la construcción del concepto *corpus iuris*. Así en la Opinión Consultiva OC-16/1999, de 1 de octubre de 1999, la Corte interpretó que su competencia puede extenderse a toda disposición relativa a la protección de los Derechos humanos, con independencia del tratado internacional que se trate, bilateral o multilateral, o un tratado ajeno al Sistema Interamericano de Derechos humanos[588].

SALVIOLI sostiene que la Corte IDH construyó un repertorio jurisprudencial en lo relativo a la competencia consultiva, desde sus primeros pronunciamientos en 1982, acudiendo a la interpretación *pro homine* en la resolución y emisión de las Opiniones Consultivas. Ésta actividad jurisprudencial consolidó la competencia consultiva de características únicas en el Derecho internacional contemporáneo[589]. En razón a ello, afirmamos que el

---

[586] SALVIOLI, Fabián Omar, «La Competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Marco legal y desarrollo jurisprudencial», *Homenaje y Reconocimiento a Antonio Cançado Trindade*, Tomo III, Sergio Fabris, Brasilia, 2004, p. 418.

[587] La Corte IDH al inicio del proceso de admisión de una Opinión Consultiva efectúa una relación sucinta de hechos y derecho de conformidad con el artículo 64 de la CADH y a tenor de los artículos 64, 65 y 66 del Reglamento de la Corte IDH. Asimismo toma en consideración el artículo 72.2 del Reglamento de la Corte IDH. En este sentido, véase la Opinión Consultiva OC-20/09, de 29 de septiembre de 2009.

[588] FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *op. cit.*, «El Sistema...»..., p. 111.

[589] SALVIOLI, Fabián Omar, *op. cit.*, «La Competencia...»..., p. 118.

ejercicio de la competencia consultiva tiene un carácter multilateral y no litigioso[590]. Al respecto, la Corte IDH sostiene que: «...no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica», de tal manera que la Corte IDH cumple una función de asesoramiento[591].

Al hilo de lo expuesto, resulta que las Opiniones Consultivas son fundamentales para la interpretación de la CADH. Según DORBECKER, no se puede realizar una interpretación correcta de la Convención sin la presencia de las Opiniones Consultivas de la Corte[592]. Por su parte, RODRÍGUEZ RESCIA afirma que aunque las Opiniones Consultivas de la Corte IDH no son ejecutivas por cuanto dicha característica sólo pertenece a las sentencias emitidas en vía contenciosa, no puede negarse absolutamente que tales carezcan de vinculación, principalmente cuando se trata de casos concretos en los cuales la Corte IDH establece la incompatibilidad de las leyes internas con la CADH[593].

---

[590] La primera Opinión Consultiva emitida por la Corte IDH fue en 1982, y la décimo séptima en 2002. A este respecto véase la Opinión Consultiva OC-15/97, de 14 de noviembre de 1997, párrs. 25 y 26: «25. La competencia consultiva de la Corte difiere de su competencia contenciosa en que no existen partes involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El único propósito de la función consultiva es la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos humanos en los Estados americanos. El hecho de que la competencia consultiva de la Corte pueda ser promovida por todos los Estados Miembros de la O.E.A. y órganos principales de ésta establece otra distinción entre las competencias consultiva y contenciosa de la Corte. 26. Consecuentemente la Corte advierte que el ejercicio de la función consultiva que le confiere la Convención Americana es de carácter multilateral y no litigioso, lo cual está fielmente reflejado en el Reglamento de la Corte, cuyo artículo 62.1 establece que una solicitud de Opinión Consultiva será notificada a todos los Estados Miembros, los cuales pueden presentar sus observaciones sobre la solicitud y participar en las audiencias públicas respecto de la misma. Además, aun cuando la Opinión Consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una Opinión Consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento».

[591] En el sentido indicado, véase concretamente la Opinión Consultiva OC-14/94, de 9 de diciembre de 1994, párr. 23: «La labor interpretativa que debe cumplir la Corte en ejercicio de su competencia consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre Derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los Derechos humanos. Como lo dijo la Corte en su primera Opinión, la función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los Derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en ese ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA. Es obvio que toda solicitud de Opinión Consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte...».

[592] RABAGO DORBECKER, Miguel, «El avance de los derechos humanos en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, p. 223 y 224.

[593] RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel, «La ejecución de las sentencias de la Corte», *El futuro del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos*, Cox, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1998, p. 485.

Finalmente es necesario mencionar que en el sistema regional de promoción y protección de Derechos humanos sólo los Estados parte y la Comisión IDH pueden someter un caso ante la Corte IDH. Las personas no pueden acudir directamente a la Corte IDH, por lo que deben primero presentar su petición ante la Comisión y completar los pasos previstos ante ésta. Aunque en los últimos años se ha propiciado el fenómeno de renovación para facilitar el acceso al Sistema Interamericano, de forma que la Corte IDH y la Comisión IDH puedan conocer casos planteados directamente por los particulares, no obstante esta modificación no se ha formalizado hasta la fecha.

4.2. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Es necesario comenzar señalando que la Corte IDH ejerce su jurisdicción internacional contenciosa, al conocer y decidir casos concretos de violación a los Derechos humanos, los cuales son sometidos a su conocimiento por la Comisión IDH, o también por los Estados[594]. Esta es la competencia jurisdiccional de la Corte en los casos contenciosos, cuando la Corte IDH dispone que ha existido violación a un derecho o libertad protegido en la CADH. Ante esta situación la Corte IDH tiene la facultad de disponer que se garantice el goce del derecho o libertad, y si ello fuera procedente, la reparación de las consecuencias de la medida que ha configurado la vulneración de los derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (artículo 63.1 de la CADH)[595].

El fallo de la Corte IDH será motivado de acuerdo con las disposiciones de la CADH. En caso de que el fallo no plasmare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, se apertura la posibilidad de que cualquiera de los jueces, con el derecho que le corresponde, agregue al fallo su opinión disidente o individual (artículo 66.1 de la CADH)[596]. A propósito de las palabras de AYALA CORAO en el sentido que venimos comentando: «...esta disposición ha dado lugar a la aparición de una serie de votos razonados concurrentes en los cuales los jueces han tenido oportunidad de expresar tanto motivos *ad decidendum* como de *obiter dictum* en relación con diversos fallos, algunos de los cuales son verdaderos trabajos de Derecho internacional»[597].

---

[594] AYALA CORAO, Carlos, «Las Modalidades de las Sentencias de la Corte Interamericana y su Ejecución», *Estudios Constitucionales*, núm. 1, Universidad de Talca, 2007, p. 129.
[595] *Ibidem*.
[596] *Ibidem*.
[597] *Ibidem*.

En cuanto a las sentencias de la Corte IDH, éstas son definitivas e inapelables. En caso de existir desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte IDH la interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días, computables a partir de la fecha de notificación con la sentencia (artículo 67 de la CADH)[598]. Así mismo, los fallos de la Corte IDH revisten carácter obligatorio, al disponer el compromiso de los Estados parte de cumplir la determinación de la Corte IDH en todo caso en que sean parte. En el mismo sentido, las sentencias de la Corte IDH deben ser notificadas a las partes del caso y transmitidas a todos los Estados parte de la Convención (artículo 68.1 de la CADH)[599].

Conviene precisar que los artículos 1.1 y 2 de la CADH refuerzan el carácter obligatorio de los fallos de la Corte IDH pues establecen obligaciones a los Estados parte en relación al cumplimiento de las normas de la Convención. Así el artículo 1.1 de la CADH, ordena: «Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» siguiendo este orden el artículo 2 de la CADH, dice: «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

Resulta de especial importancia el artículo 1 de la CADH por cuanto constituye la piedra fundamental sobre la que descansa el sistema de derechos y libertades de la Convención, y en gran medida, el Sistema Interamericano de protección de Derechos humanos. En ese marco, existe una obligación de los Estados parte de la CADH de respetar los derechos y libertades consagrados en dicho instrumento y garantizar su ejercicio a toda persona que se encuentre sujeta a su jurisdicción sin discriminación de ninguna índole[600]. En razón a ello, son los operadores jurídicos de sede nacional e internacional quienes deben dar plena

[598] AYALA CORAO, Carlos, *op. cit.*, «*Las Modalidades*...»..., p. 130.
[599] *Ibidem*.
[600] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María, «Artículo 1. Obligación de respetar los derechos», en AA.VV., *op. cit.*, *Convención Americana*..., p. 46 y 47.

efectividad a los derechos y libertades dispuestos en la CADH. Enfatizar que la sentencia sobre el fondo del Caso «Velásquez Rodríguez *vs*. Honduras» afirmó que el artículo 1 de la CADH es nuclear para determinar si una violación a los Derechos humanos puede imputarse a un Estado, por lo que dispuso dos obligaciones: *i*) obligación de garantizar los derechos y *ii*) obligación de respetar los derechos[601].

Pero también los artículos 1.1 y 2 de la CADH se encuentran asegurados por otras normas, como el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cuyo tenor literal reza: «1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado. 2. Una organización internacional parte en un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento del tratado. 3. Las normas enunciadas en los párrafos precedentes se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46».

Para finalizar se ha de resaltar la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH, aunque este es el punto que promueve la gran problemática de la ejecución de las disposiciones de las cortes internacionales, pues si bien los Estados se comprometen a su cumplimiento, por su parte reservan gran espacio de discrecionalidad, hecho que afecta la eficacia del sistema de protección regional americano materializado en la Corte IDH.

4.2.1. *Efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Como ya hemos precisado las sentencias de la Corte IDH son de obligatorio cumplimiento para los Estados parte en la CADH, así como para los órganos y operadores jurídicos internos, que deben otorgar efectividad a los derechos de la Convención. No obstante, no todos los tribunales de los Estados Americanos acatan las sentencias de la Corte IDH. Ejemplo paradigmático de ello, fue el caso «Fontevecchia y otros c/ República Argentina» donde los jueces de la Corte Suprema de Justicia de esa Nación formularon divergencias jurídicas referidas específicamente al grado de acatamiento de la sentencia interamericana en el ámbito de su soberanía nacional.

En este contexto, las sentencias emitidas por la Corte IDH son básicamente de cuatro tipos: *i*) sobre excepciones preliminares, *ii*) sobre el fondo, *iii*) sobre reparaciones, y *iv*)

[601] *Ibidem*.

sobre interpretación de sentencias[602]. Procede a continuación abordar los efectos sobre el fondo de la sentencia interamericana. Recordemos que las sentencias de la Corte IDH son definitivas e inapelables (artículo 67 de la CADH), así una vez dictadas éstas sentencias adquieren el carácter de cosa juzgada formal y material, y por tanto, sentencias ejecutorias a los fines de su obligatorio cumplimiento y ejecución por parte del Estado infractor y condenado (artículo 68.1 de la CADH)[603].

En relación a los efectos entre las partes, la cosa juzgada de las sentencias de la Corte IDH produce sus primeros efectos inmediatos y directos frente a las partes del proceso. Continuando con esta tónica, las partes del proceso sustanciado en vía contenciosa de la Corte IDH ante la violación de derechos de la CADH, son: *i*) el Estado demandado y condenado, *ii*) las víctimas, y *iii*) la Comisión IDH. Especialmente el Estado y las víctimas son los receptores directos de los efectos jurídicos de la sentencia de la Corte IDH[604].

En lo que se refiere a los efectos generales, igualmente las sentencias de la Corte IDH producen efectos indirectos para todos los Estados parte en la CADH y consecuentemente para las otras víctimas que no han sido parte del proceso. En otros términos, se alude a que la interpretación de los hechos, el valor de las pruebas, de los artículos de la CADH aplicados, los dispositivos de la sentencia y las medidas reparatorias tienen el efecto de cosa juzgada no sólo frente al caso concreto decidido, sino frente a futuros casos. Por su parte, los efectos generales de sus sentencias, también alcanzan a la disposición de la CADH que ordena que las sentencias dictadas por la Corte IDH serán notificadas no sólo a las partes del caso concreto, sino además serán transmitidas a todos los Estados parte en la Convención (artículo 69 de la CADH)[605].

En lo relativo a los efectos reparadores específicos, las sentencias de fondo y reparaciones de la Corte IDH para lograr la reparación de la víctima de forma integral, disponen en su parte dispositiva una serie de mandatos específicos que tienen por destinatarios a las víctimas y sus familiares. Éstas medidas específicas están referidas a: *i*) investigar y sancionar a los responsables de la violación a los derechos de la víctima, *ii*) el pago a la víctima y a sus familiares de una indemnización compensatoria, *iii*) dejar sin efecto una

---

[602] AYALA CORAO, Carlos, «La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Estudios Constitucionales*, núm. 1, Universidad de Talca, 2010, p. 127 y ss.
[603] *Ibidem*.
[604] *Ibidem*.
[605] *Ibidem*.

sentencia dictada en contra de la víctima, *iv*) brindar un tratamiento médico, o de otra índole, *v*) establecerla en libertad, *vi*) reponerla a un cargo que ocupaba, *vii*) perdón público a la víctima, entre otras de similar naturaleza[606].

En cuanto a los efectos reparadores generales, es necesario señalar que las sentencias de fondo y de reparaciones en ocasiones contienen efectos reparadores que trascienden el ámbito de la víctima y de sus familiares, en consecuencia, se direccionan sobre toda la sociedad. Los mandatos de naturaleza general los define la Corte IDH atendiendo a los deberes del Estado de prevención y no repetición. Los mandatos con efectos reparadores que ordena la Corte IDH, son: *i*) modificaciones de leyes internas, *ii*) modificaciones de Constitución, *iii*) revisión de planes de seguridad, *iv*) adoptar estándares internacionales en determinado sector y otros de similar naturaleza[607].

En lo referido a los medios de ejecución, la Corte IDH dispone en sus sentencias las modalidades de tiempo y medios conducentes al cumplimiento de sus sentencias. En este ámbito existen tres principios relativos a los medios de ejecución de los diversos tipos de sentencia y sus distintos mandatos[608] que de forma seguida veremos sucintamente.

Las sentencias declarativas consisten en la declaración de existencia o inexistencia de una descripción oficial respecto a una violación a los Derechos humanos y la determinación de esa infracción jurídica de conformidad con la CADH. Las sentencias declarativas no requieren de actos específicos de ejecución, pues la declaración judicial equivale a una forma de reparación, y por lo tanto, supone un acatamiento por parte del Estado[609].

Las sentencias constitutivas crean, modifican o extinguen una situación jurídica. La Corte IDH ha sido muy activa, a diferencia de otras cortes internacionales, en desarrollar en sus sentencias de fondo y reparaciones, mandatos a los Estados que garanticen a la víctima el goce del derecho o libertad conculcados. La Corte IDH dispone, asimismo si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización de la parte lesionada (artículo 63.1 de la CADH)[610].

---

[606] *Ibidem*.
[607] *Ibidem*.
[608] *Ibidem*.
[609] *Ibidem*.
[610] *Ibidem*.

La ejecución de condenas al pago de sumas de dinero, implica que la Corte IDH dispone la indemnización del daño material y moral causado a la víctima y a sus causahabientes. La CADH ordena que la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado (artículo 68.2 de la CADH)[611].

En el contexto jurídico descrito destacamos el caso «Trujillo Oroza *vs*. Bolivia». La Corte IDH dictó una sentencia, el 26 de noviembre de 2000, en la que declaró la responsabilidad internacional del Estado boliviano por la violación al derecho de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, garantías judiciales y protección judicial ante la desaparición forzada de José Carlos Trujillo Oroza, durante la dictadura militar[612] en Bolivia, ocurrida en los años 1971 a 1978. Pero también la Corte IDH prestó especial atención a la ausencia de una investigación sobre los hechos y el paradero de la víctima[613].

Se trataba de una sentencia de reparaciones, que ordenó al Estado: *i*) investigar los hechos, *ii*) identificar a los responsables de la violación y sancionarlos, y *iii*) adoptar las necesarias disposiciones de Derecho interno para asegurar el cumplimiento de dicha obligación. La Corte IDH, principalmente ordenó al Estado remover los obstáculos *de facto* y *de jure*,

---

[611] *Ibidem*.

[612] Precisamos que José Carlos Trujillo Oroza fue detenido, torturado y desaparecido el 2 de febrero de 1972 durante la dictadura de Banzer. En lo que respecta esta dictadura MAYMURA MILÁN describe: «La mayoría de los historiadores coinciden en que la llegada del General Banzer al poder, es el comienzo de la dictadura infernal en Bolivia. Se dieron todas las características para considerar que se trataba de una dictadura militar, que el General Banzer aunque lo hubiera querido, no pudo jamás ocultar los hechos malvados de su gobierno. La Constitución de 1967, no significaba nada para el dictador, porque nunca tomó en cuenta que debía respetar los Derechos fundamentales de las personas (...). Banzer parece haber sido el autor intelectual del crimen que terminó con la vida de uno de los políticos más destacados de la historia de este país. Creo que cuando Banzer recibió la noticia de la muerte de Marcelo Quiroga Santa Cruz, se sintió aliviado y desde ese día comenzó a creer que era un demócrata y su pasado había sido borrado; pero se equivocó, porque siempre será recordado como el dictador de los años 70, que le hizo mucho daño al pueblo boliviano. Muchas familias bolivianas quedaron marcadas por las injusticias que sufrieron durante la dictadura militar banzerista, pero se avecinaban más días de sangre y dolor para el pueblo boliviano, con la dictadura de García Meza». MAYMURA MILÁN, Marcos L., *op. cit*., *Presidentes de*..., p. 252.

[613] Respecto a la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH véase el caso paradigmático: Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Fallo que definitivamente constituye el precedente más importante, a la fecha, en cuanto a la aplicación del estándar más alto de protección de los Derechos humanos en marco del Derecho boliviano. Disponible en página web: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=340. (Fecha de consulta: 18-5-2017).

que mantenían en la impunidad a los responsables e impedían el inicio de investigaciones para identificar a los autores de la detención, desaparición y muerte de las víctimas.

En el ámbito nacional, los hechos se sustanciaron al hilo de un mismo proceso penal conjuntamente el caso «Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña *vs*. Bolivia». En esta fase la Corte Suprema de Justicia de Bolivia emitió una sentencia en mérito a dos recursos de casación interpuestos por los familiares de las víctimas, no obstante se pronunció únicamente sobre la posible prescripción de la acción penal en vista, pues habían transcurrido once años desde el inicio de la investigación de los hechos. Ante esta situación, la Corte Suprema consideró que las actuaciones de los imputados habían ocasionado demora en la decisión de los diversos recursos y solicitudes, declarando: «no ha lugar la extinción de la acción penal en el proceso seguido a los responsables de la desaparición forzada y muerte de Rainer Ibsen Cárdenas y desaparición forzada de José Luis Ibsen Peña y José Carlos Trujillo Peña» de forma seguida dispuso la prosecución del proceso penal hasta la emisión de la sentencia final.

Por último se hace necesario remarcar que dicho fallo de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia evidencia la remoción de obstáculos que podían operar en la posible prescripción de acciones para investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de violaciones graves a los Derechos humanos. Este precedente se constituye en un importante referente en el ámbito regional americano que materializa el cumplimiento cabal por parte del Estado boliviano de una sentencia de fondo reparadora emitida por la Corte IDH. Continuaremos con el análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH en el epígrafe siguiente observando dos premisas fundamentales, objeto del presente estudio: legalidad e irretroactividad.

4.2.2. *Elementos transversales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: los principios de legalidad e irretroactividad*

BIDART CAMPOS señala que tanto la CADH como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos asimilan la regla de oro del Derecho penal liberal traducido en el apotegma: *nullum crimen nulla poena sine lege*, no hay delito ni pena sin ley previa, que encarna en el Principio de legalidad penal.

Con base en ello, señalamos el artículo 9 «Principio de Legalidad y de Retroactividad» de la CADH, que ordena: «Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se

puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello» y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice: «1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional».

Pero también el artículo 9 de la CADH, va más allá, a través de la adición de una cláusula específica: «Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello» reconociendo de forma expresa el Principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable[614].

Como se advierte el artículo 9 de la CADH regula el Principio de legalidad penal o *nullum crimen, nullum poena sine lege.* En este sentido, el Principio de legalidad está compuesto por los siguientes elementos: *i*) irretroactividad (*nullum crimen, nullum poena sine lege*), *ii*) prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*), *iii*) Principio de máxima taxatividad legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), y *iv*) Principio de reserva de ley (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*)[615].

Al hilo de lo dicho, en el Sistema Interamericano de protección de Derechos humanos se ha otorgado especial importancia al principio *nullum crimen, nullum poena sine lege*. En razón a ello, la Corte IDH ha establecido que en un Estado de Derecho, los principios de legalidad y también irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, particularmente cuando estamos frente al ejercicio del poder punitivo del Estado[616]. Por

---

[614] ANTKOWIAK, Thomas, «Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad», en AA.VV., *op. cit*., *Convención Americana*..., p. 256.
[615] ANTKOWIAK, Thomas, *op. cit*., «Artículo 9...»..., p. 256.
[616] ANTKOWIAK, Thomas, *op. cit*., «Artículo 9...»..., p. 257. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 183: «En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo. El Tribunal ya ha tenido oportunidad de expedirse en cuanto a la aplicación del

lo tanto, el Principio de legalidad reconocido en casi todas las Constituciones de América elaboradas desde finales del siglo XVIII, es consustancial al desarrollo del Derecho en el mundo democrático[617].

Conviene precisar que el artículo 9 de la CADH tiene como objetivo primordial proteger al individuo frente al poder punitivo del Estado. A continuación procederemos con el análisis general de las garantías de mayor proporcionalidad que conforman el Principio de legalidad penal[618] vinculado a la jurisprudencia de la Corte IDH, aclarando que la profundización de las garantías indicadas *supra* se efectuará en el capítulo III del presente estudio.

El Principio de máxima taxatividad legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), implica que las acciones y omisiones criminales se definan «con términos estrictos e inequívocos que acoten las conductas punibles»[619]. En consecuencia, la tipificación de un

---

artículo 9 de la Convención a la materia sancionatoria administrativa. A este respecto ha precisado que -en aras de la seguridad jurídica- es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva». Así mismo, Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 107: «En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión».

[617] *Ibidem*. La Corte IDH a través de la Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, párr. 23, se refirió expresamente a la expresión «Leyes» en el marco del artículo 30 de la CADH en estos términos: «...lo anterior se deduciría del principio -así calificado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (*Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, Advisory Opinión*, 1935, P.C.I.J., Series A/B, No. 65, pág. 56)- de legalidad, que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del Siglo XVIII, que es consustancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación».

[618] *Ibidem*.

[619] *Ibidem*. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 55: «La Corte ha señalado que es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información. En este sentido, cualquier limitación o restricción a aquella debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del Derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. En efecto, la Corte ha declarado en su jurisprudencia previa que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, la fijación de sus elementos y el deslinde de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. En particular, en lo que se refiere a la normas penales militares, este Tribunal ha establecido, a través de su jurisprudencia, que éstas deben establecer claramente y sin ambigüedad, *inter alia*, cuáles son las conductas

delito «debe formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa», ello principalmente a que «el marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano»[620]. A propósito de este principio, la Corte IDH afirmó: «la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad»[621].

Si bien aunque el principio de máxima taxatividad legal no se regula en el artículo 9 de la CADH, la Corte IDH sí ha declarado violaciones a sus normas, cuando los Códigos penales de los Estados parte no disponen definiciones claras y precisas de los delitos. Ejemplo de ello son los delitos contra el honor, como ser la difamación y calumnia, que contradicen el artículo 9 de la CADH[622]. Al respecto, la Corte IDH afirmó que dichas

---

delictivas típicas en el especial ámbito militar y deben determinar la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, así como especificar la correspondiente sanción. Así, la tipificación de un delito debe formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa, más aún cuando el Derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita, teniendo en cuenta que el marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano». En el mismo sentido, véase Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 121: «La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana».

[620] *Ibidem*.

[621] ANTKOWIAK, Thomas, *op. cit.*, «Artículo 9...»..., p. 258. Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 63: «La Corte ha señalado que es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del Derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que: La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana».

[622] *Ibidem.* Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 57: «De lo anterior se desprende que el artículo 505

normas «...deberán ser analizadas con especial cautela y utilizadas en forma excepcional, debido a su afectación al derecho a la libertad de expresión»[623].

Siguiendo esta misma línea, la Corte IDH ha declarado contraria a la CADH, una ley que castigaba actos «contrarios a la democracia y el orden constitucional», observando que la misma carecía de «características específicas» en cuanto a la definición de las conductas ilícitas[624]. Así mismo, en el caso «Fermín Ramírez *vs.* Guatemala», resulta que una ley sobre homicidio disponía posibles condenas de entre 25 y 50 años, y además contemplaba la pena de muerte, en éstos términos: «si se revelare una mayor peligrosidad del agente

---

del Código Orgánico de Justicia Militar no delimita estrictamente los elementos de la conducta delictuosa, ni considera la existencia del dolo, resultando así en una tipificación vaga y ambigua en su formulación como para responder a las exigencias de legalidad contenidas en el artículo 9 de la Convención y a aquellas establecidas en el artículo 13.2 del mismo instrumento para efectos de la imposición de responsabilidades ulteriores». Así mismo, Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párrs. 66 y 67: «66. La Corte resalta que en el presente caso el Estado indicó que la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana (supra párr.18). 67. En razón de lo anterior y teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte considera que la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma».

[623] *Ibidem.* Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 74: «La necesidad de utilizar la vía penal para imponer responsabilidades ulteriores al ejercicio del derecho a la libertad de expresión se debe analizar con especial cautela y dependerá de las particularidades de cada caso. Para ello, se deberá considerar el bien que se pretende tutelar, la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquellas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado, las características de la persona cuyo honor o reputación se pretende salvaguardar, el medio por el cual se pretendió causar el daño y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación».

[624] *Ibidem*. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 155: «A la luz de las disposiciones transcritas, considera la Corte que las definiciones de los delitos de terrorismo y traición a la patria utilizan expresiones de alcance indeterminado en relación con las conductas típicas, los elementos con los cuales se realizan, los objetos o bienes contra los cuales van dirigidas, y los alcances que tienen sobre el conglomerado social. De otro lado, la inclusión de modalidades tan amplias de participación en la realización del correspondiente delito, como las que contempla el artículo 2 del Decreto Ley No. 25.659, descaracteriza la definición del sujeto calificado de la traición a la patria y acerca esta figura delictiva a la de terrorismo, hasta el punto de asimilarla con ella». En el mismo sentido, véase Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 119: «La Corte advierte que las conductas típicas descritas en los Decretos-Leyes 25.475 y 25.659 -terrorismo y traición a la patria- son similares en diversos aspectos fundamentales. Como lo han reconocido las partes, la denominada traición a la patria constituye una figura de terrorismo agravado, a pesar de la denominación utilizada por el legislador. En un caso anterior, este Tribunal estableció que ambos Decretos-Leyes (25.475 y 25.659) se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y (...) de la propia policía (DINCOTE). La existencia de elementos comunes y la imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculpados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal del conocimiento y el proceso correspondiente. En efecto, la calificación de los hechos como traición a la patria implica que conozca de ellos un tribunal militar sin rostro, que se juzgue a los inculpados bajo un procedimiento sumarísimo, con reducción de garantías, y que les sea aplicable la pena de cadena perpetua».

determinada por el juez de acuerdo con las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes»[625]. Con relación a este caso, la Corte IDH ha demostrado especial atención ante un posible examen de que la «peligrosidad» pudiera conducir a la pena de muerte, abriendo de esta forma la puerta a la arbitrariedad y al «autoritarismo»[626]. Así la Corte IDH ha resuelto que la referida ley conculcaba el artículo 9 de la Convención[627], dictaminando las consecuencias jurídicas respectivas del caso[628].

En lo que se refiere a las leyes *ex post facto e irretroactividad* (*nullum crimen, nullum poena sine lege*) resalta aquí los juicios que corresponden a conductas de terrorismo en el Perú[629], específicamente el caso «García Asto y Ramírez Rojas *vs*. Perú» pues en éste se

---

[625] *Ibidem*. Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 92: «Del penúltimo párrafo de ese precepto se desprende la posibilidad de que el juez condene al imputado a una u otra pena con base en el juicio de peligrosidad del agente, al indicar que la pena de muerte será aplicada en lugar del máximo de prisión si se revelare una mayor particular peligrosidad del agente, determinable ésta según las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes. En tal virtud, la consideración de peligrosidad constituye un elemento del que depende la aplicación de la máxima pena».

[626] *Ibidem*. Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 94: «En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía».

[627] *Ibidem*. Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 98: «Por todo lo anterior, la Corte considera que el Estado ha violado el artículo 9 de la Convención, en relación con el artículo 2 de la misma, por haber mantenido vigente la parte del artículo 132 del Código Penal que se refiere a la peligrosidad del agente, una vez ratificada la Convención por parte de Guatemala».

[628] *Ibidem*. Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. «Puntos resolutivos. La Corte declara que: El Estado violó en perjuicio del señor Fermín Ramírez el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.2.b) y 8.2.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma. El Estado no violó en perjuicio del señor Fermín Ramírez el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Estado violó en perjuicio del señor Fermín Ramírez el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 2 de la misma. El Estado violó en perjuicio del señor Fermín Ramírez el derecho a solicitar un indulto o conmutación de la pena consagrado en el artículo 4.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. El Estado violó en perjuicio del señor Fermín Ramírez el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma». Fuente: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ficha Técnica: Fermín Ramírez vs. Guatemala. Disponible en página web:
http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=265. (Fecha de consulta: 25-7-18).

[629] *Ibidem*. Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 208: «En razón de lo anterior, tomando en cuenta el reconocimiento de los hechos anteriores a septiembre de 2000 realizado por el Estado (supra párrs. 52 a 60), el Tribunal considera que el Estado ha

aplicaron leyes penales aprobadas de forma posterior a la comisión de los actos ilícitos imputados, condenando de la misma forma a los procesados. Ante estas circunstancias la Corte IDH ha determinado la violación al artículo 9 de la CADH, debido a la aplicación retroactiva del delito, asimismo ha dispuesto las consecuencias jurídicas para el Estado[630].

La ley penal más favorable se ha plasmado en el caso «Ricardo Canese *vs*. Paraguay», en el mismo la Corte IDH ha modulado el Principio de retroactividad de la norma penal más favorable[631]. En relación a este caso, resulta que los tribunales paraguayos condenaron a Canese por calumnias y lo sentenciaron a prisión en cumplimiento de las leyes penales pertinentes[632]. No obstante, un año después entró en vigor un nuevo Código penal, que

---

violado el principio de no retroactividad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Urcesino Ramírez Rojas, al aplicar el Código Penal de 1991 de manera retroactiva en el primer proceso llevado en su contra. e) En relación con el segundo proceso penal seguido contra el señor Urcesino Ramírez Rojas».

[630] *Ibidem*. Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 23 de noviembre de 2005. «Puntos Resolutivos. La Corte declara: Que el Estado violó, en perjuicio de los señores Wilson García Asto y Urcesino Ramírez Rojas, los Derechos a la Libertad Personal, Garantías Judiciales y Protección Judicial consagrados en los artículos 7.1, 7.2, 7.3, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2, 8.2.f, 8.5 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, durante los primeros procesos judiciales a los que fueron sometidos. Que el Estado violó, en perjuicio de los señores Wilson García Asto y Urcesino Ramírez Rojas, el Derecho a la Libertad Personal consagrado en el artículo 7.3 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en los segundos procesos seguidos en su contra. Que el Estado violó, en perjuicio del señor Wilson García Asto, en el segundo proceso seguido en su contra, el Derecho a las Garantías Judiciales consagrado en el artículo 8.1 y 8.2.c de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Que el Estado violó, en perjuicio del señor Urcesino Ramírez Rojas, en el segundo proceso seguido en su contra, el Derecho a las Garantías Judiciales consagrado en el 122 artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Que el Estado violó, en perjuicio de los señores Wilson García Asto y Urcesino Ramírez Rojas, en los primeros procesos llevados a cabo en su contra, el artículo 9 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Que no se ha demostrado la violación del artículo 9 de la Convención. Que el Estado violó, en perjuicio de los señores Wilson García Asto y Urcesino Ramírez Rojas, el Derecho a la Integridad Personal consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Que el Estado violó, en perjuicio de los señores Napoleón García Tuesta, Celia Asto Urbano, Elisa García Asto, Gustavo García, María Alejandra Rojas, Marcos Ramírez Álvarez y Santa, Pedro, Filomena, Julio, Obdulia, Marcelino y Adela, todos Ramírez Rojas, los derechos consagrados en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma». Fuente: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ficha Técnica: García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Disponible en página web: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=316. (Fecha de consulta: 25-7-18).

[631] *Ibidem*.

[632] *Ibidem*. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 182: «Una vez analizados los principios de legalidad, de irretroactividad de la norma desfavorable y de retroactividad de la norma penal más favorable, corresponde al Tribunal determinar si en el presente caso el Paraguay violó este último principio. Como ha quedado probado, en el presente caso el señor Canese fue procesado y condenado de acuerdo al Código Penal de 1914. Sin embargo, después de la emisión de la sentencia condenatoria de segunda instancia de 4 de noviembre de 1997, la cual lo declaró responsable del delito de difamación, entró en vigencia un nuevo Código Penal, el 26 de noviembre de 1998. El artículo 370 del Código Penal de 1914, el cual regulaba el delito de difamación, establecía que el culpable de dicho delito sería castigado con penitenciaría de dos a veintidós meses y multa hasta de dos mil pesos, de manera que esta última no podía ser impuesta como pena única sino que debía acompañar a la privativa de libertad. Con base en esa norma, el 4 de noviembre de 1997 el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala, al resolver los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el

«disminuyó las penas mínimas y máximas para el delito de difamación y estableció la multa como sanción alternativa a la pena de prisión»[633]. En este contexto, la Corte IDH ha establecido que los tribunales tenían la obligación de «...comparar los aspectos más favorables de la misma aplicables al caso concreto y determinar si se debía reducir las penas impuestas a Canese o si se debía aplicar solamente la pena de multa»[634]. En razón de que el Estado paraguayo no se pronunció sobre las peticiones de aplicación de una pena más benigna en favor de Canese, la Corte IDH ha declarado la violación al artículo 9 de la CADH.

Observadas las líneas generales de jurisprudencia interamericana en torno a las garantías que componen el Principio de legalidad penal o *nullum crimen, nullum poena sine lege*, conviene proseguir con el análisis de la ubicación de Bolivia en el Sistema Interamericano de protección de Derechos humanos.

4.3. Bolivia en el marco del Sistema Interamericano de Derechos humanos

Partamos en esta ocasión afirmando que el Sistema Interamericano de protección de los Derechos humanos ha sido la contribución más prominente de la OEA[635]. El repertorio

---

señor Canese y por la parte querellante contra la sentencia de primera instancia, lo condenó por el delito de difamación a la pena principal de dos meses de penitenciaría y a la pena accesoria de pago de multa de dos millones novecientos nueve mil noventa guaraníes».

633 *Ibidem*. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 183: «Según se encuentra establecido, un año y veintidós días después de la emisión de la referida sentencia de segunda instancia, entró en vigencia un nuevo Código Penal, el cual, *inter alia*, modificó las penas que el juez podría imponer por el delito de difamación. El nuevo Código disminuyó las penas mínimas y máximas para el delito de difamación y estableció la multa como sanción alternativa a la pena de prisión. El nuevo Código estableció que cuando se realizara el hecho ante una multitud o mediante difusión de publictaciones (...), o repetidamente durante un tiempo prolongado, la pena podría ser aumentada a pena privativa de libertad de hasta un año o multa. Este cambio significa que el legislador tenía la voluntad de disminuir la penalidad para el delito de difamación».

634 ANTKOWIAK, Thomas, *op. cit*., «Artículo 9...»..., p. 260. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 186: «Como ha quedado probado, durante un período de aproximadamente cuatro años en el cual estuvo en vigencia un nuevo Código Penal que contenía normas más favorables que las aplicadas en las sentencias condenatorias al señor Canese, dicha normativa más favorable no fue tomada en cuenta por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, a pesar de los recursos planteados por el señor Canese solicitando, *inter alia*, la revisión de su condena, así como tampoco fue considerada de oficio por el juez competente. La Corte considera que de conformidad con el principio de retroactividad de la norma penal más favorable dichos tribunales debían comparar los aspectos más favorables de la misma aplicables al caso concreto y determinar si se debía reducir las penas impuestas al señor Canese o si se debía aplicar solamente la pena de multa, ya que esta última había dejado de ser accesoria a la pena de privación de libertad para el delito de difamación y se había convertido en alternativa autónoma».

635 HELLER, Claude, «México y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», *Centenario de la Constitución de 1917. Reflexiones del Derecho Internacional Público*, SÁNCHEZ CORDERO, Jorge (ed.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2017, p. 141.

jurídico está integrado normativamente por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la CADH, así como por la actuación de la Comisión IDH y la Corte IDH. Tales instrumentos jurídicos y órganos conforman definitivamente la base del Sistema Interamericano, que se convierte en el más importante referente de la promoción y protección de los Derechos humanos en el contexto regional americano[636]. Como se ha expresado precedentemente la CADH para la salvaguarda de los Derechos fundamentales estableció la Comisión IDH y la Corte IDH (funciones consultiva y contenciosa), quienes conocen de los casos de violaciones a los Derechos humanos[637].

Al hilo de lo contextualizado, Bolivia se adhirió a la CADH, mediante Decreto Supremo 16575, de 13 de junio de 1979. En tal sentido, el Estado boliviano procedió con el depósito del instrumento de adhesión, ante la Secretaría General de la OEA, en fecha 19 de julio de 1979. Por su parte, el referido Decreto Supremo fue elevado a rango legal, por Ley 1430, de 11 de febrero de 1993. Marco legal que se encuadra en el artículo 62.1 de la CADH, que establece: «1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención». Así el Estado boliviano ha declarado como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte IDH, que conoce y resuelve casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH.

Pero también puntualizamos que en atención al principio *pacta sunt servanda*, Bolivia debe cumplir de buena fe con las obligaciones emergentes de la CADH y la jurisprudencia emanada de la Corte IDH. A propósito de este principio, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado mediante la Sentencia Constitucional 1250/2012, de 20 de septiembre de 2012, cuyo tenor dice: «Los Estados al suscribir una convención o tratado se convierten en Estado parte, en consecuencia adquieren derechos y obligaciones en cumplimiento del principio fundamental del Derecho internacional reflejado en el denominado *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), tal y como lo señala la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969».

---

[636] *Ibidem*.
[637] STEINER, Christian y URIBE, Patricia, *op. cit*., «Introducción general»..., p. 7.

En el ámbito regional, la CADH tiene eficacia directa, al igual que la jurisprudencia de la Corte IDH, órgano jurisdiccional competente para interpretar la Convención (artículo 1 del Estatuto de la Corte IDH). Desde esta perspectiva, los operadores jurídicos del Estado boliviano tienen la obligación de proteger absolutamente los derechos contenidos en la CADH. Este compromiso internacional se conecta con el efecto útil de la Convención en atención al artículo 29 de la CADH, que ordena: «Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) Permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza».

Para finalizar, podemos indicar que Bolivia es parte en la CADH, lo que implica que el Estado debe cumplir con la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en la CADH, así como garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que se encuentre sujeta a su jurisdicción, sin discriminación de ninguna naturaleza. Pero también el Estado tiene el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, conforme dispone literalmente los artículos 1.1 y 2 de la CADH.

4.3.1. *Los Derechos fundamentales en el nivel estatal*

Los Derechos fundamentales son derechos inalienables respecto a la persona humana y no pueden ser relativizados por razones de nacionalidad, raza, orientaciones políticas o religiosas y otras de cualquier naturaleza. Los Derechos fundamentales son aquellos que pertenecen a la categoría de derechos que constituyen el «núcleo duro» en el sistema constitucional cuyo objetivo es la protección de la dignidad humana[638]. Es más, puede afirmarse, que la nacionalidad no incidiría en el reconocimiento y aplicabilidad de los

[638] Para profundizar el análisis de los Derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico constitucional español véase concretamente: JIMÉNEZ RUIZ, Juan Luis, *op. cit.*, *El orden*..., nota a pie 327.

Derechos fundamentales a toda persona, sin dar lugar a la partición ciudadano/extranjero. Aunque este último punto es muy relativizado como bien teoriza FERRAJOLI, clasificando primeramente los Derechos fundamentales en derechos de la ciudadanía y derechos vinculados a la capacidad de obrar.

Hilando un poco más, PECES-BARBA, afirma que son derechos que ostentan: «carácter presocial (vinculado al estado de naturaleza y a la terminología de los derechos naturales) de unos derechos para distinguirlos de otros que sólo aparecen, tras el pacto, en la sociedad regulada por el Derecho positivo y dotada de un poder político para regirla»[639]. Precisa que estos derechos son de «carácter presocial» atribuyéndoles el mismo carácter de la dignidad humana, al decir: «la dignidad de la persona y la dignidad de la humanidad son dos aspectos de una misma mentalidad, el antropocentrismo y de la laicidad, dos coordenadas que encuadran todo el proceso»[640].

Siguiendo la línea trazada no procede ahondar en el análisis de la teoría de los Derechos fundamentales[641], considerando el enfoque de este apartado en el nivel estatal, aunque si indicaremos que FERRAJOLI construye dos clasificaciones elementales de Derechos fundamentales, éstas son: *i*) como dijimos *supra*, derechos de la ciudadanía y derechos vinculados a la capacidad de obrar, y *ii*) derechos primarios y secundarios. Asimismo, el autor nomina las clases de Derechos fundamentales como: *i*) Derechos humanos, *ii*) Derechos públicos, *iii*) Derechos civiles, y *iv*) Derechos políticos[642].

En el ámbito estatal que nos ocupa, *a priori*, la formulación de los derechos[643] que contiene la Constitución responde a los principios y parámetros del Derecho internacional

---

[639] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 120.
[640] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, «La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho», *Cuadernos «Bartolomé de las Casas»*, núm. 26, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 2003, p. 66.
[641] En relación a esta cuestión consúltese, entre otros, RIDOLA, Paolo, *Diritti Fondamentali*, G. Giappichelli Editorial, Turín, 2006. RODOTÀ propone un estudio de los Derechos desde la perspectiva de la era de la globalización, por tanto postula que no se trata de una lucha por el derecho sino que se combina como la lucha por los derechos de todas las personas de todos los lugares del mundo que buscan precautelar su dignidad. Asistimos a una nueva concepción de los Derechos fundamentales. Para mayor información sobre esta postura jurídica véase la obra de: RODOTÀ, Stefano, *El derecho a tener derechos*, trad. REVUELTA, José Manuel, Trotta, Madrid, 2014. Desde otra perspectiva también remitimos a la obra relevante de: SUNSTEIN, Cass R., *La revolución en los derechos: redefiniendo el estado regulador*, trad. MARTÍNEZ SIERRA, José Manuel, Universitaria Ramón Areces Editorial, Madrid, 2016.
[642] FERRAJOLI, Luigi, *op. cit*., *Principia iuris*..., p. 737 y ss.
[643] Véase sobre el estudio sustancial de los Derechos, la exposición que LÓPEZ GARCÍA y DEL REAL ALCALÁ elaboran al efecto en su obra colectiva: LÓPEZ GARCÍA, José Antonio, y DEL REAL ALCALÁ, Alberto (ed.),

de los Derechos humanos, establecidos en los tratados y convenios internacionales de la materia en el marco de ONU y de la OEA[644].

ALARCÓN destaca que la Constitución de 2009 confiere aplicación preferente a la propia Constitución, a los tratados internacionales de Derechos humanos, que declaren derechos más favorables a los contenidos en el texto constitucional (artículo 256.I). En el mismo sentido, valora la interpretación de la Constitución conforme a los tratados internacionales en materia de Derechos humanos, que prevean normas más favorables (artículo 256.II)[645].

Por su parte, ROJAS TUDELA afirma que la Constitución de 1967 consagraba los Derechos fundamentales sólo en el artículo 7 del texto constitucional. Según sostiene, este catálogo restringido de Derechos fundamentales motivó al Tribunal Constitucional a introducir los tratados internacionales de Derechos humanos en el «Bloque de constitucionalidad» -éste concepto de Bloque no figuraba en la Constitución de 1967- y propiciar una salvaguarda mayor de los Derechos fundamentales[646].

ROJAS TUDELA como ALARCÓN afirman que la Constitución de 2009 ciertamente amplía el catálogo de los Derechos fundamentales a esencialmente todos los Derechos humanos previstos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1996), e incluso en algunos casos, a reconocidos tratados temáticos o relacionados con poblaciones concretas. Al respecto, conectan este marco normativo al artículo 410.II de la Constitución[647], cuyo tenor expresa: «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».

Con base en ello, ALARCÓN, enfatiza que la Constitución consagra de manera amplia y sistemática los Derechos fundamentales. Nomina éstos derechos como: *i*) a la vida e integridad física, psicológica y sexual, *ii)* a no sufrir violencia física, sexual o psicológica,

---

Los Derechos: Entre la Ética, El Poder y El Derecho, Universidad de Jaén y Ministerio de Asuntos Sociales, Dykinson, Madrid, 2000.

[644] ALARCÓN MONDONIO, Carlos «Contradicciones y desequilibrios del proyecto constitucional», en AA.VV., *op. cit., Comentarios a...*, p. 162.

[645] *Ibidem.*

[646] ROJAS TUDELA, Farit, «Análisis y comentario de la Primera Parte de la CPE», en AA.VV., *op. cit., Miradas Nuevo...*, p. 284.

[647] *Ibidem.*

tanto en la familia como en la sociedad, *iii*) a no ser sometida a desaparición forzada por circunstancia alguna, *iv*) a no ser sometida a servidumbre ni esclavitud, *v*) al agua y a la alimentación, *vi*) a recibir educación en todos los niveles, *vii*) a la salud, *viii*) a un hábitat y vivienda adecuada y *ix*) al acceso universal y equitativo a los servicios básicos como el caso de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones[648].

Este autor en referencia a la categoría de los Derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, puntualiza que éstos son: *i*) Derechos civiles y políticos, *ii*) Derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, *iii*) Derechos sociales y económicos, *iv*) educación, interculturalidad y Derechos culturales y *v*) comunicación social[649].

Siguiendo esta lógica, ALARCÓN, sostiene que el artículo 13.III de la Constitución tiene notoria importancia pues ordena: «La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros», en el mismo tenor que el artículo 35 de la Constitución abrogada. Señala también la trascendencia del parágrafo II de dicho artículo: «Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados», cláusula que permite la apertura axiológica de la Constitución a hechos y circunstancias sobrevinientes que paulatinamente completan y perfeccionan el plexo de derechos al compás de los avances de la humanidad en esta materia[650]. En el mismo sentido, remarca el parágrafo I del referido artículo: «Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos», tales características corresponden a la concepción universal de los Derechos humanos en el sistema mundial de ONU y de la OEA[651].

Igualmente expresa que el sentido optimizador y garantista que caracteriza a todo el título de la Constitución que proclama los Derechos fundamentales, se materializa en el artículo 109.I, enmarcado en el Título «Garantías Jurisdiccionales y Acciones de Defensa», cuyo tenor literal dice: «Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente

[648] *Ibidem*.
[649] *Ibidem*.
[650] ALARCÓN MONDONIO, Carlos, *op. cit.*, «Democracia en...»..., p. 143 y 144.
[651] ALARCÓN MONDONIO, Carlos, *op. cit.*, «Democracia en...»..., p. 147.

aplicables y gozan de iguales garantías para su protección», máxime que dicha previsión regula el carácter operativo de todos los derechos proclamados en la Constitución y de la igualdad de garantías para su protección[652].

Para finalizar, subrayamos que las notas características de los Derechos fundamentales reconocidas en el artículo 13 de la Constitución, constituyen un avance importante en la promoción de los valores democráticos que demuestran una tendencia clara y firme de la Constitución hacia la consolidación del sistema internacional, regional y nacional de promoción y protección de los Derechos humanos. Aunque, existen algunas regulaciones que pueden convertirse inconvenientes, tomando en cuenta su naturaleza diferente y las condiciones materiales, que son presupuestos ineludibles para su vigencia, realización y protección.

4.3.2. *El control de convencionalidad*

Iniciaremos este punto, *a priori*, remitiéndonos a los artículos 1.1 y 2 de la CADH, que establecen su efecto directo en el Derecho interno de los Estados parte, al disponer que éstos se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la misma y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, y a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de ésta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Concordante con estos preceptos es el artículo 25 de la CADH, que asimila la Convención al Derecho interno al disponer la tutela judicial efectiva de la persona, y por tanto, el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces, que las ampare contra actos que violan sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley (Derecho interno) o la Convención (Derecho externo), aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales.

Al hilo de lo dicho, la primera aproximación al control de convencionalidad, ha sido dada por el ex presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente en el caso «Myrna Mack Chang *vs*. Guatemala»[653], de 25 de noviembre de 2003, donde ha

---

[652] *Ibidem*.

[653] El considerando 27 del voto concurrente razonado de Sergio García Ramírez expresa: «Para los efectos de esta Convención y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene

utilizado por vez primera el término «control de convencionalidad». En el mismo sentido, García Ramírez, en su voto particular en el caso «Tibi *vs*. Ecuador», de 7 de septiembre de 2004, ha analizado las similitudes de funciones de la Corte IDH y de los Tribunales Constitucionales en cuanto al control de convencionalidad.

Específicamente ha sido en el caso «Almonacid Arellano *vs.* Chile», de 26 de septiembre de 2006, donde la Corte IDH ha sentado las bases del control de convencionalidad, a ser diligenciado por los jueces del ámbito nacional. El párrafo 124 de la sentencia emitida en el citado caso señala: «La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

Siguiendo este orden y el sentido de la configuración del control de convencionalidad vía jurisprudencia interamericana, es importante remarcar el párrafo 125 de la sentencia que tratamos: «En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que según el Derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el Derecho interno. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969».

Sobre otros aspectos del control de convencionalidad, éstos han sido completados en mérito a dos sentencias de la Corte IDH, que representan máxima relevancia. La primera

---

a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede dejar sujeta a la división de atribuciones que señale el derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación en el juicio -sin que esa representación repercuta sobre el Estado y su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional».

de ellas, ha sido fraguada en el caso «Trabajadores cesados del Congreso *vs*. Perú», de 24 de noviembre de 2006, cuyo párrafo 128 afirmaba: «Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin, (...) los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y las normas de la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de accionantes en cada caso, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia».

La segunda sentencia ha sido emitida en el caso «Radilla Pacheco *vs*. México», de 23 de noviembre de 2009, cuyo párrafo 338 sobresaliente señala: «Para este Tribunal, no solo la supresión o expedición de las normas en el Derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación de orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención»[654].

[654] En cuanto a este punto podemos afirmar que la doctrina del control de convencionalidad se ha reafirmado a través de los siguientes fallos: Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 78; Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Solicitud de ampliación de medidas provisionales de 9 de mayo de 2008, párr. 63; Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010, párr. 208; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xakmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 311; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011, párr. 237; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011, párrs. 219 y 220; Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 202; Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, parr. 287; Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros («guerrilha do araguaia») vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 176; y Corte IDH. *Caso Cabrera*

En este sentido, SAGÜÉS puntualiza que en el caso «Almonacid Arellano *vs*. Chile» la Corte IDH mantiene «una especie de control de convencionalidad», mientras que en el caso «Trabajadores cesados del Congreso *vs*. Perú» alude de forma directa al control de convencionalidad, por lo que apostilla: «En la última sentencia, en síntesis, el instituto de referencia es presentado, sin más, como un acto de revisión o fiscalización de la sumisión de normas nacionales a la Convención Americana de Derechos Humanos y a la exégesis que a este instrumento da la Corte Interamericana de Derechos Humanos»[655].

El autor enfatiza que las razones jurídicas que otorga la Corte IDH para cuadrar el control de convencionalidad corresponden íntegramente al Derecho internacional, éstas son: *i*) las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe, *ii*) no es posible alegar el Derecho interno para incumplirlas, conforme el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y *iii*) el «efecto útil» de los tratados, que obliga a los Estados a instrumentar el Derecho interno para cumplir lo pactado[656].

SAGÜÉS también expresa que las sentencias emitidas en los casos «Almonacid Arellano» y «Trabajadores cesados del Congreso» someten al control de convencionalidad a las leyes incompatibles con la CADH. Se refiere, por tanto, a las *normas jurídicas internas*, que se encuentran en situación de contradicción con la CADH[657]. En este orden, afirma que cualquier norma jurídica como ser ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, entre otras, se someten al control de convencionalidad. Además, precisa que los Estados que reconocen que la jurisprudencia de la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional es obligatoria para los tribunales inferiores, la misma reviste «materialmente condición de *norma* y por ende, está captada por dicho control»[658].

En este punto resulta de especial importancia la postura de SAGÜÉS, quien asegura que puede someterse a control de convencionalidad la Constitución nacional, manifiesta que la CADH está por encima de todo el ordenamiento jurídico interno e incluso por encima

---

García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225.

655 SAGÜÉS NÉSTOR, Pedro, *op. cit*., «Obligaciones internacionales...»..., p. 275.

656 *Ibidem*.

657 SAGÜÉS NÉSTOR, Pedro, *op. cit*., «Obligaciones internacionales...»..., p. 279.

658 SAGÜÉS NÉSTOR, Pedro, *op. cit*., «Obligaciones internacionales...»..., p. 280. Según el tenor literal del artículo 203 de la CB 2009: «Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno». En consecuencia, encuadrándonos en el razonamiento de SAGÜÉS, la jurisprudencia de este tribunal reviste materialmente condición de «norma» por lo que puede ser objeto de control de convencionalidad.

de la misma Constitución. Cita el caso paradigmático de «La última tentación de Cristo», en el cual, la Corte IDH ordenó a Chile modificar un artículo de su Constitución por ser opuesto a la CADH[659], por lo que afirma: «Quizá es más potable para naciones donde el Pacto de San José de Costa Rica cuenta con rango constitucional, pero aún así el problema subsiste, porque el control de convencionalidad está partiendo del supuesto de que el Pacto predomina sobre la Constitución y no que es igual a ella»[660].

Pero también señala que el conflicto debe solucionarse, partiendo de que el bien común internacional, se constituye en un valor superior al bien común nacional, y por esta razón, se prefiere la CADH a la Constitución nacional[661], en este sentido subraya: «En todo caso, el Estado que no esté dispuesto a pagar ese precio para sumarse al proceso integrativo en el ámbito de los Derechos humanos, le quedará la salida honrosa (si decide afrontar el costo jurídico y político que ella también tiene) de denunciar el Pacto de San José de Costa Rica, e irse de él según el trámite de retiro. Lo que no parece honroso es ratificar el Pacto y después argumentar que no cumple alguna de sus cláusulas porque ella no coincide con su Constitución»[662].

En todo caso el efecto del control de convencionalidad materializado entre la CADH y la Constitución nacional da lugar a que la cláusula constitucional declarada inconvencional se convierta en una disposición inválida y no pueda aplicarse. En esta circunstancia el Estado deberá modificar su ordenamiento constitucional a efectos de armonizarlo con la CADH. Hemos visto que la CADH tiene supremacía respecto al orden jurídico interno y obviamente con relación a la gradación de las fuentes del Derecho.

Así, con el repertorio jurisprudencial en cuanto al control de convencionalidad, la Corte IDH ha establecido dos cuestiones relevantes, éstas son: *i*) los jueces nacionales deben ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la CADH, y *ii*) las sentencias de la Corte IDH poseen un doble efecto. En primer término como *cosa*

---

[659] En este contexto SAGÜÉS apostilla: «El Pacto asume así, agrade o no está conclusión y por más que por algunos se la quiera edulcorar, condición de supraconstitucionalidad. Por ello, como en el caso de 'La última tentación de Cristo', por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamó a Chile modificar una cláusula de la Constitución local opuesta al Pacto, como efectivamente se hizo después». *Ibidem*. En el caso boliviano resulta que el artículo 123 *in fine* de la Constitución es opuesto a la CADH (irretroactividad y legalidad) *Cfr*. el análisis *in extenso* del referido precepto en el capítulo IV del presente estudio.

[660] *Ibidem*.

[661] *Ibidem*.

[662] *Ibidem*.

juzgada, y en segundo término, como *cosa interpretada*, concordante con los artículos 67 y 68.1 de la CADH, que establecen expresamente que los fallos de la Corte IDH son definitivos e inapelables y los Estados parte en la Convención se comprometen a cumplir las decisiones. Tal como dijimos *supra*, la eficacia vinculante de las sentencias de la Corte IDH se refuerza con la estipulación del artículo 68.2 de la CADH, cuyo tenor ordena: «la indemnización compensatoria podrá ejecutarse en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado».

En el mismo sentido, las sentencias de la Corte IDH tienen doble eficacia: *i*) *inter partes*, cuando el Estado es parte del litigio y *ii*) *erga omnes* hacia todos los Estados parte en la Convención, en la medida en que todas las autoridades quedan vinculadas a la efectividad convencional y, en consecuencia, al criterio de interpretación que establezca la Corte IDH en cuanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional[663]. De este modo, la jurisdicción de los tribunales internacionales exige la colaboración coordinada entre la jurisdicción internacional y la jurisdicción estatal, o el diálogo interjurisdiccional.

La recepción del control de convencionalidad por parte del Derecho boliviano se ha visto allanada por los artículos 13.IV, 256, 410.II y 113.I y II de la Constitución, disposiciones que se refieren a la progresividad, favorabilidad, Bloque de constitucionalidad y derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños.

Por otra parte, el control de convencionalidad, ha sido configurado vía jurisprudencia del Tribunal Constitucional, órgano encargado de velar por la supremacía de la Constitución, ejercer el control de constitucionalidad, así como precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales. Es necesario remarcar que las resoluciones del Tribunal Constitucional tienen efecto vinculante para toda persona y autoridad pública o privada, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior (artículo 203 de la Constitución).

Según lo antedicho, entre las resoluciones del Tribunal Constitucional, que se destacan por configurar la recepción del control de convencionalidad en Bolivia, por ejemplo,

---

663 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, «Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana», *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, HERRERA, Alonso (coord.), Tirant Lo Blanch, México, 2013, p. 634.

señalamos las Sentencias Constitucionales 1888/2011-R y 1907/2011-R, ambas de fecha 7 de noviembre de 2011, por lo que extractamos parte de su literalidad: «...a partir del principio de favorabilidad y *pro persona*, la propia Ley Fundamental prevé la posible supra-constitucionalidad de algunos instrumentos del Derecho internacional de Derechos Humanos, cuando sus normas sean más favorables para el ser humano (Arts. 410.II conc. 256), (...) Bolivia ha suscrito y ratificado el Pacto de San José de Costa Rica, el 11 de febrero de 1993 mediante Ley 1430 y en tanto Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce también a la Corte Interamericana como el intérprete de este instrumento regional; el Tribunal Constitucional, como órgano encargado de la defensa de los Derechos humanos, control de constitucionalidad y competencial, realiza también entre sus labores, el control de convencionalidad, resguardando la compatibilidad del sistema normativo interno con el Bloque de constitucionalidad integrado formalmente al plexo jurídico boliviano». Completamos esta línea con la remisión al contenido de las Sentencias Constitucionales 487/2014, de 25 de febrero de 2014 y 30/2014, de 28 de mayo de 2014.

En términos conclusivos, el control de convencionalidad constituye un medio por el cual los poderes públicos de un Estado cumplen con la Convención y la interpretación que realiza la Corte IDH, como intérprete último y definitivo de la CADH. En este contexto, los jueces de los Estados parte en la CADH, así como todas las autoridades se encuentran obligados al cumplimiento de la norma convencional y la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH. En esta lógica el «control difuso de convencionalidad» allana esta labor, para realizar interpretaciones de las leyes y la Constitución conforme a la CADH y al *corpus iuris interamericano*. De otra parte, los administradores de justicia no deben aplicar las disposiciones contrarias a la CADH, para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por la violación de compromisos internacionales asumidos en materia de Derechos humanos[664].

Para finalizar, elaborada la aproximación pretendida al origen del concepto y doctrina de control de convencionalidad, podemos resumir que el control de convencionalidad es un

[664] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María, *op. cit.*, «Artículo 1...»..., p. 67. Respecto a los diversos grados de control de convencionalidad, consúltese FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad», *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, p. 343 a 390.

mecanismo eficaz para la protección de los Derechos humanos en la región americana. Ello en la medida en que las sentencias de la Corte IDH son de cumplimiento obligatorio para los Estados parte en la CADH y también, especialmente, los Estados observan en todo momento el principio de buena fe en el Derecho internacional, por tanto, cumplen las obligaciones asumidas sin poder invocar para su incumplimiento el Derecho interno.

4.4. Otras Organizaciones Internacionales a las que se conecta Bolivia en el Sistema Internacional subregional de América Latina y su previsión sobre los Derechos humanos

Partiremos en este epígrafe acudiendo al concepto de Organización Internacional, que según PASTOR RIDRUEJO debe ser entendido desde una triple aproximación «técnico-jurídica» puntualizando 6 de sus caracteres «carácter interestatal, base voluntaria, órganos permanentes, voluntad autónoma, competencia propia y cooperación entre sus miembros a efectos de la satisfacción de los intereses comunes». Así la segunda aproximación para el autor es la «histórico-sociológica» en la cual los Estados han demostrado los motivos para formar parte de las Organizaciones Internacionales: *i*) buscar paz y seguridad, *ii*) suscribir acuerdos de carácter «definitivo y particular» sobre cooperación institucional, y *iii*) la «política» dividiendo el orden mundial en Estados del grupo occidental, Estados del antiguo grupo socialista y Estados en desarrollo[665].

Del mismo modo, SOBRINO HEREDIA, conceptualiza a las Organizaciones Internacionales como «unas asociaciones voluntarias de Estados establecidas por acuerdo internacional, dotadas de órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar unos intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídicamente distinta a la de sus miembros»[666]. Observamos pues los caracteres que preceptúan la noción de Organización Internacional.

En virtud de lo dicho, podemos afirmar que existe el Derecho comunitario, el Derecho de la integración, en el sentido de que son procesos que tienden a formar comunidades de naciones con idénticos propósitos y mismos fines[667]. En consecuencia, existen procesos de integración fundamentados en diversas inercias en el contexto mundial. Sirvan de

[665] PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *op. cit., Curso de...*, p. 655.
[666] DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *op. cit., Instituciones de...*, p. 347.
[667] DERMIZAKY PEREDO, Pablo, *op. cit.*, «Derecho constitucional...»..., p. 835.

ejemplo las Comunidades Europeas (ahora Unión Europea)[668], la Comunidad Andina de Naciones[669], la Unión Africana, siendo más incipiente la ASEAN, para los Estados del sudeste asiático.

Observemos brevemente el sistema de integración europeo a través del Derecho comunitario europeo[670]. La configuración de la integración europea constituye por su parte el proceso más antiguo y más avanzado de los aludidos. Comenzó formalmente en el año 1951 con la rúbrica, en París, del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) por los países de Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. Tras la creación de CECA, Europa puso en marcha el proceso por el que se inició la integración Europea, para alcanzarlo -si es que se ha hecho-, se han suscrito numerosos pactos y sucesivos tratados entre los Estados.

Prosiguió la suscripción de los Tratados de Roma de 1957, instituyendo la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM), tratados que entraron en vigor para los Estados signatarios[671], el 1 de enero de 1958. El proceso avanzó con el Tratado de Maastricht, o Tratado de la Unión Europea, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. Éste tratado ha sido la reforma de mayor importancia en lo que respecta a todos los tratados fundacionales y dio forma a la Unión Europea por medio de la integración económica, social, política, monetaria y cooperación en la esfera de justicia y seguridad interna de la Unión Europea.

Conviene apuntar que se discutió el Tratado Constitucional de la Unión, que pretendió aprobar una Constitución Europea[672]. Situación en la que se entró ante la disyuntiva de si

---

668 Para profundizar el estudio de Derecho europeo consúltese la obra: VAN CAENEGEM, Raoul, *Pasado y Futuro del Derecho Europeo*, trad. DÍEZ-PICAZO, Luis, Civitas, Madrid, 2003. En cuanto a una perspectiva crítica de la democracia y de los Derechos humanos en la política exterior europea, tras la suscripción del Tratado de Lisboa véase la obra de: MUÑOZ RODRÍGUEZ, Carmen, *Democracia y derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea*. IV Premio andaluz de investigación sobre integración europea, Reus, Madrid, 2011.

669 DERMIZAKY PEREDO, Pablo, *op. cit.*, «Derecho constitucional...»..., p. 835.

670 Para profundizar esta materia véase especialmente las obras: BOU FRANCH, Valentín, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2014. VON BOGDANDY, Armin, *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013. En el mismo sentido CANNIZZARO, Enzo, *Diritto Dell'integrazione Europea*, Giappichelli Editore, Turín, 2015. Una perspectiva importante en cuanto al reconocimiento del pluralismo constitucional en la UE véase en la obra: KOMÁREK, Jan y AVBELJ, Matej, *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

671 Precisamos que los Estados que componían las Comunidades Europeas (1958) fueron los siguientes: Francia, Alemania, Italia, Países Bajos y Luxemburgo. Pero además fueron fundadores de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA).

672 DERMIZAKY PEREDO, Pablo, *op. cit.*, «Derecho constitucional...»..., p. 835.

debía formularse como tratado o como una auténtica Constitución, aunque el objetivo era claro, dotar a la Unión Europea del texto fundamental con pleno respeto de sus Derechos fundamentales y legitimidad democrática a sus instituciones. El Tratado de Ámsterdam, adoptado el 2 de octubre de 1997, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, reafirmó la postura de defensa de los Derechos fundamentales, reconoció los principios democráticos del Estado de Derecho así como la competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE).

Fue en ocasión del Consejo de Tesalónica donde se presentó el proyecto de tratado por el que se establece una Constitución Europea, el texto efectivo tuvo lugar el 29 de octubre de 2004. Este Tratado-Constitución no tuvo aceptación completa, al verse truncado por la no ratificación en vía referéndum o vía parlamentaria por dos países: Francia y Países Bajos. Salvándose por la rúbrica, el 13 de diciembre de 2007, del Tratado de Lisboa por veintisiete países. Tal y como manifiesta, ALDECOA LUZARRAGA, fue una vía de salida al proyecto constitucional europeo que no nació a luz pues: «supone la salida de la crisis constitucional en la medida en que ha conseguido desbloquear el proceso político europeo (...) ya que supone el rescate sustancial de la Constitución Europea»[673].

El Tribunal Europeo de Justicia tuvo un papel decisivo en la formación y el desarrollo del orden jurídico comunitario. Resulta que el tratado de 1951 que instituyó la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) incluía también un tribunal con jurisdicción obligatoria. El Tribunal es, junto con el Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea, uno de los cuatro órganos rectores de la Unión Europea[674].

Así el Derecho originario de la UE lo forman los tratados fundacionales y básicos de la Unión[675]. Actualmente el tratado vigente es el Tratado de Lisboa (2009), tratado de modificación que además de sumar protocolos y anexos compendia y reforma el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). El Derecho derivado se clasifica en actos típicos y atípicos. Entre los primeros, en orden jerárquico se encuentran: Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes. Los actos atípicos se corresponden con cualquier otro acto jurídico no

673 ALDECOA LUZARRAGA, Francisco, *La integración Europea. Génesis y desarrollo de la Unión Europea (1979-2002)*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 291 y ss.
674 *Ibidem.*
675 Remitimos para profundizar en esta materia a la obra de: LIÑÁN NOGUERAS, Diego, *Textos Jurídicos Básicos de la Unión Europea*, La Ley-Actualidad Editorial, Madrid, 2011.

clasificable en las figuras anteriores, tales como reglamentos de funcionamiento interno de las instituciones, Libros Blancos, Libros Verdes... El derecho originario se inserta en los ordenamientos nacionales a través lógicamente de los procedimientos previstos en las Constituciones nacionales, mientras que el segundo se incorpora automáticamente con la sola publicación de los actos pertinentes[676], siguiendo los parámetros particulares previstos en la legislación de la UE.

No podemos olvidar que los inicios de la UE se vinculan al momento en que Europa, y el Mundo, salió de un período beligerante debido a la tensión de comunismo y capitalismo que rompió con la idea de unidad planteada por Briand, en 1930. Pero una vez finalizada la Segunda Gran Guerra[677] y con la reconstrucción de las ruinas del continente, no tardaron las Constituciones de los Estados de Europa a poner énfasis en la defensa y protección de los Derechos humanos. Al hilo de lo dicho, puede afirmarse que el Derecho internacional de los Derechos humanos constituye, en esencia, la base fundamental del actual Derecho comunitario europeo, toda vez que después de la Segunda Guerra Mundial los Estados de Europa occidental evolucionaron hacia el establecimiento del «Estado constitucional de Derecho»[678], siendo estos postulados estatales presupuestos básicos de la actual Unión.

Pero hasta ese momento, la Unión Europea, no poseía un texto en el que se promulgaran sus Derechos fundamentales, sólo fueron recogidos en la jurisprudencia del TJCE y en los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros a la luz de la CEDH. En este sentido, el Tratado de Ámsterdam únicamente disponía directrices de respeto a los Derechos humanos. No fue sino hasta la proclamación solemne de la Carta de los Derechos fundamentales y Libertades Públicas de la UE, también conocida como Carta de Niza, proclamada el 7 de diciembre de 2000 y reformada el 12 de diciembre de 2007.

---

[676] DERMIZAKY PEREDO, Pablo, *op. cit.*, «Derecho constitucional...»..., p. 836.

[677] Puntualizamos que la Segunda Guerra Mundial fulminó la Sociedad de Naciones y consecuentemente dinamitó la estructura de la sociedad internacional de la época que volvió a organizarse tras el conflicto mediante la proclamación de la Carta de Naciones Unidas. En opinión de KELSEN, éste habría sido el momento idóneo para fraguar una auténtica organización global que mantuviera la paz desde el momento en que «...al término de la Segunda Guerra Mundial sólo subsisten tres o cuatro grandes potencias y éstas ven satisfechas sus reclamaciones territoriales, la oportunidad de un tratado que cree una eficaz organización territorial para el mantenimiento de la paz, la idea de la paz internacional mediante el Derecho internacional se hallan ciertamente dentro del alcance de la política práctica». Véase en KELSEN Hans, *La paz por medio del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003, p. 43.

[678] DERMIZAKY PEREDO, Pablo, *op. cit.*, «Derecho constitucional...»..., p. 837.

Entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 (junto con el Tratado de Lisboa)[679]. A este tenor FREIXES SANJUÁN afirma: «Nos encontramos, pues, ante una amplia lista de derechos, proclamados con una mayor o menor extensión y precisión, según cada caso, que está seguida, en el séptimo capítulo, de unas disposiciones generales que, (...) constituyen la cláusula de salvaguardia jurídica de la Carta pues, (...) sin estas cláusulas, la eficacia de los Derechos fundamentales podría verse en graves dificultades tanto en la Unión como en los Estados miembros»[680].

La CDF representa un instrumento comunitario de promoción y protección de Derechos fundamentales para las personas pertenecientes a la Unión. La Carta como instrumento comunitario recoge Derechos civiles, políticos, económicos y sociales para la ciudadanía europea y para las personas residentes en los Estados de la Unión. Así mismo, la CDF establece en su artículo 53 la salvaguarda jurídica de aplicación del estándar más alto en la protección de un derecho que se encuentra regulado por diferentes unidades normativas, como ser el Derecho comunitario, tratados internacionales, Constituciones de los Estados, o CEDH.

Recordemos que la inclusión de los derechos antedichos en el texto de la CDF supuso el fin del exitoso sistema jurisprudencial de protección emprendido décadas atrás por el TJCE, inspirado a su vez en los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros. Pues como sentencia CÁMARA VILLAR: «No cabe duda de que tal situación condujo a que progresivamente se fuera alcanzando, en el plano material, un nivel de protección de los Derechos fundamentales en el ámbito comunitario similar al que reciben en el interior de cada uno de los Estados miembros...»[681].

---

[679] Ofrece un análisis detallado sobre los antecedentes relevantes de la CDF ROLDÁN BARBERO: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el Consejo Europeo de Biarritz de octubre de 2000 dio su acuerdo unánime, fue finalmente firmada y proclamada el 7 de diciembre de 2000, en Niza, por los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, en nombre de sus respectivas instituciones. La Declaración n.° 23 anexa al Tratado de Niza adelantaba que en 2004 -en realidad, ha terminado siendo en 2003- se convocaría una nueva Conferencia Intergubernamental al objeto, entre otros, de definir el estatuto jurídico de la Carta, hasta ahora no incorporada al Tratado de la Unión y no provista, pues, de una fuerza jurídica vinculante...». Véase en ROLDÁN BARBERO, F. Javier, «La Carta de Derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 16, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 946.

[680] FREIXES SANJUÁN, Teresa, «Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: La construcción de un espacio jurídico europeo de los Derechos fundamentales», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005.

[681] CÁMARA VILLAR, Gregorio, «Los Derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, Universidad de Granada, julio-diciembre de 2005, p. 9 a 42. Por su parte CRUZ VILLALÓN afirma «...la

Sin embargo es justo señalar que la protección de los Derechos humanos y fundamentales en el contexto internacional regional europeo no vino de la mano de las entonces Comunidades, hoy Unión, sino que se fraguó en el marco de la otra gran organización internacional regional Europea que supone el Consejo de Europa, constituida mediante el Tratado de Londres, de 5 de mayo de 1949. En su seno se alza el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), suscrito en Roma, el 4 de noviembre de 1950, en vigor a partir de 1953. La tutela de sus derechos se confía a dos órganos, son: la Comisión de Derechos Humanos y la Corte Europea de los Derechos Humanos. El Tratado de Lisboa habilitó expresamente a la UE a suscribir el CEDH, sin que hasta la fecha esto haya ocurrido.

En relación al Derecho comunitario latinoamericano, el mismo presenta un desarrollo incipiente en comparación con el europeo, puesto que se trata de procesos de integración iniciados varias décadas después de la integración europea, en países menos desarrollados que ocupan grandes espacios territoriales desvinculados entre sí. Tómese en cuenta que el proceso de integración latinoamericano no contó con líderes que estuvieran a la altura de los dirigentes europeos de aquella época, que marcaron el camino hacia la integración, citamos a los conocidos como padres fundadores de la Unión: Robert Schuman, Winston Churchill, Jean Monnet, Alcide de Gasperi, Paul-Henri Spaak, Walter Hallstein, Altiero Spinelli y Konrad Adenauer[682].

Parece oportuno cerrar este epígrafe subrayando que el proceso de integración europea se ha forjado mediante un sistema bicéfalo: Unión Europea y Consejo de Europa. Todo ello en mérito a la sucesión de tratados que han pretendido unir los intereses de los Estados que la componen. Pero también han sido los momentos de grandes crisis que han propiciado los avances más sólidos en cuanto a materia de integración, acentuados a partir de la terminación de la Segunda Gran Guerra. A continuación trataremos de realizar una sucinta exposición de dos organizaciones regionales de mayor envergadura en América, que representan una unidad constituida en torno a los aspectos económico, comercial,

---

descripción de la posición de la Carta en el espacio constitucional europeo puede ser descrita con un sencillo término, el de 'bifuncionalidad'. La Carta es la Declaración de Derechos de la Unión en sentido propio, vinculando a sus órganos e instituciones, y es al mismo tiempo la Declaración de Derechos de todos y cada uno de los Estados miembros, si bien sólo 'cuando aplican el Derecho de la Unión'». Véase en CRUZ VILLALÓN, Pedro, «El valor de posición de la carta de derechos fundamentales en la comunión constitucional europea», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 39, Madrid, 2017, p. 93.

[682] DERMIZAKY PEREDO, Pablo, *op. cit.*, «Derecho constitucional...»..., p. 837.

arancelario y en cierta medida de protección de los derechos, cabe aclarar que esta última característica se registra sólo en la CAN. Tales organizaciones de naturaleza regional son: la Comunidad Andina de Naciones y Mercosur.

4.4.1. *La Comunidad Andina de Naciones*

El 26 de mayo de 1969 se firmó el llamado Acuerdo de Cartagena (Colombia), dando nacimiento al proceso de integración del Grupo Andino, así transcurrido un tiempo éste se convirtió en la Comunidad Andina de Naciones (CAN)[683]. En tal contexto, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú firmaron el Acuerdo de Cartagena, en mayo de 1969. Iniciando un proceso de integración denominado «Pacto Andino». Con la rúbrica de dicho Acuerdo se pretendía alcanzar el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros y la aceleración del crecimiento económico por medio de la integración[684].

Se trata de un proceso de integración económico, complementado, en el ámbito jurídico, con el Tribunal Andino de Justicia, creado por tratado de fecha 18 de mayo de 1979, que entró en funciones en 1984[685]. El Tribunal Andino de Justicia es competente para conocer acciones concernientes a: *i*) nulidad en defensa del marco jurídico andino, *ii*) acciones de incumplimiento por infracciones al marco de normas jurídicas en que incurra cualquiera de las partes, y *iii*) interpretación prejudicial, por la que el tribunal y los jueces nacionales coordinan sus criterios en la aplicación del Derecho andino[686].

En 1995 la CAN se constituyó en una unión aduanera, tras aprobarse la implementación de un arancel externo común para las importaciones procedentes de terceros países. Éste arancel fue adoptado mediante la Decisión 370 por parte de Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela[687]. Aunque en la práctica el incumplimiento del arancel externo común por parte de los países miembros fue una constante. Sin embargo, con el propósito de avanzar en el proceso de conformación de la unión aduanera, los órganos respectivos asumieron determinaciones en cuanto a la unificación del arancel, pero no se pudo concretar debido a la ausencia de acuerdo entre los países miembros sobre este punto[688].

---

[683] DERMIZAKY PEREDO, Pablo, *op. cit.*, «Derecho constitucional...»..., p. 837 y 838.
[684] Fuente: Comunidad Andina, Somos Comunidad Andina, ¿Qué es la Comunidad Andina?. Disponible en página web: www.comunidadandina.org. (Fecha de consulta: 27-5-2017).
[685] *Ibidem*.
[686] *Ibidem*.
[687] *Ibidem.*
[688] *Ibidem.*

Así mismo, la creación de la CAN propició que un conjunto de órganos e instituciones se agruparan en el Sistema Andino de Integración (SAI), establecido mediante el Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Protocolo de Trujillo), suscrito en 1996. Sistema que pretende lograr la profundización de la integración sub-regional andina, promover su proyección en el ámbito externo y fortalecer el proceso de integración[689].

SAI permite que la CAN funcione con órganos instituidos. Así se integra por: *i*) Consejo Presidencial Andino, conformado por los Presidentes de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, se hace cargo de la dirección política de la CAN[690], *ii*) Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, cuya función es formular la política exterior de países andinos en asuntos relacionados con la integración, y coordinar posiciones conjuntas en foros o negociaciones internacionales[691], y *iii*) Comisión de la Comunidad Andina, conformada por delegados plenipotenciarios, encargados de formular, ejecutar y evaluar la política de integración en materia de comercio e inversiones, así como la producción de normas de obligatorio cumplimiento para los países miembros[692].

La CAN posee una Secretaría General encargada de administrar y coordinar el proceso de integración. En este mismo orden de ideas, CAN tiene el Tribunal Andino de Justicia, órgano jurisdiccional, que controla la legalidad de los actos de los órganos e instituciones. Asimismo dirime las controversias generadas entre los países, entre ciudadanos, o entre países y ciudadanos que incumplen con los acuerdos asumidos dentro de la Comunidad Andina[693].

Por último, el Parlamento Andino es el órgano de naturaleza comunitaria, deliberante, de representación ciudadana y de control político del Sistema Andino de Integración. Con sede en la ciudad de Bogotá, Colombia, ejerce funciones a través de la Oficina Central del Parlamento Andino. Cuya administración responde al Secretario General de la CAN,

---

[689] Fuente: Comunidad Andina, Sistema Andino de Integración - SAI, ¿Qué es el Sistema Andino de Integración?. Disponible en página web: http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=4&tipo=SA&title=sistema-andino-de-integracion-sai. (Fecha de consulta: 28-5-2017).
[690] *Ibidem*.
[691] *Ibidem*.
[692] *Ibidem*.
[693] *Ibidem*.

quien además es el Jefe de la misión diplomática frente al Estado colombiano[694]. En los casos de Bolivia, Ecuador y Perú los parlamentarios andinos ejercen de forma exclusiva su mandato[695]. Según el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino los parlamentarios andinos son elegidos por sufragio universal, por un período de dos años y también podrán ser reelegidos.

4.4.2. *MERCOSUR*

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) fue creado en virtud del Tratado de Asunción (Paraguay) en fecha 26 de marzo de 1991, suscrito por Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay. Su propósito fue claro, establecer un mercado común en un plazo de cuatro años para los miembros. A este proceso de integración posteriormente se incorporaron Venezuela y Bolivia. En su ingeniería admite la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos como ser la adopción de una política exterior común, o políticas macroeconómicas[696]. Por tanto, MERCOSUR se constituye en un proceso de integración económico y comercial.

En lo que respecta al Derecho comunitario europeo presenta notorias diferencias[697] pues no existe en MERCOSUR el efecto directo del Derecho comunitario sobre el Derecho interno. Las normas del primero no se incorporan directamente en el segundo. En este sentido, el artículo 42 del Protocolo de *Ouro Preto* obliga a los Estados a incorporar las normas comunitarias en el Derecho interno «cuando sea necesario». No es menos cierto que esta expresión resulta ambigua, dando lugar a diferentes interpretaciones para su aplicación.

---

694 Fuente: Comunidad Andina, Sistema Andino de Integración, Parlamento Andino. Disponible en página web: http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=34&tipo=SA&title=parlamento-andino. (Fecha de consulta: 28-8-2018).

695 *Ibidem.* Asimismo nominamos otros órganos que componen el Sistema Andino de Integración: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, CAF-Banco de desarrollo de América Latina, Fondo Latinoamericano de Reservas, Universidad Andina Simón Bolívar, Consejo Consultivo Empresarial Andino, Consejo Consultivo Laboral Andino, Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas, Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales, Convenio Sociolaboral Simón Rodríguez, Organismo Andino de Salud, Convenio Hipólito Unanue, Instancias Asesoras. Fuente: Comunidad Andina, Sistema Andino de Integración. Disponible en página web: http://www.comunidadandina.org/index.aspx. (Fecha de consulta: 28-8-2018).

696 BRICEÑO RUÍZ, Juan, «La integración regional en América Latina y el Caribe», *Procesos históricos y realidades comparadas*, Universidad de Los Andes, Venezuela, 2007, p. 355. En este sentido, subrayamos que, a la fecha, el Estado Plurinacional de Bolivia se encuentra en proceso de adhesión a MERCOSUR.

697 DERMIZAKY PEREDO, Pablo, «Derecho constitucional...»..., *op. cit.*, p. 838.

En este orden, existen tres diferencias de especial importancia entre Derecho comunitario y MERCOSUR: *i*) el Derecho del MERCOSUR no estipula derechos y obligaciones para los ciudadanos de cada Estado, ni legitima a éstos para reclamar por sus derechos ante los órganos comunitarios. En el Tribunal Arbitral son parte los particulares, pero acceden con restricciones, *ii*) en Europa, todo juez nacional es al mismo tiempo juez comunitario, por la unidad que existe entre Derecho comunitario y Derecho interno. Pero MERCOSUR no se pronuncia al respecto, y *iii*) en ningún instrumento se establece la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno, situación que ciertamente es una omisión[698].

El MERCOSUR tiene como objetivo principal propiciar un espacio común generador de oportunidades comerciales y de inversiones a través de la integración competitiva de las economías nacionales al mercado internacional[699]. En esta línea firmó múltiples acuerdos con países o también grupos de países, otorgándoles la categoría de Estados asociados, tal como sucede con los países sudamericanos. Dichos países participan en reuniones del bloque y tienen preferencias comerciales con los Estados parte[700]. En este contexto, la Cumbre Presidencial de *Ouro Preto* en 1994, aprobó un Protocolo Adicional al Tratado de Asunción, Protocolo de *Ouro Preto*, el mismo establece la estructura institucional del MERCOSUR así como el reconocimiento de su personalidad jurídica internacional[701].

Entre otras adhesiones y adopciones incluidas en la negociación del MERCOSUR puede indicarse: *i*) adhesión al Tratado de Asunción (TA), Protocolo de *Ouro Preto* (POP) y al Protocolo de Olivos (PO), *ii*) adopción del Arancel Externo Común (AEC), *iii*) adhesión al Acuerdo de Complementación Económica (ACE) 18 y Protocolos Adicionales, *iv*) adopción del acervo normativo del MERCOSUR, *v*) adopción de tratados celebrados en el marco del TA y *vi*) incorporación a los acuerdos celebrados con terceros países o grupos de países, y participación en las negociaciones externas[702].

En el año 2005 se creó el Parlamento del MERCOSUR (PARLASUR) que sustituyó a la Comisión Parlamentaria Conjunta. Se trata de un órgano unicameral y de representación ciudadana que incorpora la materia parlamentaria al proceso de integración económica y

---

[698] DERMIZAKY PEREDO, Pablo, «Derecho constitucional...»..., *op. cit.*, p. 838 y 839.
[699] Fuente: Mercosur, ¿Quiénes somos?, Países del Mercosur. Disponible en página web: https://www.mercosur.int/quienes-somos/paises-del-mercosur/. (Fecha de consulta: 29-5-2017).
[700] *Ibidem*.
[701] *Ibidem.*
[702] *Ibidem.*

comercial[703]. En julio de 2015, con la decisión que posiciona a Bolivia como miembro en proceso de adhesión al MERCOSUR, este país integra el PARLASUR con derecho a voz y participación, sin derecho a voto. Por tanto, en el momento en que se complete su adhesión plena, podrá tener el número de 18 parlamentarios en el organismo regional[704].

La composición inicial del Parlamento fue de 18 parlamentarios por país, designados por los Congresos nacionales de cada país. Así, el Acuerdo Político de 2009 establece normas para que los Estados parte sean representados, a partir de elecciones directas, en función al criterio demográfico correspondiente. Con base en ello, la institución parlamentaria se compondrá por representantes de los países según el siguiente número: Argentina, 43; Brasil, 75; Paraguay, 18; Uruguay, 18 y Venezuela, 33[705].

Por último, PARLASUR tiene un reglamento interno que prevé diez sesiones plenarias por año, en su sede Montevideo, o en su caso por solicitud, en el territorio de cualquier Estado parte. PARLASUR tiene diez comisiones permanentes para el ejercicio legislativo en temáticas específicas. Las comisiones ejercen la función de apreciación de la materia legislativa relacionada con el asunto al que se vinculan. Se encuentran compuestas por 14 parlamentarios[706].

4.4.3. *Otras Organizaciones Internacionales del sistema subregional*

Iniciaremos el presente apartado precisando que son los Estados y las Organizaciones Internacionales, quienes están dotados de plena subjetividad internacional, por tanto, se encuentran facultados para la realización de actos en la sociedad internacional. En referencia a las Organizaciones Internacionales del sistema subregional, cabe señalar que en el contexto concretamente latinoamericano y centroamericano se reconocen más de diez Organizaciones subregionales[707].

---

[703] *Ibidem*.
[704] *Ibidem.*
[705] *Ibidem*.
[706] *Ibidem.*
[707] Entre las organizaciones subregionales de Latinoamérica y el Caribe, están: Asociación de Estados del Caribe (AEC), Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), Comunidad Andina (CAN), Comunidad del Caribe (CARICOM), Grupo de Río, Mercado Común del Sur (Mercosur), Organización de Estados del Caribe Oriental (OECO), Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA), Parlamento Latinoamericano, Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) y Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA). Fuente: Acerca de la OEA, Nuestra Estructura, Organizaciones Subregionales. Disponible en página web:
https://www.oas.org/es/acerca/organizaciones_subregionales.asp. (Fecha de consulta: 4-8-2019).

No procede dada la naturaleza de este estudio elaborar un análisis pormenorizado respecto a cada Organización subregional por tratarse básicamente de organismos de cooperación económica y comercial, que no tienen mayor incidencia en la protección de los Derechos humanos. Si bien efectuaremos algunas consideraciones generales sobre los organismos, que en orden de prelación son los más importantes en el sistema subregional, como ser el caso de: *i*) Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), *ii*) Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA) y *iii*) Sistema de la Integración Centroamericana (SICA).

La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) es un organismo de carácter intergubernamental, que prosiguió con el proceso iniciado por ALALC en el año 1960. Promueve la expansión de la integración de la región americana, a fin de asegurar su desarrollo económico y social. Asimismo su objetivo final es el establecimiento de un mercado común para los países miembros. Son órganos de ésta Asociación: *i*) Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, *ii*) Conferencia de Evaluación y Convergencia y *iii*) Comité de Representantes. La Secretaría General es el órgano técnico de dicha Asociación[708]. Así, en fecha 12 de agosto de 1980, el Tratado de Montevideo 1980 (TM80) instituyó el marco regulador de ALADI, por el cual los trece países miembros constituyen el mayor grupo latinoamericano de integración[709]. Se conforma por trece países miembros, éstos son los siguientes: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. ALADI propugna el establecimiento de un área de preferencias económicas[710]. Por cuanto los objetivos estratégicos de ALADI, son: *i)* preferencia arancelaria regional, *ii*) acuerdos de alcance regional para todos los países miembros, y *iii*) acuerdos de alcance parcial, con la participación de dos o más países del área[711].

La Asociación permite abarcar los acuerdos subregionales, plurilaterales y bilaterales de integración en el continente. ALADI también funciona como marco institucional y

[708] Fuente: ALADI, Asociación Latinoamericana de Integración, Organigrama Institucional. Disponible a través del enlace: http://www.aladi.org/sitioaladi/organizacionInstitucional.html. (Fecha de consulta: 18-2-19).
[709] Fuente: ALADI, Asociación Latinoamericana de Integración, Acerca de ALADI. Disponible a través del enlace: http://www.aladi.org/sitioaladi/quienessomos.html. (Fecha de consulta: 18-2-19).
[710] *Ibidem*.
[711] MIRANDA BALCÁZAR, Iván, *La integración latinoamericana*, Instituto de Investigaciones en Ciencia Política, Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, 2015, p. 116.

normativo de integración latinoamericana, que pretende crear un espacio económico común entre los países de la región[712].

La Asociación tiene un sistema de apoyo a los países de menor desarrollo económico, que se regula e institucionaliza en el capítulo III del Tratado de Montevideo de 1980, cuyo objetivo principal es establecer para los países de Ecuador, Paraguay y Bolivia, amplias condiciones de participación en la integración económica y comercial de la región latinoamericana[713].

El Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA) se presenta como un organismo intergubernamental regional. Según el Convenio constitutivo de Panamá, suscrito el 17 de octubre de 1975, se crea el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA) con sede en Caracas[714]. Los Estados miembros de SELA, son éstos: Argentina, Brasil, Barbados, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela[715].

SELA tiene como objetivo promocionar un sistema de coordinación para concretar estrategias de interés común en el ámbito económico de los países de América Latina y el Caribe ante países de la comunidad internacional y organismos internacionales. Igualmente profundiza la cooperación y la integración entre países de América Latina y el Caribe[716]. Los órganos principales de SELA, son: *i*) Consejo Latinoamericano, *ii*) Secretaría Permanente, y *iii*) Comités de Acción. El Consejo es la máxima instancia del organismo y se compone por un representante de cada Estado miembro[717].

En cuanto a las actividades de SELA debe señalarse las siguientes: *i*) celebración anual de la reunión del Consejo Latinoamericano, *ii*) reuniones con expertos sobre temas de agenda económica regional y mundial, *iii*) relaciones de cooperación con instituciones

---

[712] *Ibidem*.
[713] Fuente: ALADI, Asociación Latinoamericana de Integración, PMDER, Sistema de Apoyo. Disponible a través del enlace: http://www.aladi.org/sitioaladi/PMDERSistemaDeApoyo.html. (Fecha de consulta: 18-2-19).
[714] *Ibidem*.
[715] Remitimos para profundizar a: ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL EN AMÉRICA LATINA, Tomo II, Instituto para la Integración de América Latina-Banco Interamericano de Desarrollo, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1986, p. 63 y ss.
[716] Fuente: Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, SELA, ¿Qué es el SELA?. Disponible a través del enlace: http://www.sela.org/es/que-es-el-sela/. (Fecha de consulta: 19-2-19).
[717] *Ibidem*.

públicas y privadas, e intergubernamentales, *iv*) cooperación multilateral y bilateral hacia la región de organismos internacionales y países, y *v*) impulso de la cooperación económica y técnica entre países en desarrollo[718].

El Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) es un proceso de integración en el ámbito centroamericano. Aunque los intentos integradores en Centroamérica devienen desde 1940, ocasión en que se creó el Instituto de Nutrición de Centroamérica y Panamá y el Consejo Superior Universitario Centroamericano[719]. Así el Protocolo de Tegucigalpa (Honduras) instituyó el Sistema de la Integración Centroamericana, el 13 de diciembre de 1991. De acuerdo con este instrumento los países conforman una comunidad económica-política, cuya aspiración es la integración de Centroamérica[720].

Respecto a los órganos principales del sistema, se destacan: *i*) Reunión de Presidentes, *ii*) Parlamento Centroamericano, *iii*) Corte Centroamericana de Justicia, *iv*) Reunión de Vicepresidentes, y *v*) Consejo de Ministros[721]. Cabe resaltar que la jurisdicción de la Corte Centroamericana de Justicia es obligatoria, y ante ella pueden ocurrir todos los sujetos del sistema, incluyendo las personas físicas y jurídicas privadas, las mismas que pueden demandar a los Estados y órganos del sistema[722]. Cuya resolución es vinculante.

En referencia a las competencias de ésta Corte de Justicia, se contextualiza: *i*) conocer controversias entre los Estados, exceptuando aquellas disputas fronterizas, territoriales y marítimas, *ii*) acciones de nulidad y de incumplimiento de los acuerdos del sistema, *iii*) asuntos que le somete directa e individualmente cualquier persona afectada por los acuerdos de los órganos del sistema y *iv*) actuar como Tribunal de Consulta Permanente de las Cortes Supremas de Justicia de los Estados y de los órganos del sistema[723].

5. RECAPITULACIÓN

Hemos podido determinar a los efectos analizados, que son tres los niveles de protección de los Derechos humanos y fundamentales para Bolivia. Por lo que señalamos: *i*) Sistema

---

[718] *Ibidem*.
[719] DERMIZAKY PEREDO, Pablo, «Derecho constitucional...»..., *op. cit.*, p. 840.
[720] Fuente: SICA, Sistema de la Integración Centroamericana, SICA en breve. Disponible en página web: http://www.sica.int/sica/sica_breve.aspx. (Fecha de consulta: 16-2-2019).
[721] *Ibidem*.
[722] DERMIZAKY PEREDO, Pablo, «Derecho constitucional...»..., *op. cit.*, p. 840.
[723] *Ibidem*.

internacional general: en el que la Carta de Naciones Unidas y la Carta Internacional de Derechos Humanos se ubica en el vértice, *ii*) el Sistema interamericano de Derechos humanos: en el que la Convención Americana ocupa el lugar primordial, y *iii*) Sistema constitucional nacional: en el que la Constitución se posiciona en la cúspide de todo el ordenamiento jurídico.

De este modo, hemos precisado que en el Sistema interamericano de Derechos humanos, representa especial importancia, la institución y funcionamiento de la Comisión IDH y la Corte IDH. Por tanto, se ha resaltado que la jurisprudencia de la Corte interamericana tiene carácter vinculante para los Estados parte, específicamente en cuanto a los principios de legalidad e irretroactividad se refiere. Salvaguardando los Derechos y Libertades de todas las personas.

Como hemos visto, el Estado boliviano al formar parte de la Convención Americana, por declaración expresa ha reconocido la jurisdicción interamericana, pero además el carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH. Continuando esta tónica, el Estado deberá observar las disposiciones contenidas en los artículos 1 y 2 de la CADH, nexo causal que existe entre ambos preceptos, por lo que debe proteger los derechos y asumir las medidas necesarias legislativas o de otra índole para efectivizar tales derechos. A lo que se suma, la importancia del control de convencionalidad y el Bloque de constitucionalidad.

Finalmente del análisis efectuado hemos determinado una línea demarcatoria con otras Organizaciones Internacionales a las que se conecta Bolivia, entre las que resaltan CAN y MERCOSUR. Éstas tienen por objetivo la cooperación económica y comercial de los Estados latinoamericanos. Situación similar acontece en Centroamérica, ámbito en el que SICA, ha desarrollado las mayores estrategias de cooperación económica y avances de unidad en la región.

CAPÍTULO III
LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD E IRRETROACTIVIDAD Y EL DEBIDO PROCESO: LÍMITES EN EL SISTEMA JURÍDICO BOLIVIANO

SUMARIO. 1. PLANTEAMIENTO GENERAL.- 2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN EL ORDENAMIENTO BOLIVIANO.- 3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- 3.1. Consideraciones en torno a su evolución jurídica.- 3.2. El Principio de legalidad en el Derecho boliviano.- 3.2.1. *Previsión constitucional y penal*.- 3.2.2. *Las garantías política, jurídica e institucional*.- 3.2.3. *Relación con la Teoría jurídica del delito*.- 3.3. Límite a la aplicación retroactiva de la ley desfavorable.- 4. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD.- 4.1. Consideraciones en torno a su evolución jurídica.- 4.2. El Principio de irretroactividad en el Derecho boliviano.- 4.2.1. *Previsión constitucional y penal*.- 4.2.2. *Las garantías política, jurídica e institucional*.- 4.3. La previsión de la retroactividad favorable.- 4.4. Límite a la aplicación retroactiva de la ley desfavorable.- 5. EL DEBIDO PROCESO.- 5.1. Consideraciones en torno a su evolución jurídica.- 5.2. El Debido proceso en el Derecho boliviano.- 5.2.1. *Previsión constitucional*.- 5.2.2. *Las garantías política, jurídica e institucional*.- 5.3. Vínculos con el Principio de proporcionalidad: jurisprudencia.- 5.4. La doctrina jurisprudencial de la «Triple Dimensión».- 5.5. Límite a la aplicación retroactiva de la ley desfavorable.- 6. RECAPITULACIÓN.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El capítulo anterior sirvió para observar la conexión multinivel de los órdenes: *i*) internacional, *ii*) regional americano, *iii*) nacional. Determinamos el marco multinivel normativo y jurisdiccional al que se conecta Bolivia en materia de protección y promoción de los Derechos humanos. Procede que analicemos los principios de legalidad e irretroactividad y Debido proceso. A tales efectos, abordaremos desde la perspectiva penal los dos primeros, y desde la perspectiva constitucional sólo el tercero.

El tratamiento del Principio de legalidad es fundamental para comprender la prohibición de la retroactividad de la ley penal desfavorable. Abordaremos la evolución jurídica del Principio de legalidad y su posición en el Derecho boliviano. Resulta muy importante que situemos el análisis del Principio de legalidad en la categorización de tres garantías nucleares: *i*) política, *ii*) jurídica e *iii*) institucional. Seguidamente precisaremos la vinculación del Principio de legalidad con la Teoría jurídica del delito.

Continuaremos con el estudio detallado del Principio de irretroactividad, para lo que abordaremos su evolución jurídica y posición en el Derecho boliviano. Siguiendo el hilo conductor propuesto, subsumiremos dicho principio en la categorización de tres principales garantías: *i*) política, *ii*) jurídica e *iii*) institucional. En atención a la doctrina de Derecho penal, transitaremos el siguiente eslabón referido a la retroactividad favorable.

Para completar efectuaremos un análisis del Debido proceso, de modo que tomaremos en cuenta su evolución jurídica y posición en el Derecho boliviano. Encuadraremos el Debido proceso en la categorización de tres relevantes garantías: *i*) política, *ii*) jurídica e *iii*) institucional. De manera que concluiremos subrayando los vínculos del Debido proceso con la doctrina jurisprudencial de la «Triple Dimensión».

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS EN EL ORDENAMIENTO BOLIVIANO

Partiremos haciendo referencia a BIDART CAMPOS, quien sostiene que la Constitución contiene un orden material o sustancial de valores, por lo que afirma «no es neutral porque toma partido por un sistema axiológico bien definido»[724]. En tal sentido, puntualiza que en la Constitución existe un conjunto de principios que, en común con los valores «... hacen del núcleo central para expandir su aplicación y su obligatoriedad a todo el resto del ordenamiento jurídico»[725] de modo que los principios tienen un efecto de irradiación en todo el ordenamiento jurídico, que nace en el ámbito material, axiológico o sustancial de las Constituciones.

A propósito de la trascendencia de los principios y valores en el ordenamiento jurídico, este autor afirma «...el plexo de valores y principios que compone el *techo ideológico* de la Constitución, es como decir su filosofía política y su 'espíritu'. Este espíritu tiene que alimentar a la 'letra' de la Constitución, o sea, a su texto, desde el 'contexto' en el que se sitúan los principios y valores»[726]. En esta misma línea, precisa que muchos principios y valores figuran explícitamente en las normas de la Constitución, pero la circunstancia de que figuren en su «letra» no obsta de que, en unidad con los implícitos, hacen parte de un «contexto» que se afilia al techo ideológico[727]. En efecto, evidenciamos que los principios de carácter explícito o implícito forman parte del acervo ideológico, filosófico y moral de

[724] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit.*, *Manual de...*, p. 323.
[725] *Ibidem*.
[726] *Ibidem*.
[727] *Ibidem*.

la Constitución. Máxime que los principios constituyen el espíritu inspirador de la letra misma de la Carta constitucional.

BIDART CAMPOS indica que éstos principios son normas, desde que normas son los textos en los cuales constan y quedan expresados,[728] en tal sentido apostilla: «...otra cosa distinta es el contenido de normas que consignan principios, porque ese contenido con enunciado normativo es el propio de cada principio que las normas enuncian, y es ese contenido el que no proviene de un invento o una creación voluntarista del autor de la Constitución»[729]. Además, enfatiza que sí importa la unidad de orden y de sentido que desde los principios se plasma hacia todo el ordenamiento jurídico, pues deben ser tomados en cuenta, no sólo para cubrir los vacíos ante la ausencia de normas, sino principalmente para comprender el sentido de las normas existentes[730].

En cuanto a los principios implícitos del ordenamiento jurídico se refiere, el autor afirma: «...cuando desde el 'contexto' de la Constitución inferimos que hay principios que no se encuentran estipulados normativamente de forma explícita no obstante igualmente hemos de explayar su aplicación infraconstitucional, porque desde el techo de la Constitución aquellos principios sin norma explícita han de funcionar y jugar su papel para alimentar al citado orden infraconstitucional»[731]. Por tanto, los principios implícitos son aquellos extraídos de los enunciados positivos, no necesitan normativización. Sirva de ejemplo la Constitución Boliviana (2009) que contiene en su base material el Principio de jerarquía normativa y Principio de supremacía constitucional, conforme se desprende claramente del artículo 410.II de la Constitución.

Para tratar la naturaleza jurídica de los principios en el orden jurídico boliviano debemos inexcusablemente partir del modelo de Estado reconocido en la Constitución. De modo que efectuaremos remitiéndonos al modelo de Estado boliviano, cuya caracterización es «Plurinacional, Comunitario e Intercultural» tal y como proclama el Preámbulo de la Constitución: «...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

[728] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit.*, *Manual de...*, p. 326.
[729] *Ibidem*.
[730] *Ibidem*.
[731] *Ibidem*.

una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos» y el artículo 1 de la Constitución, que dice: «Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país».

La contextualización jurídica señalada supone que las formas clásicas para designar al Estado como ser «Estado de Derecho», «Estado Social y Democrático de Derecho» son insuficientes para caracterizar al nuevo modelo de Estado, esto en razón de que asimilaría diferentes principios y valores provenientes del constitucionalismo liberal «Estado de Derecho», del constitucionalismo social «Estado Social y Democrático de Derecho», lo propio del neoconstitucionalismo «Estado Constitucional de Derecho», e introducción de las nociones de «plurinacional e intercultural» asentadas básicamente en el Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas[732]. Pero también, según la corriente del neoconstitucionalismo, la Constitución Boliviana llevaría implícito, la característica de «Estado Constitucional», y además «plurinacional e intercultural y unitario». A nuestro juicio es necesario aclarar que si bien esta amalgama de principios y valores incidirían en la configuración del modelo de Estado boliviano *sui géneris*, es importante remarcar que, el Estado siempre debe estar cuadrado en un esquema democrático y respetuoso con los apelativos constitucionales de social y de Derecho, más allá de otra elucubración.

Descritas las características de Estado, resulta que el carácter «plurinacional» es el cambio más notorio, constituyendo el hecho fundante básico del Estado y de la Constitución, de conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas y el reconocimiento de la dignidad de los pueblos indígenas (artículos 9.2, 14.II y III de la Constitución), más la libre determinación de los pueblos. En este sentido, la Sentencia Constitucional 0258/2011-R, de 16 de marzo de 2011, estableció que el «Estado Plurinacional» se distancia de los fundamentos del «Estado nación», éste último caracterizado por el «monoculturalismo y el monismo jurídico», y en su lugar reconoce a

[732] La Sentencia más representativa en esta materia, fraguada por el Tribunal Constitucional, es la Sentencia Constitucional 0112/2012, de 27 de abril de 2012, por lo que remitimos a su tenor *in extenso*.

los pueblos indígena originario campesinos como auténticas naciones, con capacidad de autodeterminación. De manera que el carácter «plurinacional» responde a la composición plural de la sociedad boliviana, apareciendo un «Estado Constitucional de Derecho de carácter Plurinacional»[733].

El Derecho como manifestación cultural según HÄBERLE, no puede ser interpretado de forma exclusiva en virtud de sí mismo. Necesita para su comprensión ser conjugado con la realidad cultural de la época a la que pertenece, así como al transcurso histórico que lo ha originado. Así HÄBERLE afirma que un primer nexo entre Constitución y Cultura lo ofrece el Derecho constitucional cultural, al ser «una suma de las normas constitucionales que abarcan los asuntos culturales en sentido estricto de las Constituciones»[734]. Señala que en países en desarrollo el Derecho constitucional de la Cultura, gira en torno a las cláusulas sobre patrimonio cultural e identidad cultural, situación por la que afirma: «...se conserva retrospectivamente el patrimonio cultural, a través de las cláusulas de protección e identidad (bienes culturales nacionales) y también por los artículos sobre la lengua»[735].

HÄBERLE en esta tónica reafirma la protección y promoción de la cultura, patrimonio cultural, diversidad de lenguas, identidad cultural, manifestaciones culturales indígenas. Postura que está refrendada por el artículo 48 de la Carta de la OEA, cuyo tenor dice: «Los Estados miembros, (...) se considerarán individual y solidariamente comprometidos a preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos». Precisamente en cuanto al Derecho constitucional de la Cultura, el autor afirma: «Lo determinante sigue siendo el enfoque antropológico: el ser humano tiene distintas necesidades culturales, a las cuales debe dar un marco óptimo el Derecho constitucional»[736].

---

[733] Paradigmática a estos efectos resulta en Bolivia la Sentencia Constitucional 0258/2011-R, de 16 de marzo de 2011, que *ad litteram* estableció: «Además de ser un Estado constitucional de Derecho, el Estado boliviano también tiene carácter Plurinacional (art. 1 de la Constitución), por el cual se quiebran los fundamentos del Estado nación caracterizado por el monoculturalismo y el monismo jurídico y se reconoce a los pueblos indígena originario campesinos como naciones, con capacidad política para definir sus destinos (Irigoyen Fajardo, Raquel, El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización), aunque en el marco de la unidad del Estado, conforme lo determina el art. 2 de la CPE. En ese entendido, y siguiendo a Alberto del Real Alcalá, la Constitución boliviana quiebra el modelo de Estado propio del 'liberalismo homogeneizador decimonónico y, por consiguiente, quiebra la nación jacobina, abstracta, uninacional, centralista y unicultural' que ha sido altamente ineficaz desde todos los puntos de vista a la hora de gestionar una sociedad plural como la de Bolivia; y que en la práctica ha fulminado e invisibilizado cualquier diferencia étnica, cultural o nacional. E instaura, en su lugar, un Estado Constitucional de Derecho de carácter Plurinacional».

[734] HÄBERLE, Peter, *op. cit*., *El Estado*..., p. 362.

[735] HÄBERLE, Peter, *op. cit*., *El Estado*..., p. 366.

[736] HÄBERLE, Peter, *op. cit*., *El Estado*..., p. 377.

En mérito a lo anterior, es posible sostener que el nuevo modelo de Estado adoptado en Bolivia está intrínsecamente vinculado con los principios y valores que se originan en el caudal cultural de los pueblos indígenas. Estos principios surgen de aquellos pueblos que habitaron los territorios ancestrales antes de la conquista española, durante la colonia y en el advenimiento de la República. Cuya expansión se ha producido en todo el continente americano, pero con particularidad en Bolivia, nos referimos a los quechuas y aymaras habitantes del occidente boliviano, a las faldas de la cordillera de los Andes. La dimensión y concepción de orden jurídico de éstos principios se asume en el «Estado Plurinacional e intercultural», que se encuentra enmarcado en el denominado «Estado constitucional de Derecho plurinacional e intercultural traspasado por la Unidad de Estado»[737].

En lo que respecta a la validez normativa, jerarquía y obligatoriedad de las normas constitucionales-principios en la Constitución de 2009, con relación a aquellas normas constitucionales-reglas, y de las primeras respecto de las normas legales-reglas (leyes sustantivas o procesales) no tienen asidero en el artículo 229 de la Constitución abrogada, que disponía: «Los principios, garantías y derechos reconocidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio ni necesitan de reglamentación previa para su cumplimiento»[738]. Ello en la medida en que no se reconocía un precepto constitucional explícito sobre los principios, por tanto, su fundamento contundente debía encontrarse en el carácter normativo-axiológico de la propia Constitución[739].

Por su parte, en la Constitución Política de 2009, las normas constitucionales-principios reconocidas en el texto constitucional tienen validez normativa, prelación jerárquica y son obligatorias respecto a las normas constitucionales-reglas, y con relación a las normas legales-reglas (leyes sustantivas o procesales), por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución[740].

Ahora bien las normas constitucionales-principios están previstas en el Preámbulo de la Constitución así: «Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos con principios». Así mismo, en el texto constitucional literalmente a tenor del artículo 8.II: «El Estado se sustenta en los valores de...», artículo 48.II: «Las normas laborales se interpretarán y

[737] *Cfr*. Sentencia Constitucional 773/2005-R, de 7 de julio de 2005.
[738] *Cfr*. Sentencia Constitucional 0112/2012, de 27 de abril de 2012.
[739] *Cfr*. Sentencia Constitucional 0112/2012, de 27 de abril de 2012.
[740] *Cfr*. Sentencia Constitucional 0112/2012, de 27 de abril de 2012.

aplicarán bajo los principios...» y artículo 178.I: «La potestad de impartir justicia, (...) se sustenta en los principios...»[741]. La obligatoriedad de las normas constitucionales-principios, se fundamenta en el artículo 9 de la Constitución, que ordena: «Son fines y funciones esenciales del Estado: 4. Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución», disposición que es concordante con el artículo 108 de la Constitución: «Son deberes de las bolivianas y de los bolivianos: 3. Promover y difundir la práctica de los valores y principios que proclama la Constitución»[742].

En el mismo sentido, estos mandatos jurídicos son de cumplimiento obligatorio para los legisladores y las naciones y pueblos indígena originario campesinos, en el momento de legislar o en la interpretación y aplicación del Derecho indígena. En términos similares, para el Órgano Ejecutivo, en su función reglamentaria, y para las autoridades judiciales o administrativas en la interpretación y aplicación de la Constitución y la ley. La finalidad es obtener coherencia entre la normativa creada y los principios constitucionales[743].

Los principios conforme ordenó la Sentencia Constitucional 773/2005-R, de 7 de julio de 2005, ocupan un sitio preponderante en el orden constitucional, los mismos están en la cúspide. De manera que hacen referencia a las normas que fundamentan el sistema constitucional. Asimismo, constituyen mandatos jurídicos que se encuentran dirigidos, en primer término, al legislador para que los tome en cuenta en el proceso de creación de las normas, observando que exista armonía entre la ley y los principios constitucionales. En segundo término, se dirigen a las autoridades judiciales o administrativas que aplican las normas jurídicas, máxime que los principios son jerárquicamente superiores, y por tanto, presiden la interpretación de todo el ordenamiento, e inclusive de la Constitución misma. En efecto, los principios tienen carácter informador en todo el ordenamiento jurídico, lo que implica que los principios son directrices en la elaboración de las leyes y en la labor interpretativa. También constituyen parámetro para determinar la inconstitucionalidad de las normas.

En cuanto a este último punto, las Sentencias Constitucionales 1110/2002-R, de 16 de septiembre de 2002 y 136/2003-R, de 6 de febrero de 2003, establecieron que el control

[741] Véase Sentencia Constitucional 0112/2012, de 27 de abril de 2012.
[742] Véase Sentencia Constitucional 0112/2012, de 27 de abril de 2012.
[743] Véase Sentencia Constitucional 0112/2012, de 27 de abril de 2012.

de constitucionalidad normativo, competencial, o en cuanto a la protección de Derechos fundamentales, no sólo debe contrastar la norma impugnada con el texto de las normas constitucionales infringidas, sino que tal juicio de constitucionalidad debe extenderse a los principios. Inclusive dicha línea jurisprudencial determina la posibilidad de que la contrastación se inicie con los principios del ordenamiento constitucional.

Por lo tanto, puede sostenerse que los principios, tienen efecto de irradiación así como de transversalidad en el resto del ordenamiento constitucional y jurídico. De manera que la base principista contenida en la parte dogmática de la Constitución, cuyos dispositivos son los principios, valores, derechos y garantías serán la guía de la acción de los órganos del poder público, o de la organización pública, que se desarrolla justamente sobre la base de la parte dogmática, que es considerada parte *nuclear* del ordenamiento constitucional. A continuación abordaremos el análisis de los principios en el sistema de fuentes, así como una breve introducción al estudio de los principios de legalidad e irretroactividad en el orden constitucional.

Los principios en el sistema de fuentes: Debemos referirnos al artículo 8.I de la Constitución, cuyo tenor dice: «El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi marei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble)».

Cabe señalar que los principios ético-morales, antes de ser incorporados a la Constitución vigente, tenían valor únicamente para el Derecho indígena, pues así, eran estimados como valiosos por la cultura y Derecho de las naciones y los pueblos indígenas[744]. Pero una vez incorporados en la Constitución (2009), asumieron carácter normativo, consecuentemente no son puras y simples declaraciones, sino más bien, imponen al poder público y también a los particulares, la obligación de observarlos, desarrollarlos y aplicarlos[745].

Según el artículo 8.I de la Constitución, dentro de los principios y valores del «Estado Plurinacional de Bolivia», que asume y promueve con carácter ético-moral de la sociedad plural, como ser el *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón) éstas son máximas milenarias que fueron constitucionalizadas, y direccionan

[744] En el sentido que hemos señalado, véase la Sentencia Constitucional 0112/2012, de 27 de abril de 2012.
[745] *Cfr*. Sentencia Constitucional 0112/2012, de 27 de abril de 2012.

la moral que toda persona natural o jurídica debe practicar en sus actividades[746]. De modo que, los principios ético morales: *ama qhilla, ama llulla y ama suwa*, vinculados entre sí, constituyen directrices de observancia obligatoria para los jueces, en ocasión de resolver los derechos y garantías constitucionales sometidos a su conocimiento[747]. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ordena que la base moral de la dignidad humana, que está inmersa en el concepto de plurinacionalidad, incluye a todos los principios ético-morales de la sociedad plural.

Hasta este punto se ha realizado una sucinta contextualización de los principios ético-morales, contenidos en la primera parte de la Constitución. Conviene ahora determinar la ubicación de los principios en el plano de las demás fuentes del ordenamiento jurídico. Para ello, partiremos necesariamente de las premisas fundamentales de supremacía de la Constitución y jerarquía normativa.

BIDART CAMPOS manifiesta que la supremacía de la Constitución contempla dos sentidos: «un sentido fáctico, propio de la Constitución material, significa que dicha Constitución material es el fundamento y base de todo el orden jurídico-político de un Estado»[748]. Pero también, el autor afirma, que el sentido de supremacía constitucional apunta a que «la Constitución formal, revestida de superlegalidad, obliga a que normas y actos estatales privados se ajusten a ella»[749] de tal manera que todo el orden jurídico-político del Estado debe guardar compatibilidad con la Constitución formal[750]. En esta tónica, el autor señala, que la doctrina de la supremacía de la Constitución debe ser compatible con el Derecho internacional, afirmando que «...la supremacía significa que la Constitución es la fuente primaria y fundante del orden jurídico estatal»[751].

KELSEN en cuanto a la supremacía de la Constitución afirma que: «...un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas sino es una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos»[752]. En lo relativo al orden jurídico nacional, procede a describir la estructura jerárquica, en estos términos: «...el

[746] *Cfr*. Sentencia Constitucional 0112/2012, de 27 de abril de 2012.
[747] *Cfr*. Sentencia Constitucional 0112/2012, de 27 de abril de 2012.
[748] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit., Manual de...*, p. 334.
[749] *Ibidem*.
[750] *Ibidem*.
[751] *Ibidem*.
[752] KELSEN, Hans, *op. cit., Teoría Pura...*, p. 147 y ss.

grado superior del derecho positivo es la Constitución, (...) cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación»[753]. Siguiendo ésta lógica, KELSEN, puntualiza: «...una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso una mayoría calificada o un *quórum* más elevado; es decir, un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades»[754]. Tomando en cuenta la postura del autor, podemos evidenciar la estructura lógica de gradación de las normas jurídicas, así como la rigidez constitucional, última que actúa como una garantía de la supremacía de la Constitución.

Para BALAGUER CALLEJÓN la supremacía constitucional se complementa con el instituto de la rigidez constitucional, dado que «supone que la Constitución establece sus propios procedimientos de reforma, diferenciándose así de las fuentes legales e impidiendo que la modificación de sus preceptos pueda ser llevada a cabo por el legislador. Es más, la Constitución se agota en el acto constituyente»[755].

Este autor, respecto a la primacía de la Constitución, afirma: «En el Estado constitucional de derecho, la Constitución, en cuanto consenso fundamental del Estado y la sociedad establece las condiciones de validez no sólo del resto de las fuentes del derecho sino también de los diversos ordenamientos que, en su caso, coexisten bajo su territorio. Pluralidad de fuentes y de ordenamientos a la que se une la pluralidad de principios de estructuración del ordenamiento (jerarquía, competencia) y la función normativa de los órganos jurisdiccionales»[756].

Señala además que al colocar a la Constitución en el vértice de dicho orden, ella -desde dicha cúspide- dispone cuál es la gradación jerárquica del mismo orden, por ello: «como fuente primaria y fundante puede ocurrir que la Constitución resigne el primer plano, para reconocer en dicho nivel más alto que el de ella misma al Derecho internacional y/o al Derecho de la integración supraestatal y su derivado, el Derecho comunitario»[757].

---

[753] *Ibidem*.
[754] *Ibidem*.
[755] AA.VV., *op. cit*., *Derecho constitucional*..., p. 109.
[756] BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, «Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, septiembre-diciembre de 2003, p. 187.
[757] *Ibidem*.

Según BIDART CAMPOS existe una redefinición de supremacía constitucional, así «...en el retoque de '*aggiornamiento*' que se hace a la doctrina de la supremacía de la Constitución, esa doctrina subsiste y la Constitución sigue siendo suprema en cuanto siempre es fuente primaria y fundante del orden jurídico estatal y decide su prelación, aunque ella misma -al establecer la gradación jerárquica de ese orden- ceda acaso el primer nivel al Derecho internacional o al Derecho de la integración»[758].

De acuerdo con lo anterior, indicaremos en el contexto boliviano, que el artículo 410.II de la Constitución, dispone expresamente la supremacía constitucional, cuyo tenor dice: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa». En este mismo orden, el artículo 411.I y II de la Constitución prevé la rigidez constitucional, mediante el establecimiento de procedimientos agravados, para trámite de la reforma constitucional.

En lo que se refiere a la jerarquía normativa, ANDALUZ, apunta que en el ordenamiento jurídico boliviano, los criterios de «jerarquía y de competencia» determinan la estructura del sistema jurídico boliviano[759]. En función a ello, y de acuerdo con el artículo 410.II de la Constitución, la gradación jurídica de las unidades normativas se encuentra configurada de la siguiente forma: 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. 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

Tal como ordena la jurisprudencia, la supremacía constitucional fundamenta de validez a todo el sistema jurídico, en atención al artículo 410.II de la Constitución. Pero no sólo en cuanto a jerarquías y competencias de orden formal se trata, sino respecto a los principios, valores, derechos y garantías. Dispositivos todos, que coexisten sobre la «base material pluralista», y se conectan entre ellos, como plasmación de la «base intercultural». De ahí que, los principios informan todo el orden constitucional y legal[760].

Siguiendo este hilo conductor, la Constitución, si bien es considerada norma jurídica, no puede ser comprendida solamente como Constitución en sentido formal, *contrario sensu*,

[758] *Ibidem*.
[759] ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *op. cit.*, «La Estructura...»..., p. 494.
[760] En el sentido indicado, véase Sentencia Constitucional 773/2005-R, de 7 de julio de 2005.

ciertamente se diferencian las normas constitucionales de las leyes, básicamente en que las primeras son normas constitucionales-principios, pues tienen pluralidad de principios constitucionales, derechos y garantías, y sólo supletoriamente normas constitucionales-reglas[761]. Refrenda esta posición jurídica, la Sentencia Constitucional 0258/2011-R, de 16 de marzo de 2011, cuyo fundamento determina que la Constitución es entendida no sólo formalmente, como reguladora de las fuentes del Derecho, de la distribución y del ejercicio del poder entre los órganos estatales, sino también como la «Ley Suprema», que contiene un conjunto de valores, principios, derechos y garantías. Prosigue así admitiendo diferentes mecanismos jurisdiccionales, y un órgano especializado encargado de velar por el cumplimiento de sus normas, como es el Tribunal Constitucional, dando plena vigencia al principio de supremacía constitucional.

En definitiva, las normas constitucionales-principios constituyen la pluralidad de valores, principios, Derechos fundamentales no sólo individuales (liberales y sociales) sino un amplio catálogo de derechos y garantías, principios y valores plurales y colectivos, que la Constitución representa como un pacto de postulados distintos que deben coexistir[762]. De modo que, las normas constitucionales-principios, tienen una influencia determinante en el significado jurídico de las normas constitucionales-reglas y normas legales-reglas, éstas últimas entendidas como leyes, Códigos sustantivos y procesales. Pero no viceversa, debido principalmente a que el ordenamiento jurídico procura la coherencia *intra* sistema.

Por tanto, antes de acudirse a las normas constitucionales-reglas, o normas legales-reglas, debe acudirse a las normas constitucionales-principios, que se encuentran formulados en el texto de la Constitución, que son aquellos principios ético-morales de la sociedad plural (artículo 8.I) y los valores (artículo 8.II). Si bien tales principios han sido instituidos por el legislador constituyente, no es obstáculo, para que sean desarrollados y modulados por los jueces.

Para concluir, señalamos que los principios están en el ámbito material de la Constitución, conectados con las nociones de plurinacionalidad e interculturalidad. Así, componen la base moral o filosófica de la Constitución, que colma vacíos normativos e interpreta las normas o reglas jurídicas para manifestar una correcta aplicación de la norma jurídica.

---

[761] *Cfr*. Sentencia Constitucional 773/2005-R, de 7 de julio de 2005.
[762] *Cfr*. Sentencia Constitucional 773/2005-R, de 7 de julio de 2005.

Subrayamos que la aplicación de los principios en el marco del ordenamiento jurídico boliviano, se realiza de forma *transversal*, con relación a las demás fuentes, como ser la ley, decreto, o normas subnacionales. Informando todo el sistema jurídico. Amparados por la supremacía constitucional y la base material que franquea la misma Constitución.

Los principios de legalidad e irretroactividad en el orden constitucional: partamos de la premisa que la Constitución Boliviana (2009) supone el asentamiento de la consagración de los principios de legalidad e irretroactividad. Se regulan en el Título II «Derechos Fundamentales y Garantías», Capítulo primero «Disposiciones Generales» por medio de la garantía de la norma legal establecida, conforme al artículo 14.IV de la Constitución, cuyo tenor expresa: «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 éstas no prohíban». Del mismo modo la ley previa de conformidad con el artículo 116.II de la Constitución, cuyo tenor reza: «Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible».

Asimismo, el artículo 123 de la Constitución, situado en el Capítulo primero «Garantías Jurisdiccionales», que proclama la irretroactividad de la ley y la retroactividad de la ley favorable, en los términos siguientes: «La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o imputado...».

A continuación nos detendremos brevemente en la definición de éstos principios, con el propósito de observar su contenido doctrinal. No obstante, debemos señalar expresamente que la profundización de los principios de legalidad e irretroactividad será materia tratada en los epígrafes posteriores, que nos permitirán completar la línea trazada por el Derecho penal.

Según afirma ZAFFARONI en el sistema penal vigente, la única fuente del Derecho penal o la única fuente inmediata, es «la ley en sentido material»[763]. El autor enfatiza que la costumbre no es fuente del Derecho penal por el Principio de legalidad constitucional[764],

[763] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 124.
[764] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *Tratado de...*, p. 124 y 125.

como tampoco la jurisprudencia es fuente del Derecho penal en sentido estricto, aunque se trate de jurisprudencia plenaria[765].

ZAFFARONI señala expresamente que una cosa es tener en cuenta los principios generales del Derecho para interpretar la ley, y otra muy distinta, es pasar por sobre el Principio de legalidad con estos principios, por lo que sostiene: «...en el primer sentido, sería absurdo pretender que la ley penal no debe interpretarse de acuerdo con los principios generales del Derecho; y en el segundo sentido, estos principios no pueden arrasar el Principio de legalidad, pues éste es una derivación de los principios generales del Derecho penal, impuesto por la seguridad jurídica»[766]. Así el Principio de legalidad se fundamenta en la certeza de la ley o del Derecho, que significa que toda persona conoce o puede conocer la norma prevista como prohibida en el ordenamiento jurídico, de tal manera que deberá adecuar su conducta a éstos cánones y actuar con prudencia a fin de no incurrir en posibles sanciones jurídicas, traducidas en penas.

En este orden de ideas, el autor subraya que la única fuente de conocimiento del Derecho penal es la ley penal, afirmando que: «...del Principio de legalidad, como consecuencias ineludibles, se derivan los principios de irretroactividad de la ley penal incriminatoria o más gravosa y la proscripción de la integración analógica de la ley penal»[767]. Tal como puede advertirse ZAFFARONI vincula el Principio de legalidad penal con el Principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, por tratarse ésta última de una problemática encuadrada en la vigencia de la ley en el tiempo. Al hilo de la posición doctrinal de otros autores, ZAFFARONI, comparte la aceptación explícita de aplicar la ley retroactivamente cuando sea favorable al encausado.

Por su parte MAGGIORE resalta que la fuente principal o por excelencia del Derecho es la ley, en esta lógica asegura que: «...el proceso de codificación -que en la producción del Derecho sustituyó la sociedad por el Estado- hizo que se proclamara la ley, y solo la ley, como fuente del Derecho»[768]. Conectado a ello, este autor alude directamente al Principio de legalidad, por lo que afirma «...tal principio ha hecho sentir con mayor intensidad su peso en el Derecho penal, en el cual, aunque en otros tiempos se dejara a la costumbre la

[765] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *Tratado de*..., p. 126.
[766] *Ibidem.*
[767] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *Tratado de*..., p. 131.
[768] MAGGIORE, Giuseppe, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 138.

creación de delitos y penas, acabó por imponerse sin excepción la máxima *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*»[769]. Éste aforismo significa: ningún delito, ninguna pena sin ley previa. De modo contundente se reconoce dicho principio en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, cuyo tenor dice: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito».

MAGGIORE continúa manifestando que el Principio de legalidad se relaciona con cuatro problemas en el sistema jurídico, éstos son: *i*) analogía *iuris*, *ii*) retroactividad de las leyes, *iii*) costumbre *praeter* y *contra legem* (fuera de la ley y contra la ley) y *iv*) reglamentos, no delegados, que prescriben sanciones penales[770]. Además, señala que el Principio de legalidad y de reserva constituyen el anverso y el reverso de una misma medalla, si bien son enunciados con diferentes destinatarios, precisa que «...el Principio de legalidad tiene vigencia en el ámbito penal, el Principio de reserva es aplicable a cualquier disposición de autoridad que tenga facultad de 'obligar' o de 'privar'»[771].

Concluimos este epígrafe con las palabras de ZAFFARONI, quien precisa que el Principio de legalidad fue enunciado en latín por *Anselm von Feuerbach*, con el reconocimiento de las tres máximas fundamentales: *i*) *nulla poena sine lege*, *ii*) *nulla poena sine crimine* y *iii*) *nullum crimen sine poena legali*[772]. Por tanto, desde esta perspectiva, el Principio de legalidad implica tres premisas nucleares: *i*) irretroactividad de la ley penal más gravosa, *ii*) proscripción de la integración analógica de la ley penal *in malam partem* y *iii*) principio de culpabilidad. En los siguientes apartados procederemos con el análisis pormenorizado de éste principio, tomando en cuenta el punto de vista de las garantías política, jurídica e institucional.

3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Procede analizar en este punto el Principio de legalidad, que es fundamental en el Derecho penal. De ello lograremos extractar su posición en el Derecho boliviano y encuadrarlo en

[769] *Ibidem.*
[770] MAGGIORE, Giuseppe, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 141.
[771] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *Tratado de*..., p. 139.
[772] *Ibidem.*

las garantías política, jurídica e institucional. Conectaremos éste principio con la Teoría jurídica del delito.

Afirmamos pues que dicho principio se vincula directamente con la seguridad jurídica y reserva de ley. Es piedra angular del Estado de Derecho. En el ámbito del Derecho penal se encarna en la regulación de los delitos y de las penas, teoría propugnada por BECCARIA. El Principio de legalidad se presenta así como regla de oro, íntimamente ligado al Estado de Derecho.

3.1. Consideraciones en torno a su evolución jurídica

Iniciaremos contextualizando que existe un auténtico consenso en la doctrina penal, que considera al Principio de legalidad como uno de los pilares fundamentales del Derecho penal moderno[773]. Recordemos que ROXIN sobre el Principio de legalidad, señala que se expresa en la máxima «no hay delito ni pena sin ley» por lo que afirma que tiene una vinculación directa con el Estado de Derecho[774].

ROXIN continúa indicando a este tenor que: «...un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino del Derecho penal. El ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviatán» consecuentemente matiza que «...el Principio de legalidad, evita una punición arbitraria, sin ley o retroactiva»[775]. De acuerdo con las palabras de este autor, podemos probar la conexión establecida entre el Principio de legalidad y la imposibilidad de aplicar retroactivamente la ley desfavorable al encausado.

Nos detendremos seguidamente a analizar brevemente este punto advertido por ROXIN referido a que el Principio de legalidad se conecta con el Estado de Derecho, toda vez que el Poder Público tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas. En función a ello, cabe puntualizar que la Constitución de 2009 a tenor del artículo 1, dispone: «Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre,

---

[773] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, con la colaboración de MORALES PRATS, Fermín, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 48. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 86.
[774] ROXIN, Claus, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 137.
[775] *Ibidem.*

independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país».

Pero si tomamos en cuenta éste precepto constitucional, desde un plano comparativo con la Constitución de 2004, que en su artículo 1, ordenaba: «I. Bolivia libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural constituida en República Unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa y participativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos. II. Es un Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad y la justicia» con meridiana claridad advertimos que el artículo 1 de la Constitución actual omite definir que Bolivia es un Estado de Derecho, a diferencia de la Constitución de 2004, que a tenor del artículo 1.II, disponía de forma expresa el «Estado de Derecho», situación que no es casual ni mucho menos descuido, sino que responde a la estrategia diseñada desde la Asamblea Constituyente, cuya finalidad fue cambiar completamente el modelo de Estado con la introducción de fuertes inclinaciones ideológicas, que como es lógico, no encuadraban en la noción de Estado de Derecho.

Tal y como habíamos observado en la primera parte de este estudio, extractamos que el proceso constituyente boliviano que promovió ideas de refundación del Estado, introdujo términos en el modelo de Estado como «plurinacional» o «comunitario»[776], no obstante omitiendo la palabra Estado de Derecho. LAZARTE en cuanto a este punto nuclear del denominado nuevo constitucionalismo boliviano, afirma fundadamente que el «Estado de Derecho» fue manifiestamente incompatible con el modelo de Estado que se pretendía aprobar al interior de la Asamblea Constituyente, pues se amparaban en una ideología socialista y antirepublicana[777]. A propósito de las palabras del ex constituyente LAZARTE: «...la conceptualización 'plurinacional' es la eliminación de la Constitución actual de la figura del Estado de Derecho, en contraste con las Constituciones actuales del mundo en las que la referencia al 'Estado de Derecho' es un principio ineludible»[778]. De este modo, LAZARTE devela que dicha eliminación evidencia la ausencia de una relación inherente entre Estado Plurinacional y Estado de Derecho, la misma que fue confirmada «...en los

[776] Para profundizar sobre el modelo de «Estado» que aparece recogido en la CB 2009 consúltese el capítulo I, epígrafe 2.3. «El Estado Plurinacional» de este trabajo.
[777] LAZARTE ROJAS, Jorge, *op. cit.*, *Reforma del*..., p. 85 y 86.
[778] *Ibidem.*

proyectos originales del MAS presentados a la Asamblea Constituyente»[779]. El autor hila un poco más, resaltando que la ausencia del Estado de Derecho no fue un descuido, sino que manifestó el hecho de que los constituyentes del MAS tenían un verdadero desprecio por el «derecho»[780].

Ahora bien, según la literalidad del artículo 1 de la Constitución en vigencia, ciertamente Bolivia no es un Estado de Derecho[781], visiblemente por cuanto no lo reconoce así el texto constitucional, lo que impacta directamente en la vigencia de la máxima *no hay delito ni pena sin ley*, manifestable como límite a la potestad punitiva. Ello en atención a la especial importancia del Principio de legalidad, que naturalmente impide una punición arbitraria. En otros términos, que la ley penal sea indefinida, o se aplique retroactivamente de forma desfavorable al encausado. Todo ello converge, obviamente, en la seguridad jurídica y no aplicación de la analogía.

Habiendo realizado esta matización jurídica, de extrema necesidad para los fines de éste estudio y la comprensión de la magnitud del Principio de legalidad, que se despliega en ley previa, reserva de ley, seguridad jurídica así como Estado de Derecho. A continuación efectuaremos el análisis de la evolución jurídica de este principio, desde la perspectiva de los autores más representativos, que nos ofrece el Derecho penal.

Así la máxima *no hay delito ni pena sin ley*, que se traduce en el Principio de legalidad, siguiendo a ROXIN se desdobla en dos acepciones nucleares: *i*) no hay delito sin ley y *ii*) no hay pena sin ley. Para ROXIN el principio *no hay crimen o delito sin ley* o *nullum crimen sine lege* es un postulado básico del Estado de Derecho, de modo que apostilla: «...el artículo 103 II GG expresa un hecho, sólo se puede castigar si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho»[782]. En este mismo sentido, dicho autor afirma expresamente que «...por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla

[779] *Ibidem.*
[780] *Ibidem.*
[781] Nota bene: esta afirmación es a nuestro juicio fundada *ad litteram* del artículo 1 de la Constitución de 2009. En el sentido indicado, tómese en cuenta la disposición contenida en el artículo 1 de la Constitución de 2004. Se excluye aquí cualquier otra consideración que por ficción jurídica aprecie lo contrario. Ejemplo de ello, determinada jurisprudencia constitucional que module esta situación o posturas de algunos juristas que pretenden torcer la verdad. Nos encuadramos pues sólo en el texto de la Constitución.
[782] ROXIN, Claus, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 137.

como motivo de sanciones jurídicopenales si antes lo advertido expresamente en la ley»[783].

ROXIN subraya que Franz V. LISZT denominó al Código penal, cuya función principal fue combatir el delito, con la fórmula de: «la Carta magna del delincuente»[784], a este tenor, señala que «...la *Magna Charta Libertatum* británica (1215) protegía al individuo de intromisiones arbitrarias del poder estatal, el Código penal pone a cubierto al ciudadano (honrado como no honrado) de todo castigo por una conducta que no haya sido claramente declarada punible antes del hecho. Que con ello en alguna ocasión pueda quedar impune una conducta especialmente refinada, socialmente nociva y por ello merecedora de pena, es el precio que ha de pagar el legislador por la seguridad jurídica (por la calculabilidad de la aplicación de la potestad punitiva del Estado)»[785]. Pero además, ROXIN, aporta que el Principio *no hay delito sin ley* se completa con la fórmula *no hay pena sin ley* o *nulla poena sine lege*, por tanto sentencia: «...no sólo la circunstancia de que una determinada conducta sea ya punible, sino también la clase de pena y su posible cuantía han de estar legalmente fijadas antes del hecho»[786]. Evidentemente, de acuerdo con la posición teórica del autor, el Principio de legalidad, se manifiesta en que toda conducta calificada como delito, debe estar prevista, inexcusablemente, con anterioridad en la ley. También la pena debe regularse de forma anterior a la comisión del hecho ilícito.

---

[783] *Ibidem.* En cuanto al Principio «no hay delito sin ley» ROXIN lo ejemplifica del siguiente modo: «Cuando aparecieron las máquinas automáticas que funcionan con monedas, que obviamente aún no eran conocidas cuando se aprobó el StGB en 1871, algunas personas se dedicaron a perjudicar a quienes habían hecho instalar tales aparatos (un teléfono de monedas o una báscula automática), introduciendo en la ranura, en vez de monedas auténticas, pequeñas fichas metálicas de forma similar, para poder así utilizar gratis los aparatos automáticos. Tales conductas no se pudieron castigar (RGSt 68, 65), porque el tipo de estafa requiere, según el tenor literal del § 263, que se cree o se mantenga en error, pero un aparato no puede errar; y los §§ 146 y 248 c tampoco se ajustaban directamente a ese supuesto. Por eso el legislador se vio obligado a introducir un nuevo precepto penal (el § 265 a), que ahora abarca el uso abusivo de aparatos automáticos. Pero sólo se pudo castigar conforme a este nuevo precepto a los sujetos que utilizaron abusivamente aparatos automáticos tras la introducción del mismo, mientras que los que habían motivado la introducción del § 265 a estaban protegidos y a salvo de pena por el Principio de legalidad». ROXIN, Claus, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 137 y 138.

[784] *Ibidem.*

[785] *Ibidem.*

[786] *Ibidem.* En relación al Principio «no hay pena sin ley» ROXIN procede a ejemplificarlo en estas palabras «Por una determinada razón el legislador se podrá sentir motivado a aumentar la pena prevista para la formación de organizaciones terroristas (§ 129 a I y II); pero en tal caso los propios sujetos que han dado motivo para ello habrán de ser juzgados siempre conforme al antiguo marco penal más benigno. Y ello aún no se deriva del principio 'no hay delito sin ley', pues ya había un delito (crimen) en el momento de la comisión del hecho; es sólo el principio 'no hay pena sin ley' el que da la seguridad al autor también en este punto». ROXIN, Claus, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 138 y 139.

Conviene precisar que el Principio de legalidad ancla su origen en los desarrollos teóricos de la Ilustración[787]. Sin embargo, como admite MUÑOZ CONDE «...no fue obra de un día ni surgió por generación espontánea, sino que es fruto de un largo proceso, que posee los más diversos y remotos precedentes históricos»[788]. En tal contexto, cabe mencionar como antecedentes del Principio de legalidad, la Magna Carta del Rey Juan Sin Tierra de 1215, la *Constitutio Criminalis Carolina* germánica de 1532, e incluso como antecedente más remoto el Derecho romano [789] así como el Derecho griego[790]. Aunque se reconoce como antecedente más aceptado la *Magna Charta Libertarum*, cuyo artículo 39 dispuso: *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale judicium parium suorum vel per legem terre*[791].

Según indica ROXIN el Derecho romano y el Derecho medieval románico preveían ya en cierta medida prohibiciones de retroactividad, aunque asegura que «...era absolutamente

---

[787] Subrayamos que la teoría del contrato social y la separación de poderes concibió a la ley como expresión de la voluntad general. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2008, p. 105. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Tecnos, Madrid, 2004. p. 198. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 87.

[788] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 87 y 88. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El Principio de Legalidad Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 16. CREUS sobre el Derecho penal histórico contextualiza: «...la consolidación del Derecho penal canónico en el transcurso del siglo XV (recopilación del *Codex Iuris Canonici*) acentuó el aspecto subjetivo del delito (dolo, culpa) cuya elaboración se vió reforzada por la renovación del Derecho romano durante las últimas etapas de su recepción por obra de los posglosadores continuadores de los glosadores y de los prácticos que, además, elaboraron con mucha precisión distintos elementos del delito. Un cuerpo legislativo que, entre otros, coronó esta evolución fue la Carolina de Carlos V de Alemania (I de España). No dejó de tener que ver con ella el desarrollo de las ideas penales volcadas por los distintos pensadores renacentistas que compusieron el cuadro de la literatura jurídico-política durante los siglos XVI y XVII, como More (Tomás Moro), Bacon, Grocio, Francisco Suárez, Locke y Hobbes». CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 27 y 28.

[789] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal*, Tomo II, Losada, Buenos Aires, 1964, p. 383 a 387. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «Legalidad (Principio de) (Derecho Penal)», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XIV, Barcelona, 1978, p. 882 y 883. CEREZO MIR, José, *op. cit., Curso de...*, p. 198. MIR PUIG, Santiago, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 105. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *op. cit., El Principio...*, p. 16 y 17. Al margen de los antecedentes mencionados, en opinión de CEREZO, existen autores que señalan como precedente el Derecho canónico y algunos fueros aragoneses de la Edad Media, como el concedido a Barbastro por Pedro I en el año 1.100 y la Compilación de Huesca de 1247 de Jaime I. CEREZO MIR, José, *op. cit., Curso de Derecho...*, p. 198.

[790] DEDES postula la tesis del origen griego del Principio de legalidad. Véase en el sentido indicado: DEDES, Christos, «Sobre el origen del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, trad. ALASTUEY DOBÓN, Carmen, 2da. Época, núm. 9, 2002, p. 141 a 146.

[791] Cuyo significado es: «Ningún hombre libre será detenido, preso o desposeído, o proscrito, o muerto en forma alguna; ni podrá ser condenado, ni podrá ser sometido a prisión, si no es por el juicio de sus iguales o por las leyes del país». Disponible en página web: http://www.orbilat.com/Languages/Latin/Texts/06_Medieval_period/Legal_Documents/Magna_Carta.html. (Fecha de consulta: 13-7-18).

usual castigar conforme al Derecho consuetudinario o arbitrio judicial»[792]. En esta tónica afirma «la *Constitutio Criminalis Carolina*, o *Peinliche Gerichtsordnung* del emperador Carlos V de 1532, que regía el Derecho penal alemán, si bien remitía en sus artículos 104 y 105 al Derecho positivo, otorgaba la clase y medidas a la buena costumbre y también permitía aplicación analógica a casos penales innominados»[793] de tal manera que para el autor «no ofrecía ninguna garantía frente a los castigos extralegales»[794].

ROXIN subraya que esa limitada vinculación a la ley de la *Peinliche Gerichtsordnung* se suprimió nuevamente en los siglos XVI y XVIII, principalmente con la admisión de los *crimina extraordinaria*, en los que la conducta merecedora de pena se podía sancionar sin ley, sólo mediante decisión judicial[795]. En este sentido, señala que «...la arbitrariedad e inseguridad jurídica que ello producía preparó finalmente el cambio radical propugnado por los pensadores de finales del siglo XVII y XVIII que hizo posible la siguiente época de las codificaciones»[796].

Así ROXIN culmina precisando que en este momento aún no existía prioridad de proteger al ciudadano frente a la arbitrariedad del Estado,[797] pero afirma que se procuraba «...darles a los gobernantes del absolutismo ilustrado la posibilidad de imponer su voluntad del modo más amplio posible frente a los jueces y para ello era necesario regulaciones en forma de leyes exactas»[798]. Para el autor dicha pretensión coincidió con las ideas liberales de la Ilustración, que por su naturaleza, tendían a la autolimitación del poder estatal y que se impusieron de la forma más amplia en las obras legislativas de la post-Ilustración[799].

Por su parte WELZEL expone que el Principio de legalidad no es un principio jurídico-romano, de modo que apostilla: «...fue ajeno a la época imperial romana y al Derecho de Justiniano con su *crimina extraordinaria* y sus conceptos delictivos omnicomprensivos y casi sin límites (estelionato e infamia)»[800]. De acuerdo con el autor tampoco éste principio corresponde al extremista Derecho romano de voluntad, que regía para los *delicta publica*

---

[792] ROXIN, Claus, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 141.
[793] *Ibidem.*
[794] *Ibidem.*
[795] *Ibidem.*
[796] ROXIN, Claus, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 142.
[797] *Ibidem.*
[798] *Ibidem.*
[799] *Ibidem.*
[800] WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, trad. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁÑEZ PÉREZ, Sergio, Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 23 y 24.

y no conocía diferenciación entre preparación, tentativa y consumación, en consecuencia, ninguna clase de tipicidad[801].

WELZEL señala expresamente que éste principio fue desconocido en el Derecho germano alemán antiguo, y que el Derecho penal germano, en cuanto Derecho penal del hecho, se encontraba más cerca, que el Derecho penal de voluntad de los romanos[802]. Refiriéndose al Derecho penal germano afirma: «...aspiró siempre a tipos delictivos precisos y claros; aunque siempre se podía castigar según el Derecho consuetudinario, ya que faltaba el presupuesto del principio *nulla poena sine lege*: la legalidad estatal. Esto también rigió para la Magna Carta de 1215»[803]. Como podemos observar en este momento histórico ya existía un reconocimiento del Principio de legalidad, lo que ha evolucionado también en los diferentes ordenamientos posteriores.

Para WELZEL sólo en la época de la Ilustración se impuso el principio *nulla poena sine lege* en la lucha contra la arbitrariedad judicial así como de la autoridad[804]. A propósito de las palabras de este autor: «...invocándose la *Magna Carta libertatum*, se le proclamó en la Constitución norteamericana de 1776 y en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. Encontró su expresión en el Código penal de 1787 de José II y en el *Allgeimeines Landrecht* de 1794»[805].

Desde la perspectiva de ZAFFARONI la historia del Principio de legalidad presenta una posición distinta al Derecho alemán. Señala que para determinadas posturas el Principio de legalidad y su correlativo de reserva de ley llega a nosotros -aludimos concretamente a los ciudadanos americanos- proveniente de la Carta Magna a través de la Constitución de los Estados Unidos, o de ésta y de la Declaración Francesa de 1789[806].

Indica ZAFFARONI que tales antecedentes no son ciertos, máxime que en la Carta Magna se garantizaba solamente la legalidad procesal. Asimismo, en la Constitución de Estados Unidos y en la Declaración Francesa se mencionaba la ley *ex-post facto*, aforismo que en la fórmula americana no se reconocía[807]. En este contexto, expresa «SOLER afirma que el

---

[801] *Ibidem.*
[802] *Ibidem.*
[803] *Ibidem.*
[804] *Ibidem.*
[805] *Ibidem.*
[806] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *Tratado de...*, p. 132 y 133.
[807] *Ibidem.*

Principio de legalidad proviene de la Carta Magna, pero basta leer la fórmula de éste texto, para percatarse de que no parece ser así. En lo que SOLER parece tener razón es en la similitud que hay entre ésta fórmula y la nuestra, lo que indicaría que nuestra fórmula se remonta a la Carta Magna, porque el *lawful judgement* y el *juicio previo fundado en ley* son equivalentes, pero lo cierto es que esta disposición de la Carta consagra sólo la legalidad procesal»[808].

ZAFFARONI continúa precisando que el Derecho inglés en la actualidad no hace uso de la facultad judicial de crear delitos y que la misma ya no la poseen los tribunales ingleses. En este tenor afirma que dicho posicionamiento es el resultado de un proceso que operó recién desde el siglo pasado[809], por el que se admitió que el Principio de legalidad penal no podía estar contenido en la Carta Magna por ser incompatible con el *common law*[810]. Es más, el autor puntualiza: «...donde el Derecho penal está en gran parte no codificado, correspondiendo su configuración a la jurisprudencia, como sucede en el *common law*, no pueden valer ni la prohibición de la analogía ni el Principio de irretroactividad»[811].

Finalmente ZAFFARONI culmina su objetivo afirmando que el Principio *nullum crimen sine lege* no tiene relación ni con la Carta Magna inglesa de 1215, ni con los artículos 104 y 105 de la *Constitutio Criminalis Carolina*[812], menos aún con el Derecho romano, que lo desconoció. También aclara que el Principio de legalidad penal no se consagró en la Carta Magna, la misma que reconoció sólo el Principio de legalidad procesal[813]. Llegado a este punto ZAFFARONI manifiesta que la Constitución de los Estados Unidos es la única que hace referencia de forma inequívoca a la ley *ex-post facto*. Por esta razón lógicamente apostilla: «...sin que sea totalmente desatinado pensar que pudo seguirse el criterio de la

---

[808] *Ibidem.*
[809] *Ibidem.* El autor sobre la Carta Magna y las virtudes del sistema inglés manifiesta: «...debe quedar claro que nuestra resistencia a admitir que la Carta Magna consagraba el Principio de legalidad -lo que nos parece imposible, al igual que a los autores ingleses- no implica desconocer los méritos del sistema penal inglés, cuya grandiosidad, como lo establece *Dicey*, fue más práctica que teórica, pues finca fundamentalmente en un acomodamiento más rápido al principio de igualdad ante la ley, garantizando con la independencia del Poder Judicial. Los ingleses no se ocuparon tanto de pulir declaraciones de derechos, como de arbitrar medios para la garantía de los derechos, y ese sistema debe ser atentamente estudiado en materia procesal y en cuanto a la organización e independencia de su Poder Judicial, sin lo cual, cualquier legislación fracasará...». ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *Tratado de...*, p. 135.
[810] *Ibidem.*
[811] *Ibidem.*
[812] *Ibidem.*
[813] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *Tratado de...*, p. 136.

minoría de la Convención norteamericana y limitarse a consagrar el Principio de legalidad procesal, estimando obvio el de legalidad penal»[814].

Son éstas, comentadas brevemente, algunas posiciones doctrinales referidas al origen del Principio de legalidad. Por otra parte, CEREZO MIR señala que dichos antecedentes, si bien reflejan una misma preocupación por la seguridad jurídica, tienen una distinta naturaleza y alcance[815], así como carácter parcial[816]. Además CEREZO MIR advierte que el principal inconveniente para determinar en cualquiera de ellos el origen del Principio de legalidad, radica en que su significado político difiere sustancialmente del que posee actualmente[817], y fundamentalmente porque sólo surge en la época de la Ilustración[818]. ROXIN al hilo de otros autores, igualmente expresa que el Principio de legalidad en su forma actual hunde sus raíces en el pensamiento de la época de la Ilustración[819].

Por tanto, a la luz de lo analizado podemos manifestar que el consenso sobre el origen del Principio de legalidad se encuentra precisamente en el período de la Ilustración, también llamado «época de las luces», que constituye un tiempo de profunda modificación de las ideas hasta entonces existentes, considerando que el hombre y su forma de pensar se independizaron de la religión, de modo que la ciencia dejó de estar al servicio de la teología, pues tanto el Estado como el Derecho, se situaron ante el camino de la razón[820]. Ciertamente una de las primeras ideas ilustradas fue la de «unificación del Derecho». A

---

[814] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *Tratado de...*, p. 137.
[815] CEREZO MIR, José, *op. cit.*, *Curso de...*, p. 198 y 199.
[816] BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español, Parte General*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 68. MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, *Derecho Penal...*, p. 105. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *op. cit.*, «Legalidad (Principio de)...»..., p. 882 y 883. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.*, *Tratado de...*, p. 383 a 386.
[817] LLEDÓ VÁSQUEZ, Rodrigo, «Sobre el derecho griego antiguo, como antecedente remoto del principio de legalidad penal», *Derecho Penal, Constitución y Derechos*, REBOLLO VARGAS, Rafael y TENORIO TAGLE, Fernando (dirs.), Bosch, Barcelona, 2013, p. 305 a 333.
[818] MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, *Derecho Penal...*, p. 105. En esta tónica PRIETO SANCHÍS subraya: «...no obstante, los principios que inspiraron el proyecto reformista de la Ilustración hunden sus raíces en el iusnaturalismo racionalista del siglo XVII, radicando la diferencia principal entre uno y otro período, en que estas ideas se trasladaron a la esfera práctica, convirtiendo a la razón en una suerte de energía para la acción, para la transformación, tanto de la moral y la política, como del Derecho y del propio Estado, como tal vez ninguna otra época lo haya hecho, en la cual se intentó construir un modelo de justicia y de organización política estrictamente racional». PRIETO SANCHÍS, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, Palestra, Lima, 2007, p. 7 a 10. Por su parte FERRAJOLI afirma: «...mientras el principio de mera legalidad puede hacerse remontar al derecho romano, el principio de estricta legalidad sólo queda elaborado por el pensamiento ilustrado». FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, trad. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, Trotta, Madrid, 2011, p. 382.
[819] ROXIN, Claus, *op. cit.*, *Derecho Penal...*, p. 144 a 147. El autor señala también cuatro puntos de partida distintos, pero conexos, sobre la fundamentación del Principio de legalidad, éstos son: *i*) El liberalismo político, *ii*) Democracia y división de poderes, *iii*) Prevención general y *iv*) El principio de culpabilidad.
[820] MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Parte General*, trad. de FINZI, Conrado A, 6ta. Edición Alemana de 1955, Din, Buenos Aires, 1989, p. 40.

este respecto VOLTAIRE ya comentaba: «Lo que es cierto en Aragón se torna falso en Castilla; lo que es justo a orillas del Danubio es injusto en las márgenes del Elba»[821] también ilustraba «un hombre que viaje por este país cambia de legislación casi tantas veces como de caballo». Dicha frase célebre hacía referencia a la necesidad de suprimir residuos feudales y alcanzar una uniformidad normativa y jurisdiccional del Derecho[822].

En relación a la unificación normativa, la misma debía efectuarse por medio de normas generales y abstractas, es decir por ley. En esta tónica creciente ROUSSEAU afirmaba: «El objeto de la ley es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos en cuanto cuerpos, y a las acciones como abstractas, nunca a los hombres como individuos, ni a las acciones como particulares, (...) la ley puede decretar que haya privilegios, pero no puede concederlos específicamente a nadie»[823]. Pero fue el pensador MONTESQUIEU quien ideó la célebre frase: «la fuerza de la ley consiste en estatuir para todos»[824]. En tal sentido, la unificación del Derecho a través de leyes generales y abstractas se concretó al compás del monopolio de la producción legislativa. Pues ésta labor sólo correspondía al legislador[825]. Postura que también fue compartida por el absolutismo[826].

En este cuadro la Ilustración fue una reacción contra el absolutismo[827]. Y las ideas de la Ilustración también se desarrollaron en el ámbito penal. Al hilo de lo comentado citamos a BECCARIA quien en su obra[828] *De los Delitos y de las penas*, manifestó que: «...sólo las

---

[821] VOLTAIRE, «Ideas Republicanas», *Opúsculos satíricos y filosóficos*, Alfaguara, Madrid, 1978, p. 277 y 278.
[822] *Ibidem.*
[823] ROUSSEAU, Jean-Jacques, *op. cit., El contrato*..., p. 41 y ss.
[824] MONTESQUIEU, Charles, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 227 y 228.
[825] PRIETO SANCHÍS, Luis, *op. cit., La filosofía*..., p. 14.
[826] A propósito de las palabras de BOBBIO, en el sentido expuesto: «La concepción liberal acoge la misma solución dada por la concepción absolutista al problema de las relaciones entre legisladores y jueces: es decir, el llamado dogma de la omnipotencia del legislador, por lo que existe una estrecha relación entre la concepción absolutista y la liberal respecto a la teoría de la monopolización del Derecho por parte del Estado». BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor MORRA, Nello, trad. DE ASÍS, Rafael y GREPPI, Andrea, Debate, Madrid, 1993, p. 55 y 56. ROXIN, Claus, *op. cit., Derecho Penal*..., p. 142.
[827] Recordemos que en el absolutismo se pretendía fortalecer y concentrar el poder en manos del monarca. Según opinión de PRIETO SANCHÍS en la época de la Ilustración fue necesario: «...fortalecer al Estado y al mismo tiempo limitarlo, esto es, fortalecerlo frente a sus posibles competidores (la Iglesia, la nobleza, los propios jueces) y limitarlo frente al individuo». PRIETO SANCHÍS, Luis, *op. cit., La filosofía*..., p. 21. Por su parte LAMARCA PÉREZ establece: «...la concepción del Estado Liberal maduró y se desarrollo en antítesis y por reacción del absolutismo político...». LAMARCA PÉREZ, Carmen, *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, Colex, Madrid, 2011, p. 52.
[828] Tal y como puntualiza PRIETO SANCHÍS: «...esta obra llegó a convertirse en sinónimo de ruptura con el Derecho penal de la monarquía absoluta, y en un símbolo del nuevo programa penal de la Ilustración, cuyos postulados en buena medida continúan vigentes, al ser una de las primeras expresiones de un garantismo

leyes pueden decretar las penas de los delitos y ésta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social»[829]. De modo que el Principio de legalidad significó una limitación al poder punitivo del Estado así como una garantía de libertad para el ciudadano[830]. En consecuencia, el Principio de legalidad sustituyó el gobierno de los hombres por la voluntad general expresada en la ley[831].

Aludimos a CREUS quien sobre la época de la Ilustración, específicamente en el ámbito penal, afirma que: «El movimiento iluminista, se trasladó rápidamente a toda la sociedad occidental, al situar al hombre en una nueva posición, dando origen a un Derecho penal respetuoso de sus Derechos fundamentales. El rechazo del arbitrio judicial y la exigencia de la ley previa para que pueda imponerse la pena, las dudas sobre la necesariedad de la crueldad de ésta y el rechazo por los procedimientos atroces de indagación, aparece en casi todos los pensadores de la época, como MONTESQUIEU, ROUSSEAU, y VOLTAIRE»[832]. Asimismo reafirma que el libro «De los delitos y de las penas» de BECCARIA delinea: *i*) ley previa, *ii*) rechazo del arbitrio judicial en la creación de delitos e imposición de penas, y *iii*) procedimientos inquisitivos de carácter cruel, la proporcionalidad entre la pena y el delito. Siguiendo esta línea, el autor sentencia: «Las fórmulas de BECCARIA motivaron su afinación en juristas de fuste (Filangiere en Italia, Lardizábal en España) e inspiraron un movimiento legislativo de gran revisionismo (Leopoldo II en Toscana y en Austria, Catalina en Rusia)»[833].

Considerando que el Principio de legalidad ancla su origen en la época de la Ilustración, resulta muy importante resaltar que tal principio fue recogido en las Constituciones de las ex colonias inglesas en América, tras obtener su independencia y convertirse en Estados. Siguiendo este hilo, precisamos que constituyeron las Constituciones de Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland (1776). De otra parte, en Europa apareció consignado éste principio en la legislación de Pedro Leopoldo de Toscana de 1786 y de Josefina austriaca

---

nunca del todo realizado. De ahí que, no hayan sido pocos quienes han querido encontrar en él al fundador de la ciencia del Derecho penal». PRIETO SANCHÍS, Luis, *op. cit.*, *La filosofía...*, p. 97 y 98.

[829] BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 2008, p. 34.

[830] MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, *Derecho Penal...*, p. 105. No obstante, LAMARCA indica: «...si bien éste era un objetivo de la Ilustración, fue su realización difícilmente articulable mediante el Principio de legalidad en el absolutismo, por lo que, hubo que esperar a que estas ideas ilustradas se hicieran realidad en el Estado Liberal». LAMARCA PÉREZ, Carmen, *op. cit.*, *El principio...*, p. 57.

[831] CARBONEL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal, concepto y principios constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 108.

[832] CREUS, Carlos, *op. cit.*, *Derecho Penal...*, p. 29.

[833] *Ibidem*.

de 1787[834]. Más tarde, el Principio de legalidad fue reconocido en el artículo 8 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, cuyo tenor literal expresaba: «La ley no debe establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada»[835].

El Principio de legalidad fue incorporado en las Constituciones revolucionarias francesas de 1791 (artículo 8), 1793 (artículo 14) y del año III (artículo 14), aunque no es menos cierto que muchas veces éste principio fue inobservado en términos prácticos[836]. Según considera expresamente JIMÉNEZ DE ASÚA, en el Código penal francés de 1791 quedaron plasmados los principios revolucionarios: «libertad, igualdad y fraternidad»[837]. Este autor afirma además que todas las legislaciones contemporáneas, con excepción de los Estados autoritarios[838], consagraron los principios liberales del Derecho penal[839]. En esta tónica BENÍTEZ ORTÚZAR resalta que «...el Principio de legalidad penal históricamente surge con la revolución francesa, como un principio liberal que se plasma en los textos legales de los estados occidentales en el periodo de 'entre siglos' XVIII y XIX»[840].

En estos márgenes, el Principio de legalidad penal fue consagrado en las Constituciones y Códigos penales decimonónicos de diferentes Estados[841], con lo que se convirtió en un

---

834 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit., Tratado de*..., p. 385 a 387.

835 Versión electrónica de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789 visítese página web:
http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf.
(Fecha de consulta: 10-8-18).

836 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit., Tratado de*..., p. 387. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit., Derecho Penal*..., p. 87. CEREZO MIR, José, *op. cit., Curso de*..., p. 200.

837 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit., Tratado de*..., p. 387.

838 En relación al Derecho penal autoritario JIMÉNEZ DE AZÚA subraya: «En tres países se ha instalado un Derecho penal autoritario: Rusia, Alemania e Italia...». JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de derecho penal la ley y el delito*, 4ta. Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 70.

839 *Ibidem*.

840 BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, «El principio de legalidad penal en la Constitución española de 1812. Su proyección en el Código Penal de 1822», *Sobre un hito jurídico. La Constitución de 1812: Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos*, Edición a cargo de CHAMOCHO CANTUDO, Miguel Ángel y LOZANO MIRALLES, Jorge, Universidad de Jaén, Jaén, 2012, p. 195. Asimismo BENÍTEZ ORTÚZAR manifiesta: «...a pesar de la concreción teórica del principio de legalidad penal, en la práctica su aplicabilidad no siempre es perfecta, se plantean dudas acerca de su cumplimiento en la norma penal en concreto y en la norma penal de contenido indeterminado, y se pone en tela de juicio al describir conductas delictivas excesivamente vagas e imprecisas...». BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, *op. cit.*, «El principio...»..., p. 196.

841 En cuanto al reconocimiento de este principio nuclear MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN puntualizan: «...un largo proceso, en ningún modo continuo, en el que se observan avances y retrocesos, pero del que se aparta únicamente el Derecho penal anglosajón, en el que el juez no sólo está vinculado al Derecho legal emanado del parlamento -*statute law*- sino también al precedente judicial -*common law*- siendo así un sistema jurídico-penal con características propias». MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes,

auténtico principio penal de rango constitucional. De este modo se atribuye a FEUERBACH, a mediados del siglo XIX, la construcción de la formula latina del Principio de legalidad penal: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*[842], o también mejor conocida como máxima: *nullum crimen sine lege*[843]. Aludimos las palabras de BENÍTEZ ORTÚZAR en el sentido expuesto «...la fundamentación esencial del Principio de legalidad, cuyo origen se atribuye a FEUERBACH, consiste en el '*nullum crimen, nulla penae, sine lege*'. A un ciudadano no se le puede sancionar su conducta si ésta no está tipificada previamente como delito»[844].

Continuando con ésta tónica y disgregando las posiciones teóricas fraguadas por autores de mayor representación en el ámbito penal en cuanto al Principio de legalidad se refiere, aludiremos, entre otros, a BACIGALUPO quien sostiene que la ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad, función que la expresa en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege,* que en otros términos significa: «sin una ley que lo haya declarado previamente punible ningún hecho puede merecer una pena del Derecho penal»[845]. Pero también afirma que en sus primeras formulaciones, éste principio, estuvo vinculado a la teoría de la pena como coacción psicológica o teoría de la prevención general ideada por

---

op. cit., Derecho Penal..., p. 87. Por su parte QUINTERO OLIVARES considera expresamente: «...no ha de confundirse la formulación teórica del principio con su incorporación efectiva al derecho positivo, que queda vinculada a las circunstancias políticas de cada país». QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *op. cit., Parte General...*, p. 49. En relación a las Constituciones y Códigos penales que incorporaron dicho principio, así como el tratamiento otorgado por el Derecho anglosajón véase referencias explícitas en las obras: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit., Tratado de...*, p. 388 a 391 y ROXIN, Claus, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 14.

[842] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *op. cit., Parte General...*, p. 49 y 50. En opinión de BACIGALUPO: «... ésta amenaza debía consistir en un mal mayor que aquel que correspondería a la no satisfacción de la necesidad mediante la acción delictiva». BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Akal/iure, Madrid, 1998, p. 55. No obstante, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN sostienen que sin perjuicio de esta concepción, subyace en FEUERBACH, la doctrina del Contrato Social: «...el Contrato Social sería el fundamento genérico y la tesis de la intimidación el fundamento específico...». COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 67. Asimismo cobra relevancia la influencia que KANT ejerció en FEUERBACH, cuyas ideas de la legalidad de la pena se constituyeron en fundamento para la doctrina de Derecho penal de FEUERBACH. Véase en HRUSCHKA, Joachim, «Kant, Feuerbach y los fundamentos del Derecho penal», *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal:¿decadencia o evolución?*, trad. FUENTES OSORIO, Juan Luis y MONTIEL, Juan Pablo (ed.), Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 87 a 106. Aunque la rígida teoría de la retribución de KANT, según opinión de MEZGER «...no tuvo una influencia fundamental en sus teorías jurídico penales...». MEZGER, Edmund, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 41.

[843] MIR PUIG, Santiago, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 105.

[844] BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, *op. cit.*, «El principio...»..., p. 196.

[845] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 103. BACIGALUPO precisa que la jerarquía constitucional de este precepto es indiscutible en la Constitución de España según el tenor del artículo 25.1 de la misma. También indica expresamente que este principio no sólo rige respecto de las sanciones propiamente penales, sino de toda sanción (inclusive las administrativas y disciplinarias) que pueda aplicarse por una lesión del ordenamiento jurídico (art. 9.3. CE). *Ibidem*.

FEUERBACH[846] de modo que especifica «...la ley penal debía preceder a la acción delictiva porque de esta manera podía la pena cumplir su función preventiva, es decir, inhibidora del impulso delictivo»[847].

BACIGALUPO además remarca que el Principio *nulla poena sine lege* adquirió carácter fundamental en el Derecho penal, como principio constitucional y propiamente penal, al margen de cualquier teoría de la pena[848]. En tal marco, la consecuencia fundamental es: «Ninguna sentencia condenatoria se puede dictar aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa, es decir, una ley en la que el hecho imputado al autor sea amenazado con pena. En otras palabras, el razonamiento judicial debe comenzar con la ley, pues sólo de esa manera la condena se podrá fundar en la ley penal»[849]. Concluye BACIGALUPO su exposición precisando que el Principio de legalidad está conformado por dos partes: *i*) *nullum crimen sine lege* y *ii*) *nulla poena sine lege*. Afirmación que le permite sentenciar que: «tanto el delito como la pena deben estar determinados en la ley previa»[850].

Siguiendo este hilo conductor, MÁRQUEZ PIÑERO, afirma que dicha fórmula se desdobla en una doble garantía de carácter individual, a saber: *i*) nadie puede ser penado sino por hechos previamente determinados por la ley como delitos (*nullum crimen sine praevia lege poenali*) llamada garantía criminal, y *ii*) nadie puede ser castigado con penas diversas de las dispuestas por la ley (*nullum crimen sine praevia lege*) nominada garantía penal[851].

Según señala BENÍTEZ ORTÚZAR el Principio de legalidad se divide desde una perspectiva garantista frente al intervencionismo estatal en cuatro partes, que procede a identificarlas del siguiente modo: «*i*) *Nullum crimen sine lege*, ninguna conducta puede reputarse como delito si no lo prescribe de anterior modo la Ley (Principio de legalidad criminal); *ii*) *Nulla poena sine lege* (no podrá imponerse ninguna pena que no sea recogida en la Ley para el delito en cuestión (Principio de legalidad penal); *iii*) Nadie podrá ser castigado,

---

[846] *Ibidem*.
[847] *Ibidem*.
[848] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *op. cit., Derecho Penal*..., p. 104.
[849] *Ibidem*.
[850] *Ibidem*. BACIGALUPO afirma que el Código penal español recoge ambos componentes del Principio de legalidad en el artículo 1 (*nullum «crimen» sine lege*) y en el artículo 2.1 (*nulla «poena» sine lege*). De este modo el artículo 1 limita el poder penal del Estado frente a la acción u omisión que «no esté prevista como delito o falta por la ley» y el artículo 2 prohíbe castigar delitos o faltas «con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración». BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 104 y 105.
[851] MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Algunas consideraciones en torno al tipo penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996, p. 28.

sino ante sus jueces, que serán aquellos predeterminados por la Ley, y respetando las garantías procesales legales (Principio de garantía procesal o de garantía jurisdiccional); *iv*) No puede ejecutarse una pena, sino en virtud de las garantías establecidas en la Ley (Principio de legalidad en la ejecución)»[852]. Tal como puede advertirse el autor efectúa una exposición de las partes que componen el Principio de legalidad. Indicamos que esta línea trazada será analizada con mayor profundidad en el apartado referido a las garantías política, jurídica e institucional.

Por su parte WELZEL establece que la máxima *nulla poena sine lege* significa que a una determinada acción sólo se le puede imponer pena, cuando esa pena estaba determinada legalmente antes de que la acción fuera ejecutada[853]. Según WELZEL la citada disposición expresa tres ideas fundamentales: «sólo una ley (positiva, no simplemente una ley jurídico -natural) puede declarar delito a una acción (*nullum crimen sine lege*), y sólo una ley (positiva) puede imponerle pena (*nulla poena sine lege*), y sólo antes de que la acción sea ejecutada (exclusión de la retroactividad de las leyes penales que fundamentan o agravan la punibilidad)»[854]. En consecuencia, se prohíbe toda determinación extralegal de la pena por medio de la analogía, o el Derecho consuetudinario[855].

Pero también existieron posiciones teóricas contrarias al Principio de legalidad como la escuela positivista italiana o la teoría de la defensa social[856]. Similarmente se promovieron varias reacciones de la propia ley en contra de determinados elementos del Principio de legalidad. Sirva de ejemplo: *i*) la derogación de la irretroactividad en la época del Terror durante la Revolución francesa y *ii*) el reconocimiento de la analogía en el Código penal soviético de 1926, en el danés de 1930, o la Ley nazi de 1935, que modificó el Código penal alemán en este mismo sentido[857].

Sobre este punto JIMÉNEZ DE ASÚA alude específicamente al autoritarismo del Derecho penal soviético pues afirma: «En el Código penal de 1926, la institución más típica es la analogía. El Derecho penal ruso se caracteriza por éstas notas antiliberales: Se ataca el

---

[852] BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, *op. cit.*, «El principio...»..., p. 196.
[853] WELZEL, Hans, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 23.
[854] *Ibidem*.
[855] *Ibidem*.
[856] *Ibidem.*
[857] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.*, *Tratado de*..., p. 391 y ss. CEREZO MIR, José, *op. cit.*, *Curso de*..., p. 201 y 202. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *op. cit.*, *Parte General*..., p. 50 a 52.

legalismo, que garantizó la libertad individual, al quebrantar el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, con la analogía. Se ataca la tipicidad, en que encarnó la igualdad, puesto que el Código penal ruso declara que no basta para ser incriminable que un delito esté definido en la ley, puesto que ha de existir peligrosidad del autor. Y se desconoció el principio de fraternidad aplicando en grande escala la pena de muerte»[858]. En la misma línea, sobre el autoritarismo del Derecho penal alemán, señala: «La libertad consagrada en el principio *nullum crimen sine lege* queda destruida con la ley de 1935, que reforma el 2 del viejo Código penal alemán. En ella, no sólo se establece la analogía, sino que se declara que es fuente del Derecho penal el 'sano sentimiento del pueblo'. La igualdad encarnada en el tipo como carácter del delito, que respalda además la libertad, desaparece con la captación de la voluntad criminal. La fraternidad queda muerta. Derrotado el *Reich* hitleriano, se derogó el parágrafo 2 del Código penal, y con él caen la analogía y el 'sano sentimiento del pueblo'»[859]. De esta manera podemos constatar un desconocimiento del Principio de legalidad en los regímenes autoritarios por medio de sus propios Códigos penales y de sus pensadores. Ejemplo paradigmático de ello, ha sucedido en Alemania, donde grandes penalistas de la época como MEZGER, quien además fue canciller de Hitler, promovió la utilización del Derecho penal del enemigo.

Tras concluida la Segunda Guerra Mundial el Principio de legalidad fue restablecido e inició su reconocimiento a nivel internacional. En la actualidad, tal como indica ROXIN, únicamente el Código penal danés de 1966, en medida restringida, admite la analogía para fundamentar la pena, aunque «sin considerar las especiales reglas del Derecho inglés, que se basa en precedentes judiciales»[860]. WELZEL reafirma que en el siglo XIX el Principio de legalidad fue incorporado al Derecho penal de todos los Estados civilizados. Sin embargo,

---

[858] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.*, *Principios de...*, p. 70 a 72.

[859] *Ibidem*. Sobre el caso italiano, el autor precisa: «...por blasonar Italia la cuna del Derecho, no se atrevió a proclamar la existencia de un Derecho penal autoritario, aunque Rocco caracterizara como 'político' el Código de 1930. Lo cierto es que en la legislación punitiva el fascismo no se ha borrado la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Sin embargo, el Derecho penal fascista fue antiliberal. Lo prueban los preceptos del Código vigente sobre la delincuencia política y los delitos estatales; pero más que nada, la ley de Defensa del Estado y las que la complementan. Cuando Benito Mussolini liga su patria al *Reich*, las leyes racistas alemanas se copian en Italia. El R. D.-Ley de 17 de noviembre de 1938, convertido en Ley el 1 de enero de 1939, y en el África italiana el R. D. del 1 de abril de 1937, completado y extendido por la ley de 29 de junio de 1939, son triste ejemplo de este tipo de legislación, que también emitió la Francia de Petain y que hoy se ha derogado». *Ibidem.*

[860] ROXIN, Claus, *op. cit.*, *Derecho Penal...*, p. 143.

una excepción constituyó el Código penal danés y el nuevo Código penal danés de 1930. Ello en la medida en que permitieron una punición por analogía[861].

Para finalizar este apartado resaltamos que el Principio de legalidad penal fue consagrado en: *i*) Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948[862], *ii*) Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950[863], *iii*) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966[864], *iv*) Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969[865], *v*) Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981[866] y *vi*) Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[867].

---

[861] *Ibidem*. En esta misma tónica WELZEL expresa: «El primer paso hacia la ruptura con la tradición europea continental -después que Rusia en 1917 había abolido el principio *nulla poena*- fue la ley complementaria de 28 de junio de 1935. Ella posibilitaba, junto a la punición legal, también una extralegal de acuerdo al 'sano sentimiento del pueblo'; sin embargo, de todos modos ligada a la idea básica de una ley penal. Ésta importante restricción fue utilizada por una parte considerable de la teoría y la práctica, para limitar lo más posible la aplicación del nuevo &2. Contra estos esfuerzos actuó una corriente política cada vez más radical que declaró el nuevo &2, con su control a través de la idea básica de una ley, como una mera 'etapa' en el camino inmediato hacia 'la creación de un derecho que, orientado desde un punto de vista nacional socialista, provenga inmediatamente del sano sentimiento del pueblo' (Freisler, DJ 41 479). De acuerdo con esto, se redactaron las leyes nacionalsocialistas posteriores, en especial las de la época de la guerra (ley sobre detención policial de automovilistas, ordenanzas contra parásitos del pueblo y crímenes con empleo de violencia), de un modo tan amplio e indeterminado, que dieron lugar a cualquier 'dirección' política de la administración de justicia, como sobre todo después de 1942, a través de las 'cartas de jueces' en instrucciones particulares». WELZEL, Hans, *op. cit*., *Derecho Penal*..., p. 24.

[862] Artículo 11.2 DUDH: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional».

[863] Artículo 7 CEDH: «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas».

[864] Artículo 15 PIDCP: «1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional».

[865] Artículo 9 CADH: «Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

[866] Artículo 7.2 Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos: «Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al transgresor».

[867] Artículo 49 CDF: «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción

3.2. El Principio de legalidad en el Derecho boliviano

Se analizará a continuación el Principio de legalidad reconocido en las Constituciones bolivianas, Códigos penales, Códigos procesales penales y también Leyes de ejecución penal. Donde podremos observar la evolución constitucional y penal del Principio de legalidad. Lo dicho nos permitirá ofrecer una visión representativa del desarrollo de éste principio en materia penal y de cómo se manifiesta su reconocimiento progresivo en cada cuerpo normativo. Por lo que debemos observar con especial atención su evolución en el marco del Derecho boliviano.

Se han seleccionado a tal fin dos parámetros importantes de estudio, nos referimos a la previsión constitucional y penal, ya que contienen básicamente la regulación del Principio de legalidad. Asimismo remarcamos que dicho principio tiene vinculación intrínseca con el Estado de Derecho y la seguridad jurídica.

3.2.1. *Previsión constitucional y penal*

Iniciaremos precisando que, dada la naturaleza de este estudio, efectuaremos de manera resumida un análisis respecto al constitucionalismo boliviano prestando especial atención a la consagración del Principio de legalidad. Para alcanzar este fin ofreceremos preceptos constitucionales que regulan dicho principio y que se encuentran contemplados en todas las Constituciones de Bolivia.

La primera Constitución de la República de Bolivia de 19 de noviembre de 1826, si bien dispuso en su Título Once «De las Garantías», un Capítulo destinado a la protección de Garantías, consignando declaraciones sobre libertad civil, libertad de expresión, igualdad ante la ley o inviolabilidad de domicilio, sin embargo no recogió el Principio de legalidad. Aunque un antecedente que hace referencia al Principio de legalidad está plasmado en su artículo 105, cuyo tenor expresaba: «Ningún boliviano podrá ser juzgado en causas civiles y criminales, sino por el tribunal competente designado con anterioridad por la ley».

La siguiente Constitución Política de 14 de agosto de 1831, en términos similares que la Constitución de 1826, en marco de su Título Último «De las Garantías», Capítulo Único,

---

o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones. 3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción».

reguló de forma primigenia el Principio de legalidad[868]. Del mismo modo, de acuerdo con su artículo 157 ordenaba: «Ningún boliviano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe»[869].

Luego la Constitución Política de 20 de octubre de 1834, difiere poco de la Constitución de 1831, pues reconoció en su Título Último «De las Garantías», Capítulo Único, idéntica redacción del antecedente del Principio de legalidad[870]. Igual que la Constitución anterior, en mérito a su artículo 159 estableció: «Ningún boliviano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe».

La cuarta Constitución Política de 26 de octubre de 1839 según su artículo 111 estableció: «Todos los tribunales y juzgados en sus sentencias están obligados a citar las leyes en que las funden». Además, cabe destacar que una referencia importante en relación al Principio de legalidad aparece en la Constitución Política de 17 de junio de 1843, ya que reconoció la prohibición de retroactividad de la ley a tenor de su artículo 89: «Ninguna ley puede tener fuerza retroactiva»[871].

Más adelante la Constitución Política de 21 de septiembre de 1851 mediante su acápite «Derechos y Garantías» de conformidad con su artículo 7 ordenó: «Ningún hombre puede ser condenado civil, ni criminalmente, sin haber sido citado, oído y juzgado según las leyes». Asimismo, su artículo 11 dispuso: «Nadie está obligado a lo que la ley no manda, ni a dejar de hacer lo que ella no prohíbe».

Seguidamente la Constitución Política de 5 de agosto de 1861 en el marco de su Sección Segunda «De los Derechos y Garantías» conforme a su artículo 9 declaró: «La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley». Por lo que continuando esta tónica las Constituciones de 1 de octubre de 1868 y de 18 de octubre de 1871, respectivamente,

---

[868] El tenor del artículo 109 de la Constitución de 1831, expresa: «Ningún boliviano podrá ser juzgado en causas civiles y criminales sino por el Tribunal, designado con anterioridad por la ley».
[869] Ésta disposición constitucional mantuvo idéntica redacción en las posteriores reformas constitucionales de 1834, 1839, así como 1851.
[870] Artículo 111 de la Constitución de 1834: «Ningún boliviano podrá ser juzgado en causas civiles y criminales, sino por el tribunal designado con anterioridad por la ley».
[871] Considerado el antecedente más directo y relevante del Principio de legalidad, que además se mantendría en las siguientes Cartas constitucionales.

consagraron de forma idéntica el Principio de legalidad, que la Constitución Política de 1861.

La posterior Constitución Política de 15 de febrero de 1878 específicamente en la parte de su Sección Segunda «De los Derechos y Garantías» recogió la igualdad y la existencia de una ley para casos de impuestos y cargas públicas[872]. Asimismo a tenor de su artículo 20 estableció la cláusula de la reserva de ley: «Sólo el Poder Legislativo tiene autoridad para alterar y modificar los códigos, así como para dictar reglamentos o disposiciones en lo tocante a procedimientos judiciales»[873]. Similarmente la Constitución Política de 28 de octubre de 1880 según su Disposición Segunda «De los Derechos y Garantías» reguló el Principio de igualdad en las imposiciones de cargas públicas o impuestos[874].

Más tarde la Constitución Política de 30 de octubre de 1938 en el marco de su Sección Segunda «Derechos y Garantías» a tenor de su artículo 31 ordenó: «La ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo». Asimismo, su artículo 29 dispuso: «Nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que ellas no prohíban»[875]. En relación a las Cartas constitucionales de fecha 24 de noviembre de 1945 y de 26 de noviembre de 1947, ambas dispusieron idéntica redacción en cuanto al Principio de legalidad, que la Constitución anterior de 1938.

La reforma constitucional de 1961 a tenor de su artículo 14 estableció: «Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales ni condenado sino en virtud de ley anterior al delito mediante sentencia de juez o tribunal competente y previa defensa del imputado». En este cuadro, su artículo 179 declaró: «a) Las disposiciones sociales son de orden público, b) Son retroactivas cuando la ley expresamente lo determine». De forma idéntica introdujo el cumplimiento de la norma establecida en estos términos: «Nadie está obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que ellas no prohíban».

---

[872] Artículo 16 de la Constitución de 1878: «La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia ejecutoriada».
[873] Dicho precepto se mantuvo vigente en posteriores reformas constitucionales, específicamente de 1880, 1938 y 1945.
[874] Artículo 16 de la Constitución de 1880: «La igualdad es la base del impuesto y las cargas públicas. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de la ley o sentencia ejecutoriada».
[875] Cabe indicar que el artículo 29 de la Constitución de 1938 varió levemente su tenor en comparación con las Constituciones de 1834, 1839 y 1851, las cuales literalmente disponían: «Ningún boliviano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe». Pero además la redacción del artículo 29 de la Constitución de 1938 se consagró en las reformas constitucionales de 1945, 1961, 1967, 1994 y 2004.

Conviene remarcar que ésta disposición constitucional se mantuvo vigente en posteriores reformas, hasta la Constitución vigente, en virtud de su artículo 14.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 éstas no prohíban»[876].

Luego la Constitución Política de 2 de febrero de 1967 en su Título Segundo «Garantías de la Persona» a tenor de su artículo 16 manifestó: «La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicaran las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado». En términos similares reconoció el cumplimiento de la norma establecida a tenor de su artículo 32: «Nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden ni a privarse de lo que ellas no prohíban». Principalmente consagró el Principio de irretroactividad y excepciones de acuerdo con su artículo 33: «La Ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente». Del mismo modo, éste precepto se mantuvo vigente en las reformas constitucionales parciales de los años 1994 y 2004.

La siguiente Constitución Política de 12 de agosto de 1994 reconoció expresamente la irretroactividad de la ley y el Principio de favorabilidad en virtud de su artículo 16.4, cuyo tenor indicaba: «La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado». Asimismo, su artículo 32 dispuso: «Nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que ellas no prohíban». En cuanto a la irretroactividad de la ley según su artículo 33 declaró: «La ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente»[877].

---

[876] La reforma de 1961 modificó levemente la redacción de la exigencia de reserva de ley. De tal manera que afirmó: «Sólo el Poder Legislativo tiene facultad para alterar y modificar los códigos, así como para dictar reglamentos y disposiciones sobre procedimientos judiciales». Pero además éste precepto se mantuvo vigente en la Constitución de 1967, así como en las reformas constitucionales de 1994 y 2004. También apareció recogido en la Constitución de 2009 según el tenor literal del artículo 109.II: «Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley».

[877] La Constitución, texto acordado de 6 de febrero de 1995, Ley 1615 de 6 de febrero de 1995 -Ley de Adecuaciones y Concordancias de la Constitución Política del Estado- reconocía el Principio de legalidad conforme a lo estipulado en el artículo 16: «La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado», asimismo en el artículo 32: «Nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que ellas no prohíban» en el mismo sentido, el artículo 33 afirmaba: «La ley sólo dispone para lo venidero y no tiene

Tiempo después la Constitución Política de 13 de abril de 2004 recogió de forma idéntica la previsión constitucional del Principio de legalidad, que las Cartas constitucionales de 1967, 1994 y 2004 (artículo 6, numeral 4)[878]. En la misma línea reconoció la garantía de cumplimiento de la norma legal establecida (artículo 32)[879] y especialmente la garantía de irretroactividad de la ley (artículo 32)[880].

La reforma constitucional de 2005 efectuada mediante Ley 2650, de 13 de abril de 2004, bajo la presidencia de Mesa Gisbert, igualmente reconoció expresamente el Principio de legalidad. Cabe puntualizar que ésta reforma se avocó primordialmente a incorporar al texto constitucional los artículos de la Ley 2631, de 20 de febrero de 2004 denominada «Reformas a la Constitución Política del Estado». Asimismo, materializó la derogación de las Disposiciones Transitorias de la Ley 1615, de 6 de febrero de 1995.

Tal como puede evidenciarse el Principio de legalidad ha sido consagrado en todas las Cartas constitucionales de Bolivia durante la República. Dicho principio se ha desdoblado en la *ley previa* y la prohibición de aplicar retroactivamente la ley desfavorable. Por tanto, éstas Constituciones se han enmarcado en los principios nucleares del Derecho penal, los cánones del Estado de Derecho y la seguridad jurídica[881]. Dejaremos pues la observación

---

efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente».

[878] Artículo 16.IV de la Constitución de 2004: «La condena penal debe fundarse en una Ley anterior al proceso y sólo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado».

[879] Artículo 32 de la Constitución de 2004: «Nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni privarse de lo que ellas no prohíban».

[880] El tenor literal del artículo 33 de la Constitución de 2004, dice: «La Ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente».

[881] En cuanto al reconocimiento del Principio de legalidad en el Derecho español BENÍTEZ ORTÚZAR afirma «...el primer acercamiento debe hacerse en relación al articulado de la Constitución de 1978...». En este marco puntualiza «...del texto constitucional se deriva la reserva material y absoluta a la Ley Orgánica sólo indirectamente, a través de su artículo 81.1, en cuanto todo delito y toda pena implican privación o restricción de derechos fundamentales. De otro lado, en el artículo 9.3 del texto Constitucional se garantiza de modo general y en su artículo 25.1, en parte, se desarrolla. Hubiese sido deseable una definición del principio de legalidad en materia penal en el mismo texto constitucional, así como una prohibición expresa de indeterminaciones legales y del uso de la analogía '*in malam partem*' en la aplicación de la Ley penal». BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, *op. cit*., «El principio...»..., p. 197 y 198. En este mismo sentido, el autor precisa: «En el texto constitucional elaborado por las Cortes de Cádiz no se encuentra una declaración expresa del principio de legalidad en los términos recogidos por el artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, francesa de 1789, tal y como, por ejemplo, sí hacía la Constitución Española de 1837, cuando en su artículo 9 disponía: 'Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que ellas prescriban', manteniéndose intacta su formulación en la Constitución Española de 1845. La Constitución Española de 1869 lo recoge con algún ligero matiz en su redacción: 'Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal a quien, en virtud de leyes anteriores al delito, compete el conocimiento y en la forma que éstas prescriban', volviendo la Constitución Española de 1876 en su artículo 16 a la fórmula

de este principio inserto en la Constitución de 2009 para su estudio en el epígrafe «Las garantías política, jurídica e institucional».

Corresponde ahora extractar las disposiciones que regulan el Principio de legalidad en los Códigos penales, Códigos procesales penales y Leyes de ejecución penal de Bolivia. De tal manera que podremos observar el tratamiento de orden legislativo que ha merecido dicho principio fundamental del Derecho penal y también la plasmación de su desarrollo en los distintos Códigos penales. Por tanto, a continuación efectuaremos una exposición sucinta de las normas reseñadas.

El primer Código penal boliviano denominado «Código Santa Cruz» rigió desde el 1 de enero de 1831 hasta 1834. En tal sentido, HARB describe el nacimiento del primer Código penal de Bolivia en los términos históricos siguientes: «El Ministro del Presidente Sucre, Facundo Infante, presentó al Congreso Constituyente de 1826 como proyecto de ley, el Código penal español de 1822 con reformas introducidas por la Comisión Parlamentaria integrada por Olañeta, Urcullo, Dalence y Loza, como ser reducir los casos de aplicación de pena de muerte, reducir el tiempo de las penas de reclusión y prisión, abolir los delitos de lesa majestad por la forma republicana de gobierno que tenía el Estado. El Congreso Constituyente con modificaciones aprobó este Código y por Decreto de 28 de Octubre de 1830 dispuso su vigencia a partir del 1 de enero de 1831, pero por diferentes razones se postergó su aplicación hasta el 18 de julio de 1831. Este primer Código tuvo una breve duración, porque se criticó su crueldad, debido a esto el Presidente Andrés de Santa Cruz ordenó su revisión para suavizar las penas, puso en vigencia el nuevo Código penal el 3 de octubre de 1834 que rigió esta materia hasta 1973»[882]. Como observamos el Código penal español ha dado fundamento para proyectar el primer Código penal boliviano. Éste último debido a la influencia recibida de aquel, pues adoptaría las instituciones jurídico

literal de la Constitución Española de 1837. Por su parte en la Constitución Española de 1931 se recoge en su artículo 28 del siguiente modo: 'Sólo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración. Nadie será juzgado sino por Juez competente y conforme a los trámites legales'. Ahora bien, volviendo a la Constitución de 1812, aún sin una declaración expresa del principio de legalidad penal en los términos expuestos, de su contenido pueden extraerse claramente la vigencia de los postulados garantistas del principio de legalidad (criminal, penal, jurisdiccional y en la ejecución). Pero no sólo eso, sino también la plasmación del postulado político de dicho principio, dimanado de la división de poderes y de la exclusiva fuente legislativa en las Cortes Generales, circunstancia que no es siempre respetada en textos constitucionales posteriores, con la excepción de la Constitución de 1978, en los que se deja la posibilidad de elaborar leyes penales por Decreto». BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, *op. cit.*, «El principio...»..., p. 200 y 201.

[882] HARB MIGUEL, Benjamín, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Juventud, La Paz, 1998, p. 54.

penales de especial importancia para regir los delitos y las penas, que lógicamente fueron reformados más adelante.

Al hilo de lo descrito, el Código penal de 1831 reconoció el Principio de legalidad a tenor de su artículo 1: «Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace, u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena». En el mismo sentido, también consagró la ley previa en atención a su artículo 3: «A ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena, que la que le señale ley promulgada antes de su perpetración». En este contexto, las reformas posteriores al Código penal de 1831, modificaron de tal forma sus disposiciones, que su artículo 1 quedó consolidado así: «Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena. En toda infracción libre de la ley se entenderá haber voluntad y malicia, mientras que el infractor no prueba, o no resulte claramente lo contrario». Siguiendo esta línea su artículo 2 señaló: «Comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa, que puede y debe evitar». Asimismo su artículo 27 expresamente estableció: «A ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena, que la que señale alguna ley promulgada ocho días antes al menos de su perpetración».

El Código penal de 1834 fue una copia de algunas partes del Código penal español de 1822, que a su vez se basaba en el Código penal francés de 1810 y en la Ley de las 7 Partidas. Por lo que, reconoció como elementos fundantes y estructurales el Principio de legalidad, libre albedrío, sanción como castigo y también enfoque subjetivo del delito. En esta tónica HARB explica la sistemática del Código penal de 1834: «...la estructura del Código penal de 1834 era bipartita: de los delitos y faltas y de los delitos en particular. Tenía tres libros, el libro primero de la parte general, de las disposiciones generales, de las penas; libro segundo de los delitos contra el Estado y libro tercero de los delitos contra los particulares. Este Código experimentó muchas reformas, pero su sólida sistemática, y concepción doctrinal clásica liberal, determinó su vigencia hasta 1973»[883]. En tal sentido, puntualizamos que el Código penal de 1834 tuvo vigencia justamente hasta el «Código penal Banzer»[884] promulgado en 1972, y que entró en vigor por Decreto Ley de fecha 2 de abril de 1973.

[883] HARB MIGUEL, Benjamín, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 55.
[884] Este código fue denominado «Código Banzer» en alusión al dictador que gobernó en Bolivia. MESA GISBERT contextualiza el gobierno de Banzer en los siguientes términos: «El gobierno de Banzer (1926-

De forma posterior el Código penal de 1973 a tenor de su artículo 4 ordenó: «En cuanto al tiempo»: «Si la ley vigente en el momento de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al dictarse el fallo, se aplicará la más favorable. Si durante el cumplimiento de la condena se dictaré una ley más benigna, será ésta la que se aplique. Para las medidas de seguridad regirá la ley vigente en el momento de la sentencia y si se modificara, la del tiempo de su ejecución». En relación a la aplicación de las penas su artículo 47 estableció: «Régimen penitenciario»: «Las penas se ejecutarán en la forma establecida por el presente código y la ley especial para la aplicación del régimen penitenciario»[885]. En cuanto al juicio previo su artículo 70 ordenó: «*Nulla poena sine juditio*»: «Nadie será condenado a sanción alguna, sin haber sido oído y juzgado conforme al Código de Procedimiento Penal. No podrá ejecutarse ninguna sanción sino en virtud de sentencia emanada de autoridad judicial competente y en cumplimiento de una ley, ni ejecutarse de distinta manera que la establecida en aquella».

Más tarde el Código penal de 10 de marzo de 1997[886] que actualmente rige, en mérito a su artículo 4 dispone: «Nadie podrá ser condenado o sometido a medida de seguridad por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sujeto a penas o medidas de seguridad penales que no se hallen establecidas en ella. Si la ley vigente en el momento de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al dictarse el fallo o de la vigente en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más favorable. Si durante el cumplimiento de la condena se dictare una ley más benigna, será ésta la que se aplique. No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, las leyes dictadas para regir sólo durante un tiempo determinado se aplicarán a todos los hechos cometidos durante su vigencia». Cabe especificar que en ésta reforma

---

2002) fue la expresión más coherente de la dictadura militar boliviana (1964-1982). Apoyado en dos partidos tradicionales como el MNR y Falange Socialista Boliviana-FSB (1971-1974), representó las posiciones conservadoras de la clase media urbana y respondió con violencia y represión a sectores de izquierda que buscaban el socialismo con la Asamblea Popular de 1971 en el gobierno militar de Juan José Torres. El golpe de 1971 resolvió en sangre la profunda polarización política del país en ese momento. En su segunda fase (1974-1978) fue un gobierno sólo integrado por militares». DE MESA GISBERT, Carlos, *op. cit*., *Bolivia 1982*..., p. 19.

[885] Éste precepto fue reformado por la Disposición Final 7ª del Código de Procedimiento Penal, Ley 1970, de fecha 25 de marzo de 1999 según el tenor literal del artículo 47: «Las penas se ejecutarán en la forma establecida por el presente código, el código de procedimiento penal y la Ley especial para la aplicación del régimen penitenciario».

[886] Cabe puntualizar que éste Código penal fue reformado por la Ley 1768 durante la presidencia de Gonzalo Sánchez de Lozada y bajo la dirección del jurista René Blattmann Bauer, quien posteriormente fue Juez y Vicepresidente de la Corte Penal Internacional por Bolivia.

los artículos 4 «en cuanto al tiempo», 47 «régimen penitenciario» y 70 «*nulla poena sine juditio*» se mantuvieron de forma idéntica, que en el Código penal de 1973.

Como vemos la normativa penal en sus diferentes estadios ha sido firme en establecer el Principio de legalidad, reserva de ley y cumplimiento de la norma legal establecida. Pero no sólo esto, sino principalmente la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable, admitiendo únicamente el sentido de la retroactividad favorable[887].

En cuanto a los Códigos procesales penales cabe precisar que el primer Código procesal penal se originó en la primera Asamblea Constituyente, en la misma el Libertador Simón Bolívar en su calidad de Presidente mediante Decreto de 21 de diciembre de 1825 dispuso que: «Los tribunales de justicia, en la forma de proceder, se sujetarán a la Ley de las Cortes Españolas de 9 de octubre de 1812 y demás decretos expedidos por las mismas sobre administración de justicia, mientras se arreglen los Códigos Civil y Penal»[888]. Éste Decreto después fue ratificado por la Asamblea Constituyente según Ley Procedimental de 8 de enero de 1827[889].

Transcurrido un tiempo, el Mariscal Andrés de Santa Cruz, emitió un cuerpo de reglas procesales en materia civil y penal denominado «Código de Procederes Santa Cruz», que fue promulgado el 6 de agosto de 1832. Éste Código procesal fue relevante pues convirtió a Bolivia en el primer país poseedor de una legislación propia y avanzada para la época y en la región[890]. HARB en referencia al «Código de Procederes Santa Cruz» manifiesta:

---

[887] BENÍTEZ ORTÚZAR afirma que en el Código penal español de 1995 el Principio de legalidad se plasma del siguiente modo: «a) Los artículos 1 y el 10 garantizan el principio de legalidad criminal: artículo 1 '1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración. 2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos previamente establecidos por la Ley'; artículo 10 'Son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley'; b) El principio de legalidad penal se garantiza en el artículo 2: 'No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán igualmente de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad'; c) El principio de legalidad jurisdiccional, aparece garantizado en el artículo 3: 'No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente de acuerdo con las leyes procesales'; d) El principio de legalidad en la ejecución se garantiza en el artículo 3.2: 'tampoco podrán ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y los reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias ni accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y tribunales competentes'». BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, *op. cit.*, «El principio...»..., p. 198.

[888] HARB MIGUEL, Benjamín, *op. cit., Derecho Penal*..., p. 100. Puntualizamos que la ley española aludida constituye el Decreto CCI de 9 de octubre de 1812, Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia.

[889] *Ibidem.*

[890] HARB MIGUEL, Benjamín, *op. cit., Derecho Penal*..., p. 101.

«Se trataba de un sistema procesal mixto, dividido en sumario y plenario, en el que en la primera fase se acumulaban pruebas para establecer la existencia de indicios, que podían dar ingreso hacia la segunda etapa. En el plenario se hacía propiamente el juzgamiento con audiencias para recibir las declaraciones de testigos y lectura de los principales autos y la sentencia. 2. Sumario secreto, por el que la prueba de cargo y descargo se mantenía en cuadernillo separado del expediente original al que nadie, fuera del juez, tenía acceso. 3. Sistema Inquisitivo, por el cual si el acusador no quería seguir el enjuiciamiento el juez debía continuar de oficio y castigar al acusado, se divide en dos fases: primera instancia inquisición general logrando información sobre el delito, el autor, individualización del sospechoso para hacer una inquisición especial contra toda persona bien identificada. En este sistema apareció la figura del fiscal con atribución de defender intereses del Estado y la sociedad, sin jurisdicción ni competencia y sin facultades acusatorias»[891]. Por tanto, estamos en presencia de un sistema inquisitivo, máxime que el sistema acusatorio sería introducido recién a través de la reforma procesal penal de 1999.

Posteriormente el Código procesal de 2 de junio de 1843 abarcó materia civil y criminal denominado «Leyes de Enjuiciamiento Ballivián». En términos similares, que el anterior Código, dispuso normas procesales penales que reconocían el sistema inquisitivo[892]. Más tarde, tal como manifiesta HARB, la ley procesal penal de 8 de febrero de 1858 terminó separando definitivamente la legislación civil de la penal. A este respecto subraya «...ésta reforma pretendió implantar el sistema procesal mixto -modelo del Código de Instrucción Criminal Francés- caracterizado por secreto en la etapa sumaria, publicidad en el plenario y facultad judicial de apreciación de la prueba con libertad y sano criterio»[893]. También puntualiza que para superar las deficiencias de la anterior norma se dictaron tres leyes: *i*) Ley Suplementaria de Procedimiento Criminal de 20 de marzo de 1878, *ii*) Ley de 18 de noviembre de 1887 y *iii*) Ley de 24 de octubre de 1890, así como múltiples disposiciones dispersas y contradictorias entre sí, que mantuvieron el corte inquisitivo[894]. En relación a las leyes procesales penales ulteriores HARB expresa que: «...el 6 de agosto de 1898, se dictó una nueva norma, que mantuvo el corte inquisitivo y rigió aproximadamente 75

[891] HARB MIGUEL, Benjamín, *op. cit., Derecho Penal*..., p. 103 y ss.
[892] *Ibidem.*
[893] *Ibidem.*
[894] *Ibidem.*

años, hasta el 6 de agosto de 1973, este año entra en vigencia el Código de procedimiento penal de 1972, con la pretensión de superar las deficiencias del sistema inquisitivo»[895].

Siguiendo este hilo conductor, conviene precisar que en razón de los grandes vacíos que provocó el Código procesal penal de 1972, a veinte años de su vigencia, se dictaron varias modificaciones a este cuerpo normativo procesal, atacando los aspectos más importantes que ameritaban tratamiento[896]. De ahí que, ésta normativa fue absorbida por una reforma profunda del sistema procesal penal, materializada en el nuevo Código de procedimiento penal, Ley 1970, de 25 de marzo de 1999, cuya entrada en vigor fue el 31 de mayo de 2001. La virtud de ésta norma es la implantación de un sistema de naturaleza acusatorio oral en reemplazo del inquisitivo[897].

Se caracteriza el Código de procedimiento penal de 1999 por cuanto asimila el modelo acusatorio de protección y observancia de las garantías constitucionales sobre Derechos humanos y convenios internacionales. En este marco jurídico, dispone el procedimiento común en cuatro etapas: a) Etapa preparatoria, o denominada de investigación, a cargo de la dirección funcional del Ministerio Público, con el auxilio de la Policía Nacional, b) Juicio oral público, contradictorio y continuo, con la participación de jueces ciudadanos para determinar la culpabilidad o inocencia de un ciudadano sobre la base de la acusación del Ministerio Público, c) Recursos, o medios de impugnación a las decisiones judiciales como mecanismos de protección y control de las garantías constitucionales, tanto de la

---

[895] *Ibidem.*

[896] Las siguientes reformas han sido trabajo e iniciativa del jurista boliviano y ex ministro de justicia René Blattman Bauer, quien después fue juez de la Corte Penal Internacional por Bolivia y mentor de otros juristas como Alarcón. En este sentido, puntualizamos «...las reformas más destacadas son las contenidas en la 'Ley de Abolición de Prisión y Apremio Corporal por Obligaciones Patrimoniales' de 15 de diciembre de 1994, que declaró improcedencia del apremio corporal tratándose de obligaciones de naturaleza fiscal, tributaria, seguridad social, honorarios profesionales de abogado y multas electorales. Bajo esta corriente reformista, el 2 de febrero de 1996, se sancionó la 'Ley de Fianza Juratoria Contra la Retardación de Justicia Penal' ante la insostenible realidad del sistema de administración judicial y penitenciario, pretendió racionalizar el uso de la detención preventiva, como medida cautelar de carácter personal, introduciendo la regulación de la fianza juratoria, como medio para evitar la detención preventiva. Se modificó varios artículos de la Ley 1008 sobre 'Régimen de la Coca y Sustancias Controladas', que contenía una fuerte connotación de inconstitucionalidad, como prohibición de libertad provisional en comisión de delitos relativos a sustancias controladas y supresión de consulta de oficio dentro del procedimiento». GÁLVEZ MURCIENTES, Álvaro y VERÁSTEGUI PALAO, Paulino, *Panorama de la reforma del sistema de Justicia Penal en Bolivia*, Plural, La Paz, 2010, p. 97. Para profundizar en cuanto al desarrollo de la dogmática penal europea y holandesa, cuadro jurídico en que la influencia del Derecho penal europeo procede de España y Alemania hacia este continente, consúltese: VERVAELE, John A. E., *Internacionalización del derecho penal y procesal penal. Necesidades y desafíos*, 1era. Edición, Jurista Editores, Lima, 2015.

[897] PETERSEN, Edgar, *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*, STIPPEL, Jörg y MARCHISIO, Adrián (coord.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 183.

víctima como del imputado, y d) Ejecución penal, etapa de cumplimiento de la condena bajo la vigilancia de un juez que garantice los derechos constitucionales del condenado[898].

Es en este contexto que el Código de procedimiento penal de 1999 regula una referencia general en cuanto al Principio de legalidad conforme a lo establecido en su artículo 1: «Nadie será condenado a sanción alguna si no es por sentencia ejecutoriada, dictada luego de haber sido oído previamente en juicio oral y público, celebrado conforme a la Constitución, las Convenciones y los Tratados Internacionales vigentes y este Código», asimismo su artículo 2: «Nadie será juzgado por comisiones o tribunales especiales ni sometido a otros órganos jurisdiccionales que los constituidos conforme a la Constitución y a la ley, con anterioridad al hecho de la causa».

En lo que se refiere a las Leyes de ejecución penal cabe precisar que Bolivia sólo tuvo dos normas a lo largo de su historia. De modo que la primera «Ley de Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario» fue aprobada por Decreto Ley 11080, de 19 de diciembre de 1973 en el gobierno de Banzer Suárez[899]. La segunda norma sobre ejecución de penas, tiene la virtud de que cada artículo fue aprobado formalmente por el Parlamento, aludimos a la «Ley de Ejecución Penal y Supervisión», Ley 2298, de 20 de diciembre de 2001. Norma que se encuentra en plena vigencia[900].

De acuerdo con lo anterior, la Ley de ejecución penal de 2001, regula una referencia del Principio de legalidad conforme a su artículo 2: «Ninguna persona puede ser sometida a prisión, reclusión o detención preventiva en establecimientos penitenciarios, sino en virtud de mandamiento escrito emanado de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por causales previamente definidas por Ley. La privación de libertad obedece al cumplimiento de una pena o medida cautelar personal, dispuesta

---

[898] Para profundizar el estudio del conjunto de reformas del Código de procedimiento penal de 1999 véase concretamente la obra: EXPERIENCIAS DE REFORMA PROCESAL EN LATINOAMÉRICA, Perspectivas para Bolivia, Ministerio de Justicia en colaboración con MSD/USAID-Bolivia, La Paz, 1994, p. 21 y ss.

[899] HARB MIGUEL, Benjamín, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 106 y ss. En palabras de MAYMURA MILÁN el gobierno de Banzer se constituyó en una auténtica dictadura militar «...Jorge Gallardo Lozada, en la Nación Postergada; sostiene que el régimen banzerista, especialmente a partir de noviembre de 1974, se caracteriza definitivamente como el modelo excepcional de dictadura militar donde todo el poder está en manos de las FF.AA., solamente utiliza ciertos grupos civiles desligados o no de sus partidos para cumplir determinadas tareas administrativas y de asesoramiento (...). Esta claro que, con el Coronel Banzer se agotó el modelo militar, que ya no tenía proyección, como se demostró de 1978 a 1982...». MAYMURA MILÁN, Marcos L., *op. cit.*, *Presidentes de*..., p. 253 a 257. Puntualizamos que originalmente los temas penitenciarios fueron regulados a través de los «Reglamentos Carcelarios» de 16 de julio de 1897 y de 20 de febrero de 1910.

[900] *Ibidem.*

conforme a ley. Las únicas limitaciones a los derechos del interno son las emergentes de la condena y las previstas en esta ley; fuera de ellas no es aplicable ninguna otra limitación». En esta línea regula la *ley previa* según su artículo 119: «No hay infracción ni sanción disciplinaria, sin expresa y anterior previsión legal o reglamentaria impuesta por autoridad competente; ni se podrá sancionar dos veces por el mismo hecho. Las conductas señaladas como faltas, sólo serán sancionadas cuando hayan sido cometidas dolosamente».

Para finalizar podemos afirmar que el Principio de legalidad se regula en la Constitución de 2009, Código penal de 1997, Código de procedimiento penal de 1999, así como Ley de ejecución penal de 2001. En tal marco jurídico, el Principio de legalidad, se constituye en el elemento nuclear de todo Estado de Derecho. Se instituye en el límite penal por el cual ninguna persona será procesada y condenada por la comisión de un hecho contrario al ordenamiento jurídico del Estado, si el mismo no se contempla como delito en una ley anterior al momento de su ejecución.

3.2.2. *Las garantías política, jurídica e institucional*

Analizados los aspectos fundamentales del Principio de legalidad, nos proponemos diseñar a continuación una sencilla división que nos proporcione categorías específicas para el análisis del Principio de legalidad, que se expresan en garantías. Ello nos permitirá ordenar este estudio desde una perspectiva jurídica, en la que podamos situar cada una de las garantías que serán tratadas.

Con esta pretensión se plantea examinar las garantías política, jurídica e institucional del Principio de legalidad, que naturalmente se enmarcan tanto en la doctrina como en la legislación penal. Adelantamos pues que dicho patrón será aplicado de forma idéntica en oportunidad del examen del Principio de irretroactividad y del Debido proceso, que en su conjunto conforman los límites en el sistema jurídico boliviano.

Partiremos precisando qué se entiende por garantía. Para ello aludimos a BIDART CAMPOS quien afirma que el constitucionalismo moderno o clásico siempre ha procurado organizar al Estado en defensa de las libertades y los derechos del hombre. Lo que significa que ha tendido a asegurar al hombre frente al poder del Estado.[901] Señala que toda la armazón de

[901] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit.*, *Manual de...*, p. 286.

este constitucionalismo tiene por fin proporcionar «garantías y seguridad»[902]. En medida de ello, manifiesta que la propia Constitución formal se ha definido como una *ley de garantías*, cuyas dos partes fundamentales se caracterizan notablemente, éstas son: *i*) la dogmática, por contener una clara declaración de derechos y *ii*) la orgánica, por establecer la división de poderes[903].

Continúa el citado autor afirmando, por un lado, que la seguridad «prevé razonablemente cuáles han de ser las conductas de los operadores gubernamentales y de los particulares en el marco del ordenamiento jurídico» y así «contar con adecuada protección frente a la arbitrariedad y a las violaciones de ese mismo orden jurídico»[904]. Por otra parte BIDART CAMPOS define a las garantías, en sentido lato, como «el conjunto de seguridades jurídico-institucionales deparadas al hombre» de modo que «las garantías existen frente al Estado, en cuanto medios o procedimientos que aseguran la vigencia de los derechos»[905]. En un sentido amplio define a las garantías en el siguiente tenor «la totalidad del ordenamiento jurídico garantiza las libertades y los derechos». Asimismo en un sentido más preciso, el autor define a las garantías según esta fórmula: «hay garantías cuando el individuo tiene a su disposición la posibilidad de movilizar al Estado para que lo proteja, sea impidiendo el ataque, sea restableciendo la situación anterior al ataque, sea procurando compensarle el daño sufrido»[906].

Con base en ello, resaltamos la definición referida a que las garantías existen frente al Estado por cuanto son medios o procedimientos que aseguran la vigencia de los derechos

---

[902] En cuanto a la seguridad ofrece Baratta un estudio específico sobre la misma, en el que reflexiona acerca de su naturaleza en el multinivel jurídico. Para este autor la «seguridad» puede ser llevada a cabo en dos direcciones bien diferenciadas: la seguridad como derecho, o la seguridad de los derechos, siendo la primera a la que se ha intentado acoger el sistema europeo y norteamericano, y la segunda suscrita expresamente por FERRAJOLI, que en definitiva implica una protección integral de todos los derechos consagrados como fundamentales. Apunta que en la era de la globalización, el sistema debe ser dirigido precisamente a la seguridad de los derechos y no al derecho a la seguridad, pues éste último permite al Estado realizar acciones que supongan la limitación de los Derechos fundamentales y sostener una línea política difícilmente integrable en el marco del Estado democrático, social y de Derecho. BARATTA, Alessandro, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, ELBERT, C. A. (dir.), Bdef, Buenos Aires, 2004, p. 156 y ss. Otra perspectiva práctica sobre esta materia, véase: JIMÉNEZ RUIZ, Juan Luis, «Modelo «macrosecuritario» *vs*. sistema constitucional: a propósito del Anteproyecto de Ley de Seguridad Ciudadana», *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos*, núm. 168, 2015.

[903] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit.*, *Manual de...*, p. 286. BIDART CAMPOS en lo relativo a la seguridad jurídica puntualiza: «...la seguridad jurídica ofrece diversidad de aspectos, abarca la seguridad del Estado (en su doble faz interna y exterior); la seguridad de las instituciones constitucionales; la seguridad de las personas y de sus derechos». *Ibidem.*

[904] *Ibidem.*

[905] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit.*, *Manual de...*, p. 287.

[906] *Ibidem.*

de toda persona. Por tanto, es posible determinar que la «garantía política» se refiere al elemento democrático expresado en la aprobación de leyes a través de un Parlamento o Asamblea Legislativa. Siguiendo esta lógica la «garantía jurídica» se vincula con los cuatro atributos del Principio de legalidad: *i*) prohibición de analogía, *ii*) prohibición de agravar la pena, *iii*) prohibición de retroactividad y *iv*) prohibición de las leyes penales indeterminadas o imprecisas. Y la garantía institucional se conecta con la previsión constitucional y legal del Principio de legalidad. En mérito a ésta tripartición de garantías se otorga seguridad jurídica y defensa a los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado. En tales márgenes se reconoce expresamente la ley previa y prohibición de la retroactividad de acuerdo con los cánones del Estado de Derecho.

Garantía Política del Principio de legalidad: ésta garantía se manifiesta en el elemento formal o democrático. Al hilo de los autores que a continuación citaremos, en ocasión del tratamiento de la *ley scripta* o *reserva de ley*, todos ellos de forma unánime subrayan que el fin del Principio de legalidad es la garantización de la seguridad jurídica y el elemento democrático.

Dicho lo anterior, aludimos a ZAFFARONI quien sostiene que la legalidad obedece a un requerimiento de la seguridad jurídica, porque la ley penal «no puede atacarla afectando su aspecto material y subjetivo, sembrando la incertidumbre acerca de lo prohibido y de lo punible»[907]. De este modo el autor afirma que una orden penal que no permita saber qué es lo prohibido y punible, no provee a la seguridad jurídica, sino que la destruye[908]. Por lo que apostilla: «...el Principio de legalidad no requiere, el casuismo legislativo, sino sólo la determinación, lo más precisa posible, del ámbito de lo relevante penalmente como delito»[909].

ZAFFARONI indica: «...la legalidad de un sistema penal será cuestión de grado en cuanto a la certeza de la punición de conductas, porque jamás la ley puede hacerla surgir en forma totalmente acabada, dado que su previsión es abstracta y ello da lugar a un cierto margen de relativización en la concretización de la aplicación al caso *sub judice*»[910]. De otra parte, también expresa que «...la abstracción es inherente a la previsión legislativa, de modo

[907] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *Tratado de*..., p. 140.
[908] *Ibidem*.
[909] *Ibidem*.
[910] *Ibidem*.

que, por sí misma, no viola el Principio de legalidad»[911]. Para este autor la abstracción se torna violatoria del Principio de reserva si «...posibilita la arbitrariedad jurisdiccional, habiendo recursos técnico-legislativos para evitar esa posibilidad»[912].

Desde esta perspectiva, la fuente de producción y de conocimiento del Derecho penal es sólo la ley. Ecuación que encuadra perfectamente en el artículo 116.II de la Constitución Boliviana: «Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible». En consecuencia, es posible afirmar que la única fuente de conocimiento del Derecho penal en el sistema jurídico penal boliviano, es la ley penal.

ZAFFARONI continúa afirmando que existen varios sentidos de la palabra «ley» por lo que especifica la ley en sentido material y formal[913]. Al respecto ZAFFARONI señala dos clases de leyes formales, que por su naturaleza, son fuente de conocimiento del Derecho penal: las fuentes nacionales y provinciales. De ahí que, constituyen fuentes de producción del Derecho penal, en primer término, los parlamentos nacionales y el ejecutivo nacional, y en segundo término, las legislaturas provinciales y ejecutivos provinciales, en tanto que participan en el proceso de sanción de las leyes formales[914]. Al hilo de lo contextualizado, el «elemento material» constituye una garantía individual a favor del ciudadano frente al sistema penal[915], mientras que el «elemento formal» requiere que la norma jurídica, que regula delitos y penas se revista de legitimidad democrática[916].

---

[911] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *Tratado de...*, p. 140 y 141.
[912] *Ibidem*.
[913] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *Tratado de...*, p. 142.
[914] *Ibidem.*
[915] En esta tónica DÍEZ PICAZO puntualiza: «está configurado como un genuino Derecho fundamental, de manera que no sólo opera como una norma de derecho objetivo -y, en cuanto tal como límite frente al legislador- sino también como un derecho subjetivo accionable por los particulares». DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson/Civitas, Pamplona, 2008, p. 463. Tómese en cuenta que el Principio de legalidad se encuentra reconocido en el marco de la Sección 1ª, Capítulo II, Título I, artículo 25.1 de la Constitución Española. En consecuencia es un Derecho fundamental y como tal posee una protección extraordinaria o reforzada, por tanto es invocable en recurso de amparo constitucional (art. 53.2).
[916] Según opinión de DÍEZ-PICAZO el Principio de legalidad penal protege simultáneamente dos valores: la seguridad jurídica y la libertad individual. Este autor en lo que concierne el segundo valor jurídico afirma: «...mientras este primer objetivo es en general bien conocido y tratado por la literatura. Menos intuitivo es que el Principio de legalidad está, además, al servicio de la libertad, pues aquí ya no se trata de que los particulares sepan a qué atenerse, sino de que el *ius puniendi* no sea ejercido indiscriminadamente, lo cual se logra, primero, mediante la separación de poderes, particularmente separando al poder judicial del legislativo y del ejecutivo, de manera que la norma penal sea producida por alguien distinto de quien está llamado a aplicarla, y segundo, que el legislador sea democrático, lo cual proviene de la creencia del constitucionalismo de que, precisamente por emanar de la representación popular, la ley democráticamente elaborada no será excesiva al establecer los delitos y la penalidad, aun cuando muchas veces en la práctica esta identificación del legislador democrático con el legislador morigerado es puesta en entredicho por la

De acuerdo con lo anterior es fuente de conocimiento del Derecho penal boliviano: la ley penal. Es fuente de producción del Derecho penal boliviano: específicamente la Asamblea Legislativa Plurinacional. Esto último en razón que Bolivia es un Estado Unitario con el reconocimiento de autonomías y niveles de descentralización, pero al tratarse de leyes penales, que por su naturaleza sólo corresponden al nivel nacional, éstas son emitidas por la Asamblea Legislativa Plurinacional. Por tanto, diferente será la situación de Argentina, que como dijimos *supra* es federal.

Siguiendo este hilo conductor, MUÑOZ CONDE, en cuanto al Poder Legislativo, afirma: «...en el esquema propio de la división de poderes, sólo el legislativo, como representante de la voluntad popular, se encuentra legitimado para decidir qué conductas debe perseguir el Estado mediante el instrumento más grave de que dispone, esto es, la sanción penal»[917]. Por consiguiente, sólo el Órgano Legislativo, se encuentra legitimado democráticamente para definir las conductas que deben ser sancionadas. Del mismo modo se contempla en el sistema constitucional boliviano en mérito al artículo 158.I de la Constitución, cuyo tenor literal dice: «Son atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, además de las que determina ésta Constitución y la ley: 3. Dictar leyes, interpretarlas, derogarlas, abrogarlas y modificarlas»[918].

Por tanto, el aspecto político del Principio de legalidad es el «elemento legitimador». En otros términos, es el único fundamento del *ius puniendi*[919]. No obstante, éste componente legitimador ha sufrido una relativización en la aparición de las dictaduras[920]. Si bien, éstos

---

tendencia a la inflación de las normas penales». DÍEZ-PICAZO, Luis María, *op. cit., Sistema de...*, p. 463 y 464.

[917] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 101.

[918] Subrayamos que el procedimiento legislativo se encuentra previsto en el artículo 163 de la CB 2009.

[919] QUINTERO OLIVARES afirma: «...el Principio de legalidad aparece como un principio informador del *Ius puniendi*». QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *op. cit., Parte General...*, p. 74. Sin embargo, el Principio de legalidad no sólo es fundamento de la intervención punitiva del Estado, sino que además es un límite al *ius puniendi*. Véase en el sentido comentado, la Sentencia Constitucional 0074/2017, de 24 de octubre de 2017, de la que literalmente extractamos por su importancia en cuanto al alcance del Principio de legalidad el siguiente fragmento: «...asimismo, el extinto Tribunal Constitucional, mediante la SC 062/2002 del 31 de julio, señaló que dicho principio adquiere una vertiente procesal y otra sustantiva. Respecto a las cuales puntualizó, que: 'en su vertiente penal (sustantiva), prohíbe que una conducta, por reprochable que parezca y por mucho que lesione un derecho, pueda conceptuarse como falta o delito, si la ley no la describe de manera taxativa como tal. En este sentido, corresponde precisar si la conducta objeto del juzgamiento se encuentra descrita en la ley o reglamento, y si la sanción que se ha aplicado es la que corresponde, conforme al orden jurídico vigente'. En consecuencia el Principio de legalidad, implica un límite a la facultad punitiva o sancionatoria del Estado, en virtud al cual, sólo los actos o hechos expresamente descritos como delitos en materia penal, o como contravenciones y faltas, pueden ser objeto de sanción».

[920] De Rusia, Alemania e Italia. A este respecto JIMÉNEZ DE ASÚA afirma: «En tres países se ha instalado un Derecho penal autoritario: Rusia, Alemania e Italia, aunque con distinto fin y con diferente signo. El

regímenes sometieron sus ordenamientos jurídicos al Principio de legalidad, observando y cumpliendo con las exigencias materiales de dicho principio (*lex scripta*, *lex praevia*, *stricta* y *certa*) la diferencia fundamental ha sido el incumplimiento pleno de la exigencia formal, llamada garantía política, o democrática[921]. En esta tónica QUINTERO OLIVARES sentencia: «...la plena virtualidad del Principio de legalidad se despliega sólo en el seno del Estado democrático de Derecho»[922].

Por su parte BIDART CAMPOS alude a otra dimensión de la garantía política del Principio de legalidad, referida a la reserva de ley y el Principio de razonabilidad. Precisa este autor que la «zona de reserva de la ley» es el ámbito donde la regulación de una materia es de competencia legislativa del Congreso[923]. Además señala que el Principio de legalidad se complementa con la máxima: «todo lo que no está prohibido está permitido»[924].

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, es posible afirmar que en la Constitución Política de 2009, el Principio de cumplimiento de la norma legal establecida, se consagra en el artículo 14.IV, cuyo tenor literal reza: «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 éstas no prohíban».

BIDART CAMPOS continúa afirmando que: «...una vez que la ley ha regulado la conducta de los mismos con lo que les manda o les impide hacer, queda a favor de ellos una esfera de libertad jurídica en la que está permitido todo lo que no está prohibido»[925]. En esta lógica expresa que el Principio de legalidad es esencialmente formalista en cuanto exige la forma normativa de la ley para mandar o prohibir. El autor se pregunta: «¿basta que la ley mande o prohíba, para que sin más lo mandado o lo impedido sea constitucional?»[926]. Ante ello, responde: «de ninguna manera la Constitución está pensando, cuando enuncia

---

autoritarismo de Rusia ejerce una dictadura del proletariado para acabar con las clases sociales que mantienen la desigualdad y la opresión. En Alemania se practicó un régimen dictatorial en beneficio de la comunidad de raza y de sangre, que necesitaba una 'conducción' (*Führung*) y que encarnó en un 'conductor' (*Führer*). En Italia la dictadura fue de un Estado con pretendido carácter nacional». JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.*, *Principios de...*, p. 70.

921 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 72. Remitimos también en esta materia a la obra: CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal*. *Parte General*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1975.

922 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *op. cit.*, *Manual de...*, p. 73.

923 BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit.*, *Manual de...*, p. 515 y ss.

924 *Ibidem.*

925 *Ibidem.*

926 *Ibidem.*

la formula del Principio de legalidad, en una ley constitucional»[927]. Por lo tanto, clarifica que no basta la formalidad de la ley, sino que «es necesario que el contenido de esa ley responda a pautas de cierto valor; por esto es menester dar contenido material de justicia al Principio formal de legalidad»[928]. Como vemos el autor se refiere al elemento material, o valor justicia como parte integrante del Principio de legalidad. De ahí que, éste principio no sólo es entendido en su faceta formal, sino también en su faceta material.

Así pues BIDART CAMPOS acude al valor justicia, que constitucionalmente se traduce en la regla o el «Principio de razonabilidad», con lo cual el Principio de legalidad expresaría: «nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley 'justa' (o razonable) no manda, ni privado de lo que la ley 'justa' (o razonable) no prohíbe»[929]. Prosiguiendo con esta línea señala: «...la jurisprudencia nos muestra el ejercicio del control de razonabilidad de leyes y actos estatales, y los descalifica como arbitrarios cuando hieren las pautas de justicia ínsitas en la Constitución»[930] y seguidamente apostilla: «...los jueces verifican el contenido de la ley más allá de su forma, permitiéndose aseverar que el Principio formal de legalidad cede al Principio sustancial de razonabilidad, y que si la ley no es razonable (arbitraria) resulta inconstitucional»[931]. Por tanto, desde este prisma el Principio de razonabilidad adquiere relevancia pues se vincula con los parámetros de justicia contenidos en el ámbito material de la Constitución, neutralizando lógicamente la potencia de la formalidad legal.

Indica BIDART CAMPOS que el Principio de razonabilidad no se limita a exigir que sólo la ley sea razonable, sino es más amplio, circunstancia por la que afirma: «cada vez que la

---

[927] *Ibidem.*
[928] *Ibidem.*
[929] *Ibidem.* Véase a propósito la Sentencia Constitucional 0074/2017, de 24 de octubre de 2017: «...en tal sentido el principio de razonabilidad tiene por finalidad el preservar el valor justicia, la razonabilidad se controla judicialmente como contenido de todos los actos y funciones del poder -leyes, reglamentos, actos administrativos, sentencias, etc-. Al respecto, la jurisprudencia constitucional estableció: 'valor axiomático y dogmático-garantista de la nueva Constitución Política del Estado está íntimamente ligado al principio de aplicación directa y eficaz de los Derechos fundamentales plasmado en el art. 109.I de la CPE, en ese orden de ideas, debe precisarse que el estándar axiomático, destinado a materializar por parte de las autoridades jurisdiccionales los valores de igualdad y justicia, es el principio de razonabilidad. Estos estándares axiomáticos, en el orden constitucional imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia, tienen génesis directa en el valor supremo del Estado, que es el vivir bien, valor inserto en el preámbulo de la Norma Fundamental, a partir del cual deben ser entendidos los valores ético-morales de la sociedad plural, plasmados en los dos parágrafos del art. 8 de la CPE'. En ese orden, estos parámetros axiomáticos, el valor justicia e igualdad que son consustanciales al valor vivir bien, forman parte del contenido esencial de todos los Derechos fundamentales, las autoridades jurisdiccionales en el ejercicio de sus competencias, deben emitir decisiones razonables y acordes con estos principios, asegurando así una verdadera y real materialización del principio de aplicación directa de los Derechos fundamentales».
[930] *Cfr*. Sentencia Constitucional 0074/2017, de 24 de octubre de 2017.
[931] *Cfr*. Sentencia Constitucional 0074/2017, de 24 de octubre de 2017.

Constitución depara una competencia a un órgano del poder, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable»[932]. En consecuencia, el Congreso cuando legisla debe hacerlo de forma razonable y también el contenido de los actos deben encuadrarse en la razonabilidad[933]. Su alteración significa arbitrariedad o irrazonabilidad. Desde este punto determinamos con meridiana claridad que el Principio de razonabilidad implica básicamente que las leyes dictadas por el Congreso, no solamente cumplan con el procedimiento legislativo establecido a tal efecto, sino primordialmente que las mismas tengan un contenido razonable, con ello, aludimos a la materialización del valor justicia en los parámetros otorgados justamente por el Principio de razonabilidad de todas las leyes penales.

Para finalizar, resaltamos la tónica creciente de que el Principio de razonabilidad[934] tiene como propósito preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder e incluso de los particulares[935]. Recordamos que BIDART CAMPOS enfatiza que la razonabilidad requiere que el medio escogido para alcanzar un «fin válido» debe guardar proporción y aptitud suficiente con ese fin, o que haya «razón» valedera para fundar tal o cual acto de poder[936]. Resulta apropiado mentar sus palabras: «para dar por satisfecha la razonabilidad hacen falta dos cosas: a) proporción en el medio elegido para promover un fin válido; b) que no haya una alternativa menos restrictiva para el derecho que se limita»[937]. En suma, se vinculan jurídicamente tres elementos de especial importancia en torno al Principio de razonabilidad: justicia, proporcionalidad y medidas menos restrictivas de derechos. Ésta afirmación nos proporcionará mayores elementos de comprensión cuando abordemos el Debido proceso en epígrafes posteriores.

Garantía Jurídica del Principio de legalidad: en orden de conceptualizar y sistematizar dicho principio, la doctrina y la jurisprudencia identifican cuatro garantías específicas en función a los diferentes estadios históricos en que opera la actuación represora del Estado. Por tanto, estas garantías poseen apoyo pleno, claro y completo en la ley[938]. En relación

---

[932] *Cfr*. Sentencia Constitucional 0074/2017, de 24 de octubre de 2017.
[933] *Cfr*. Sentencia Constitucional 0074/2017, de 24 de octubre de 2017.
[934] Recordemos que el Principio de razonabilidad se vincula al Debido proceso sustantivo, para un mayor análisis sobre este punto nuclear *Cfr*. el subepígrafe 5.2.2 «Las garantías política, jurídica e institucional» del presente capítulo de este estudio. Con énfasis en la garantía política.
[935] BIDART CAMPOS, Germán, *op*. *cit*., *Manual de*..., p. 517.
[936] *Ibidem.*
[937] *Ibidem.*
[938] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *op*. *cit*., *Manual de*..., p. 73.

a este punto MIR PUIG nomina cuatro garantías: *i*) Garantía Criminal (*Nullum crimen sine lege*): significa que el delito se establece en una Ley, *ii*) Garantía Penal (*Nulla poena sine lege*): implica que la ley regula la pena de un hecho delictivo, *iii*) Garantía Jurisdiccional o Procesal: supone que tanto el delito como la pena se ordenan en una sentencia judicial emitida de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, y por último *iv*) Garantía de Ejecución: involucra que la ejecución de la pena se regula en una ley previa[939].

En este sentido, la «garantía criminal» y la «garantía penal» tienen correspondencia con la formulación primigenia del Principio de legalidad[940], entre tanto, que tratándose de la «garantía jurisdiccional» y la «garantía de ejecución» éstas son garantías sólo aditivas[941]. Precisamente en lo que respecta a las dos últimas garantías, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN puntualizan «...se han añadido posteriormente con la pretensión de que el Estado actué con total sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites»[942]. De este modo al hilo de la doctrina penal procederemos con el análisis de la «garantía criminal y penal», en otros términos del Principio de legalidad de los delitos y las penas[943].

Según señalan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN de la garantía criminal y penal se derivan elementos de carácter material como formal[944]. En cuanto al elemento material, MIR PUIG, afirma «constituyen los requisitos que se imponen a la norma jurídico penal para cumplir con las garantías que tienen por finalidad proteger»[945]. También precisan que el objetivo del elemento material es: «proporcionar la necesaria seguridad jurídica sobre cuáles son las conductas incriminadas y las penas asignadas»[946] y consecuentemente «evitar que el Principio de legalidad sea una proclamación vacía de contenido»[947]. Dichas exigencias se

---

[939] MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 106. En la misma línea este autor señala: «...éstas distintas garantías también deben exigirse respecto de las medidas de seguridad y presupuestos...». *Ibidem*. Asimismo consúltese sobre legislación comparada en esta materia las obras de: CEREZO MIR, José, *op. cit.*, *Curso de*..., p. 204 y ss., y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *op. cit.*, *Manual de*..., p. 74 a 80.
[940] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 98.
[941] COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 78.
[942] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 98. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 69 y 70.
[943] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 100.
[944] Tal como expresa el autor ésta es la sistematización que ha adoptado el Tribunal Constitucional español. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 99. En este sentido, los autores subrayan por su valor jurídico la SSTC 21.1.88 y 19.7.89, entre otras.
[945] MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 106.
[946] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 99.
[947] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 98.

denominan: *i*) *lex scripta*, *ii*) *lex praevia*, *iii) lex stricta*, y *iv*) prohibición de analogía[948]. Así MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN expresan: «El Principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley, éstas cuatro garantías, son: 1) la ley debe ser escrita; 2) taxatividad de la ley; 3) la ley debe ser previa a los hechos que se pretende sancionar y 4) prohibición de analogía»[949].

Continuando con esta tónica y en relación directa con la punibilidad, BACIGALUPO, afirma que una sanción penal se aplica de conformidad con el Principio de legalidad, si la misma se dispone «en una *lex praevia* (exclusión de la aplicación retroactiva de las leyes penales) y en una *lex scripta* (exclusión del Derecho consuetudinario), que reúna las condiciones de una *lex certa* (exclusión de las cláusulas generales), interpretada como una *lex stricta* (exclusión de la extensión analógica de la ley penal)».[950] De la misma forma MAURACH manifiesta que debido a la derivación del Estado de Derecho, el legislador determinó en el ordenamiento positivo la función de garantía de la ley penal, a propósito de sus palabras «sólo se puede castigar un hecho si la punibilidad ha sido legalmente establecida antes de que éste se cometiera»[951]. Asimismo de acuerdo con el autor la trascendencia de ésta regla radica en que posee una cuádruple dimensión: *i*) exclusión del Derecho consuetudinario, *ii*) prohibición del efecto retroactivo, *iii*) prohibición de la analogía, y *iv*) Principio de la reserva legal para las leyes penales[952].

Ahora bien, reseñadas algunas posiciones doctrinales relevantes en cuanto a las garantías jurídicas que integran el «elemento material» del Principio de legalidad. Continuaremos con la línea de exposición de ROXIN, quien define específicamente cuatro consecuencias o prohibiciones del Principio de legalidad. Cabe puntualizar que de éstas prohibiciones las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador. Por tanto, precisamos: *i*) prohibición de analogía, *ii*) prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar

---

[948] CARBONEL MATEU, Juan Carlos, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 111. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 69. MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 107. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 98.
[949] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 99 y ss.
[950] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 105. En este contexto BACIGALUPO señala la literalidad de la Sentencia 133/87 del Tribunal Constitucional español.
[951] MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal*, *Parte General*, Tomo I, trad. de la 7ma. Edición alemana por BOFILL GENZSCH, Jorge y AIMONE GIBSON, Enrique, Astrea, Buenos Aires, 1994. p. 157.
[952] *Ibidem*.

o agravar la pena, *iii*) prohibición de retroactividad, y *iv*) prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas[953]. A continuación abordaremos el análisis de las categorías antedichas, en el marco de la doctrina formulada por ROXIN.

i) La prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*): ROXIN afirma que analogía significa: «trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza de los casos». Apunta también que la argumentación por analogía en otros campos del Derecho es un método usual de aplicación del Derecho, aunque tratándose del Derecho penal y para proteger especialmente al reo, está prohibida en medida de que opera en perjuicio de aquel[954].

Según expresa MAURACH de forma opuesta a la interpretación, la aplicación por analogía «...abandona el ámbito demarcado por el precepto jurídico, al someter a la regla jurídica también ciertos hechos de la vida ubicados fuera de dicho ámbito, por ser similares en sentido con el hecho tenido en vista por el precepto jurídico»[955]. Por lo tanto, afirma que en el ámbito del Derecho penal está prohibida la aplicación de la analogía y también el Derecho consuetudinario. De este modo el autor apostilla: «tanto la fundación de la pena como su agravamiento sólo puede ocurrir de *lege scripta et stricta*»[956] precisando que «la

[953] ROXIN, Claus, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 140.
[954] *Ibidem*.
[955] MAURACH, Reinhart, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 160. En esta tónica el autor precisa: «Es significativo que la primera versión explícita de la prohibición de analogía se halle en una ley del despotismo ilustrado, a saber, en la Parte I, § 13, de la Josephina (1787); y sin lugar a dudas, tal disposición ha sido dictada, no tanto por el padrinazgo de la función de garantía individual, como por el empeño autoritario de prevenir las probables atenuaciones de esa ley, en sí muy severa, por parte del juez. En el sentido actual, es decir, como prohibición de la analogía creadora de tipos (fundante de pena), el *nulla poena sine lege* es usado por vez primera por *Feuerbach*, y desde entonces se dio casi por entendido, durante todo el siglo XIX, que el precepto del liberalismo emergente: 'No debe haber pena sin que haya de manera previa una amenaza de sanción contenida en la ley', originariamente referido a la aplicación no retroactiva, debía también, y precisamente, excluir la creación por analogía de nuevos tipos; con ello, vista correctamente, se especializa la muy general formula del *nulla poena sine lege* y adquiere la versión más refinada, concebida en interés del individuo: *nulla poena sine lege scripta et stricta*. Obviamente, tal estricta forma de entender el precepto feuerbachiano no se impuso generalmente; prescindiendo del ámbito jurídico anglosajón, han permitido la analogía en la fundamentación de la pena, a título de ejemplo, tanto el Código penal ruso de 1845-1885 como el Código penal danés de 1886 (...). Conforme al modelo del Código penal soviético de 1922-1926, de acuerdo a un mal entendido principio *nullum crimen sine poena*, debía abrir camino a la creación judicial dirigida del Derecho y servir para el castigo de actos que correspondieran a la idea fundamental del Código penal y que aparecieran dignos de condena, según el 'sano sentimiento popular'. Después del colapso de 1945 se pudo suprimir la posibilidad de la analogía fundante de penalidad y se restableció el precepto de *nulla poena sine lege* en su forma clásica (no sólo prohibición de retroactividad, sino también de aplicación por analogía). Por lo demás, también el Derecho soviético ha vuelto, a partir de 1958, a la estricta prohibición de la analogía». MAURACH, Reinhart, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 162.
[956] *Ibidem.*

creación de nuevos tipos por expansión analógica de conminaciones punitivas existentes queda simplemente excluida»[957].

Indica BACIGALUPO que una consecuencia fundamental del Principio de legalidad es la prohibición de la analogía[958]. El mismo autor sostiene que la analogía es diferente de la interpretación extensiva, según estos términos: «...mientras ésta importa la aplicación más amplia de la ley hasta donde lo consiente el sentido literal de la misma, se entiende por analogía la aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en su texto»[959]. BACIGALUPO también expone que un amplio consenso científico estima que la prohibición de la analogía sólo rige ante la presencia de la analogía *in malam partem*, es decir aquella que resulta extensiva de la punibilidad. Mientras que la analogía *in bonam partem, contrario sensu*, se legitimaría en la interpretación de la ley penal[960]. De acuerdo con este autor la prohibición de la analogía se entiende, en definitiva, como: «la exclusión de la analogía con el fin de creación de nuevo Derecho»[961].

En tal contexto MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN enuncian que la analogía consiste: «...en aplicar la ley a supuestos no contemplados en ella pero muy similares (análogos) a los que la ley describe»[962]. Para MIR PUIG la exigencia del cumplimiento de la *lex stricta* se expresa en: «...la prohibición de la analogía en materia penal, cuando ella es perjudicial al imputado, la llamada analogía *in malam partem*»[963]. En la misma línea se sitúan los autores BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, quienes sostienen que comprender de forma contraria la conceptualización de analogía, indefectiblemente, daría lugar a que

---

[957] *Ibidem*. En cuanto a la punibilidad y sus efectos MAURACH indica expresamente: «El artículo 103, inc. 2 GG y § 1: un hecho sólo puede ser castigado, si la punibilidad ha sido establecida por ley, antes de que el hecho se cometiera. Al igual que el § 2, inc. 1, del StGB: la pena y sus efectos colaterales se determinan conforme a la ley que rigiera a la fecha del hecho». *Ibidem*.

[958] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *op. cit., Derecho Penal*..., p. 128.

[959] *Ibidem.*

[960] *Ibidem*.

[961] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *op. cit., Derecho Penal*..., p. 129 y 130. BACIGALUPO específicamente, a este tenor, señala: «El Código penal español contiene en su artículo 4.1. una disposición cuya aplicación se podría vincular a la prohibición de la analogía. En su primer apartado dice que las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. En el artículo 4.2. agrega, en igual sentido, que 'en el caso de que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él'. El Tribunal Supremo ha entendido en ocasiones que ésta disposición determina que 'en materia de Derecho penal, por su carácter represivo, toda interpretación extensiva es arbitraria'». BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *op. cit., Derecho Penal*..., p. 131.

[962] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit., Derecho Penal*..., p. 120.

[963] MIR PUIG, Santiago, *op. cit., Derecho Penal*..., p. 107.

«...el juez se transforme en el creador de los delitos, en legislador, y el ciudadano quedaría totalmente inerme frente al poder judicial»[964].

Al hilo de lo anterior, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN precisan que «las complejidades que se presentan en la prohibición de la analogía en materia penal, se debe a los puntos de confluencia que existe entre la analogía y la interpretación»[965] de modo que «se llega en ocasiones a confundir y denominar como interpretación analógica»[966]. En esta lógica los autores enfatizan que la analogía «no es propiamente una forma de interpretación de la ley sino de aplicación de la misma»[967] por lo tanto «primero tiene que interpretarse la ley, determinando los supuestos de hecho que ella contiene y, una vez interpretada, la analogía consiste en que se extiendan sus consecuencias a otros supuestos no contenidos pero similares o análogos»[968].

En opinión de CEREZO MIR tanto la interpretación como aplicación de la ley penal se relacionan entre sí, por lo que afirma: «Si bien conceptualmente puede diferenciarse entre interpretación y aplicación de la ley penal, ambas se encuentran interconectadas en la práctica, ya que el ámbito de aplicación de la ley penal ha sido previamente determinado por su interpretación anterior»[969]. Además señala el autor que la interpretación extensiva es aquella que: «...no se deriva claramente del tenor literal, pero sí del espíritu o voluntad de la norma jurídica»[970]. En consecuencia, apostilla: «la interpretación en materia penal debe mantenerse siempre dentro de los límites del sentido literal posible del precepto»[971].

Contextualiza DÍEZ-PICAZO, que desde un plano teórico, la interpretación extensiva es un instituto jurídico distinto de la analogía[972], aunque en la práctica ésta distinción presenta complejidades. A propósito de las palabras del autor: «...no sólo porque la interpretación de la norma condiciona su posterior aplicación sino también porque ambas tienen un

---

[964] BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, 1997, p. 82.
[965] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 106.
[966] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 120.
[967] *Ibidem*.
[968] *Ibidem.*
[969] CEREZO MIR, José, *op. cit.*, *Curso de*..., p. 208 y ss.
[970] *Ibidem.*
[971] *Ibidem.*
[972] En lo relativo a la diferencia entre interpretación extensiva y analogía DÍEZ-PICAZO afirma «...mientras la analogía consiste en aplicar la norma a un supuesto similar al previsto por ella, la interpretación extensiva consiste en adoptar, de los varios significados posibles de la norma, el más amplio...». DÍEZ-PICAZO, Luis María, *op. cit.*, *Sistema de*..., p. 427.

sentido expansivo»[973]. No obstante, expone también que la diferencia principal entre la interpretación extensiva y la analogía, radica esencialmente en que «...la analogía está prohibida por el Principio de legalidad penal, mientras que la interpretación extensiva presenta opiniones divergentes respecto a su aplicación»[974]. Como vemos al hilo de los autores de la rama jurídica del Derecho penal, la analogía está absolutamente prohibida. Es más, la analogía está vedada porque quebranta el Principio de legalidad penal.

Por último, en lo que respecta a la analogía *in bonam partem* se cuestiona si es igualmente inadmisible y contraria al Principio de legalidad, que la analogía *in malam partem.* A este respecto es posible afirmar que para algunos autores, sólo la analogía *in malam partem* es contraria al Principio de legalidad[975]. Aunque, según otros sectores, también se rechaza la analogía *in bonam partem*[976]. Evidentemente, esto último dependerá de las posiciones doctrinales construidas en torno a la analogía *in malam partem* así como *in bonam partem.*

ii) *La prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena* (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*): ROXIN sostiene que en otros campos del Derecho se reconoce, junto al Derecho legal, el Derecho consuetudinario (no escrito)[977]. Sin embargo, para el autor, el hecho de que la punibilidad no se fundamenta o agrava por Derecho consuetudinario «es una consecuencia obvia de la norma que prescribe que la punibilidad sólo se puede determinar legalmente»[978]. En esta tónica MAURACH asevera «la penalidad debe estar dispuesta en una ley escrita, es decir no consuetudinaria».[979]

Según indica BACIGALUPO otro aspecto importante del Principio de legalidad se refiere a la prohibición de fundamentar la punibilidad en el Derecho consuetudinario, pues afirma: «esto se puede expresar de otra manera: sosteniendo que la ley formal es la única fuente del Derecho penal»[980]. Precisa que la exclusión del Derecho consuetudinario opera del

---

[973] DÍEZ-PICAZO, Luis María, *op. cit.*, *Sistema de...*, p. 472.
[974] *Ibidem*.
[975] CEREZO MIR, José, *op. cit.*, *Curso de...*, p. 210.
[976] En cuanto a la analogía *in bonam partem* MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN describen: «Un sector de la doctrina, basándose en el artículo 4.3 del Código penal español estima que la analogía *in bonam partem* está igualmente prohibida, ya que los tribunales se encuentran sometidos a la ley. Así lo ha sostenido reiteradamente el Tribunal Supremo. En todo caso, no violaría el Principio de legalidad del art. 25.1, ya que allí lo prohibido es la condena por acciones u omisiones no descritas en la ley». MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, *Derecho Penal...*, p. 121 y 122.
[977] ROXIN, Claus, *op. cit.*, *Derecho Penal...*, p. 140.
[978] *Ibidem*.
[979] MAURACH, Reinhart, *op. cit.*, *Derecho Penal...*, p. 157.
[980] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *op. cit.*, *Derecho Penal...*, p. 133. Al respecto BACIGALUPO sostiene: «Así se entiende el sentido de los artículos 9.3 y 25.1 de la CE. Las ambigüedades que podrían surgir del

mismo modo que la prohibición de la analogía en la fundamentación de la punibilidad[981]. Este autor añade que la ley, como fuente única del Derecho penal, presenta el problema de la jerarquía normativa de las leyes penales enmarcadas en la Constitución[982].

Considera expresamente MIR PUIG que: «...la norma que crea delitos y penas debe ser escrita, pero principalmente esta norma debe tener rango de ley»[983], en consecuencia, se trata de «una ley en sentido formal escrita y debidamente promulgada»[984]. Para PRIETO SANCHÍS: «sólo la ley es competente para determinar qué prohibir y cuándo castigar»[985]. Según QUINTERO OLIVARES el Principio de legalidad supone «...la exclusión del Derecho consuetudinario en el ámbito penal: la limitación de derechos sólo puede ser acordada por los representantes democráticos de la voluntad popular»[986]. Como podemos evidenciar al hilo de los autores citados, *lex scripta*, se constituye en una premisa excluyente de todas las demás fuentes del Derecho, tal como sucede con la costumbre.

Indica MIR PUIG específicamente en cuanto al punto anterior comentado que: «...la ley es la fuente del Derecho excluyente de todas las demás, relacionada con la garantía formal del Principio de legalidad» de esta forma añade: «...la reserva de ley y la exclusión de las demás fuentes del Derecho en la labor incriminadora, está relacionada con la garantía política o formal del Principio de legalidad»[987]. A la luz de lo expuesto por dicho autor, resulta que la regla de exclusión se aplica también a los principios generales del Derecho y otras fuentes del Derecho: normas reglamentarias emitidas por el Poder Ejecutivo[988] y

---

texto de las disposiciones citadas se despejan en el artículo 53.1, que establece que los derechos y libertades que consagra el Capítulo Segundo del Título I (Derechos fundamentales) sólo podrán regularse por ley, y en el artículo 82.1, determina la indelegabilidad de la potestad legislativa sobre los Derechos fundamentales y las libertades públicas». *Ibidem*.

[981] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *op. cit., Derecho Penal*..., p. 133 y 134.

[982] *Ibidem*. En este contexto BACIGALUPO precisa: «...con la STC 140/86 quedó decidido que las leyes penales que impongan penas privativas de la libertad deben tener el carácter de leyes orgánicas (artículo 81.1, CE), pues esta materia constituye un desarrollo de Derechos fundamentales, concretamente del derecho a la libertad (artículo 17. 1, CE). La tesis se debería haber extendido a todas las penas criminales, dado que, cuanto menos, todas afectan el derecho al honor. El Tribunal Constitucional, al referir la cuestión a los derechos afectados por las penas ha planteado el problema de una manera errónea, de modo que puede llegarse a limitaciones inadecuadas del Principio de legalidad. Lo aconsejable hubiera sido reconocer que el artículo 25.1 de la CE contiene un Derecho fundamental a no ser sancionado sino por hechos previamente sancionados en una ley y que toda ley que imponga penas afecta tal derecho». *Ibidem*.

[983] MIR PUIG, Santiago, *op. cit., Derecho Penal*..., p. 107.

[984] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *op. cit., Manual de*..., p. 74.

[985] PRIETO SANCHÍS, Luis, *Garantismo y derecho penal*, Iustel, Madrid, 2011, p. 101.

[986] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *op. cit., Manual de*..., p. 81.

[987] MIR PUIG, Santiago, *op. cit., Derecho Penal*..., p. 107.

[988] *Ibidem*. Al respecto MESTRE DELGADO afirma: «...este tema nos remite a la problemática de la 'ley penal en blanco', que se presenta cuando una parte de la estructura normativa (generalmente, parte de la definición del supuesto de hecho) no se contiene en la propia ley penal, sino que ésta se remite a una norma distinta.

jurisprudencia[989]. En la misma línea se sitúan los autores MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN de forma que sentencian: «El Derecho penal es exclusivamente Derecho positivo, lo que excluye la posibilidad de que mediante la costumbre o los principios generales no escritos se establezcan delitos y penas»[990].

Por su parte JIMÉNEZ DE ASÚA expone que la única fuente productora del Derecho penal es la ley. Precisamente ésta tomada en cuenta «en su sentido formal y más solemne, es la manifestación de la voluntad colectiva expresada mediante los órganos constitucionales, en la que se definen los delitos y se establecen las sanciones»[991]. Enfatiza el autor, a este tenor, que «...el Estado no puede castigar una conducta que no esté tipificada en las leyes, ni imponer penas que no esté en ellas establecida para el correspondiente delito...»[992]. Continúa en esta tónica puntualizando que el monopolio que la ley ejerce en cuanto a la producción del Derecho penal, se expresa en la máxima: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que se complementa con dos aforismos: *Nemo iudex sin lege* y *Nemo damnetur nisi per legale iudicum*[993].

Seguidamente añade JIMÉNEZ DE ASÚA que los Códigos penales, literalmente disponen: «nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviese expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente»[994]. Precepto que se completa con el Principio de reserva, que impide la aplicación de la analogía, y se encuentra consagrado en las Constituciones de este modo: «todos tienen derecho de hacer

---

El problema se presenta, cuando la remisión se efectúa a una norma de rango inferior, como por ejemplo un reglamento, de modo que se infringe la reserva de ley, ya que parte de la definición de la conducta, no ha sido dictada por el Poder legislativo». Véase en MESTRE DELGADO, Esteban, «Límites Constitucionales de las remisiones normativas en materia penal», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado (ed.), Madrid, 1988, p. 514 y ss.

[989] Según opinión de DÍEZ-PICAZO la *lex scripta* comporta que «la previsión de delitos y penas no puede hacerse mediante normas no escritas, de naturaleza consuetudinaria o jurisprudencial». DÍEZ-PICAZO, Luis María, *op. cit.*, *Sistema de...*, p. 465.

[990] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, *Derecho Penal...*, p. 100 a 113.

[991] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.*, *Principios de...*, p. 92. En esta tónica el autor señala «...la expresión del Derecho penal desde el punto de vista objetivo, la ley penal es el supuesto necesario de los delitos y de las sanciones (...). De la ley surge la pretensión punitiva del Estado a reprimir los actos catalogados en su texto como delitos, con la pena conminada, y por eso, la ley es, a la vez, fuente y medida del Derecho penal». *Ibidem*.

[992] *Ibidem*. A este tenor JIMÉNEZ DE ASÚA enuncia «...emana de la ley penal una pretensión subjetiva para el delincuente, que no podrá ser penado más que por las acciones y omisiones que la ley establezca, ni sufrir otra pena que la que esté señalada en las leyes para cada infracción». *Ibidem*.

[993] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.*, *Principios de...*, p. 96.

[994] *Ibidem*.

lo que no perjudique a otro y nadie estará obligado a hacer lo que no estuviere legalmente ordenado, ni impedido de ejecutar lo que la ley no prohíbe»[995].

Por último, señalamos que el Principio de reserva se recoge en la Constitución de 2009, en mérito al artículo 14.IV, cuyo tenor literal reza: «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 éstas no prohíban».

iii) La prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*): ROXIN afirma que existen distintas clases de retroactividad. En tal sentido, hace referencia en primer término a: «...un hecho que no era punible en el momento de su comisión puede ser penado retroactivamente», en segundo término a: «...una acción que ya es legalmente punible, se puede introducir retroactivamente una clase de pena más grave (prisión en vez de pena)» por último, en tercer término: «...se puede agravar la pena dentro de una de la misma clase (subir de cinco a diez años de prisión)»[996]. No obstante, ROXIN dilucida que éstas tres formas de retroactividad son constitucionalmente inadmisibles, por cuanto: «... la punibilidad (en su clase o cuantía) no estaba declarada y determinada legalmente antes del hecho»[997].

Según MAURACH en oposición a otras ramas del Derecho, para los mandatos del Derecho penal del Estado de Derecho, existe «una prohibición de efecto retroactivo, que rige de modo incondicional respecto de quienes se hallen sujetos a su poder»[998]. En esta línea afirma que «...la prohibición de retroactividad sólo se atenúa en aquellos casos en que su aplicación conduzca a un inequitativo gravamen del autor, incompatible con la esencia de la pena»[999]. Formula, por tanto, que la estricta prohibición de retroactividad, se entiende como la retroactividad desfavorable al autor, de modo que afirma: «un hecho sólo puede ser castigado, si la punibilidad ha estado determinada legalmente, antes de que el hecho se cometiere»[1000].

---

[995] *Ibidem*.
[996] ROXIN, Claus, *op*. *cit*., *Derecho Penal*..., p. 140 y 141.
[997] *Ibidem*.
[998] MAURACH, Reinhart, *op*. *cit*., *Derecho Penal*..., p. 195 y 196.
[999] *Ibidem*.
[1000] *Ibidem*. Continuando esta tónica MAURACH matiza su exposición precisando que «...un hecho que a la fecha de ser cometido hubiere sido objeto de amenaza penal, no debe ser castigado con una pena más severa que aquella vigente al tiempo de la comisión, (...) el principio constitucional de irretroactividad, como precepto fundamental de nuestro moderno derecho penal, ha sido reiterado en el § 1. En la forma más precisa del § 2, inc. 1, dice: la punibilidad de una acción y su pena (incluyendo sus efectos secundarios) se

Señala BACIGALUPO que la *lex praevia* se constituye «en una prohibición contenida en el Principio de legalidad referida a la retroactividad de la ley penal», por esta razón, el autor remarca que el Principio de legalidad prohíbe una aplicación retroactiva[1001]. En este tenor afirma que en la práctica, la consecuencia citada del Principio de legalidad, conduce al problema de los límites de la ley penal. Pues postula, que se discute si: «las disposiciones referentes a la prescripción están amparadas por la prohibición de aplicación retroactiva o si quedan fuera de ésta»[1002]. Como vemos el autor mentado vincula jurídicamente la ley previa con la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal, a su vez, contenida en el Principio de legalidad penal. Es decir, estamos frente a un cuadro jurídico cuyo núcleo duro es la legalidad penal.

Tal como indican MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN: «la promulgación y vigencia de la ley, debe ser previa o anterior a los hechos que pretende castigar imponiendo una sanción»[1003]. En este mismo sentido, MIR PUIG, atendiendo al Principio de legalidad, manifiesta que la expresión de este principio es «la prohibición de retroactividad de las leyes que establecen delitos o agravan su punición»[1004]. De nuevo según los autores MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, la razón de ésta exigencia es la seguridad jurídica, por lo que afirman: «es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en

---

determinan por la ley vigente en el momento de la comisión del hecho». MAURACH, Reinhart, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 196 y 197.

[1001] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 134 y 135.

[1002] *Ibidem.* BACIGALUPO asevera «...la prohibición de irretroactividad de la ley sólo requiere la existencia de una ley previa (artículo 1, Código penal) por tanto de allí no se deduce indubitablemente si la garantía se refiere a la punibilidad o incluye también a la perseguibilidad. La respuesta depende de la naturaleza jurídica que se otorgue a la prescripción. Aquellos que conciben a la prescripción como una institución del Derecho penal material se inclinan necesariamente por la vigencia de la garantía respecto de la prescripción y, por consiguiente, considerarán lesiva del Principio de legalidad la aplicación a un hecho de la extensión de los plazos de prescripción dispuestos en una ley posterior al mismo, distinto será el parecer de quienes consideran a las reglas referentes a la prescripción como ajenas al Derecho penal material, pueden admitir la aplicación retroactiva de nuevos plazos de prescripción». El mismo autor sobre la aplicación retroactiva de la ley penal, afirma: «La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal alcanza no sólo a las penas, sino también a las medidas de seguridad (art. 1.2, Cód. P.). La cuestión parece clara en la Constitución, que en su artículo 25.1. se refiere a que 'nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito'. Al distinguir entre 'condenar' y 'sancionar' en este artículo y reiterar en el artículo 9.3 que 'la Constitución garantiza… la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales', queda despejada toda duda respecto de la ley que debe regir en materia de seguridad. En el Derecho alemán, por el contrario, se establece que las medidas de seguridad se aplicarán según la ley vigente en el momento de dictarse la sentencia». *Ibidem*.

[1003] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 105.

[1004] MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 107. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *op. cit.*, *Manual de*..., p. 75 a 77.

alguna nueva pena»[1005] seguidamente añaden que «no está prohibida la retroactividad de las leyes penales favorables»[1006].

Para JIMÉNEZ DE ASÚA, la no retroactividad como axioma constitucional se deduce de la regla de oro, que dice: «los hombres deben ser juzgados y condenados por ley anterior a su perpetración»[1007] que en palabras del autor, la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* evidentemente lo confirma[1008]. Por su parte ZAFFARONI afirma que el Principio de irretroactividad de la ley penal tiene carácter constitucional «...de modo que la ley penal, por principio general, debe ser entendida como aplicable a hechos cometidos después de su puesta en vigencia»[1009]. A este tenor puntualiza, que dicho principio: «no se deduce de la ley civil, sino del precepto constitucional que proscribe las leyes penales *ex post facto*, puesto que en sede penal se trata de una manifestación del Principio de legalidad»[1010].

Por último, la prohibición de retroactividad tiene tal trascendencia en el Derecho penal, y específicamente en el marco del Principio de legalidad, que en la historia de la humanidad se han presentado episodios que han pretendido negar dicho principio. Hecho, sin lugar a dudas, que no se ha replicado en los Estados constitucionales y democráticos, cuya piedra fundamental es el Principio de legalidad. Sirva de ejemplo aquí las palabras de MEZGER: «durante el nacional-socialismo se ha abusado mucho de la retroactividad de ciertas leyes penales». Propiciando de este modo que la Constitución de Baviera (artículo 104, párr. 1) y la Ley Fundamental de Bonn (artículo 103, párr. 2) prohíban la retroactividad de las leyes penales[1011]. Dicha prohibición de la retroactividad de las leyes penales presenta una ligadura o vinculación jurídica con el respeto a los cánones del Estado de Derecho, así como garantía de los derechos y libertades de todas las personas.

[1005] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 107. Del mismo modo estos autores afirman: «Esta exigencia es inseparable del Principio de legalidad penal: si debe existir una ley que defina las conductas como delictivas para poder perseguirlas, dicha ley debe estar vigente en el momento en que se cometen los hechos. Por ello, la ley es irretroactiva y no puede aplicarse a hechos anteriores a su entrada en vigor». *Ibidem*. En la misma línea MIR PUIG señala «...la pena establecida por una ley que ya ha sido derogada, ha dejado de considerarse necesaria para la protección de la sociedad». MIR PUIG, Santiago, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 107.

[1006] VON LISZT ha sido partidario de la obligación de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, situación que incluso alcanzaba a la prescripción. Consúltese para mayor análisis la obra: VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Reus, Madrid, 1926-1929, p. 94 a 96.

[1007] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit., Principios de...*, p. 151.

[1008] *Ibidem*.

[1009] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit., Tratado de...*, p. 459.

[1010] *Ibidem*. Para profundizar el análisis sobre el Principio de irretroactividad remitimos al subepígrafe 4.2.2. «Las garantías política, jurídica e institucional» del presente capítulo de este trabajo.

[1011] MEZGER, Edmund, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 72.

iv) *La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas* (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*): ROXIN establece que el precepto penal que tuviera el siguiente tenor: «el que infringiere el bien común de modo intolerable, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años», sería un precepto nulo, ya que no permite reconocer qué características ha de tener la conducta punible[1012]. En este mismo sentido, afirma que: «...la punibilidad no estaría legalmente determinada antes del hecho, sino que sería el juez quien tendría que fijar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable»[1013]. Para ROXIN la multiplicidad de tipos penales es una consecuencia del Principio de legalidad, aunque aclara que «...son inadmisibles las penas totalmente indeterminadas, por ejemplo: 'el que dañe o destruya antijurídicamente una cosa ajena, será castigado'. Sería anticonstitucional y nulo, ya que quedaría sin determinar legalmente qué pena y en qué cuantía se puede imponer»[1014].

Señala BACIGALUPO que el Principio de legalidad impone sus exigencias no sólo al juez que aplica la ley, sino también al Parlamento que la dicta. Según el autor, la ley dictada por el Parlamento sólo cumple el Principio de legalidad, si ésta: «contiene una descripción de las prohibiciones y de las sanciones previstas para su violación que pueda considerarse exhaustivas» y agrega que «serán exhaustivas aquellas disposiciones que contengan todos los presupuestos que condicionan la pena y determinen la consecuencia jurídica»[1015]. Cita como ejemplo, una disposición que dijera: «El que culpablemente infringe los principios del orden social democrático o socialista o comunista será sancionado» lo que le permite sentenciar: «ni el ciudadano puede saber lo que debe hacer u omitir, ni el juez puede reconocer lo que debe sancionar»[1016].

De otra parte, BACIGALUPO manifiesta compatible con el Principio de legalidad un cierto grado de generalización del texto legal, en este sentido remarca: «...no es necesario, para dar cumplimiento a la exigencia de determinación legal, que la ley se mantenga en un

---

[1012] ROXIN, Claus, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 141.
[1013] *Ibidem*.
[1014] *Ibidem*.
[1015] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 126 y ss.
[1016] *Ibidem.* El mismo autor afirma «...con mayor acierto se trató esta cuestión por el Tribunal Constitucional en relación al anterior art. 509 del Código penal. En ella se afirmó que 'el cumplimiento del mandato del artículo 25 de la CE exige una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas del delito, que cumpla las exigencias del principio de seguridad jurídica, lo que impide considerar comprendidos dentro del citado precepto constitucional a los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el estricto sentido de la palabra, de los jueces y tribunales». *Ibidem.*

casuismo estricto»[1017]. Aunque aclara precisamente que: «...el grado de generalización admisible reconoce límites a partir del momento en que la disposición legal se convierte en una cláusula general, (...) la generalización es inadmisible cuando ya no permite al ciudadano conocer qué está prohibido y qué está permitido»[1018].

Para MAURACH la exigencia de la determinación de las normas jurídicas conminatorias emana directamente del principio del Estado de Derecho y tiene su más importante ámbito de aplicación en la rama jurídica del Derecho penal[1019]. MAURACH expone también que «...la amenaza de pena debe ser expresa y tan precisa que el ciudadano, como destinatario de la norma, pueda prever la conducta que el legislador haya penalizado, (...) la exigencia de la determinación del tipo se dirige al legislador y constituye un hilo conductor para la técnica legislativa»[1020] a continuación afirma: «...el uso de elementos descriptivos del tipo es más adecuado para precisar con claridad el ámbito de aplicación, (...) la exigencia de determinación rige también para las consecuencias jurídicas de los tipos penales»[1021].

Por su parte MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN consideran que el requisito de la *lex certa*, denominado principio de taxatividad o mandato de certeza[1022], exige al legislador que el establecimiento de las conductas punibles se realice de forma clara y completa[1023], de tal modo que afirman: «Sin acudir a términos excesivamente vagos que dejen de hecho en la indefinición el ámbito de lo punible, así como tampoco, al empleo de cláusulas generales absolutamente indeterminadas ya que si así lo hiciere, privaría del contenido material el Principio de legalidad, disminuyendo, cuando no eliminando, seguridad jurídica»[1024].

Según indica MAURACH en la técnica de construcción del tipo es también imprescindible la aplicación de conceptos normativos, tales conceptos que requieren ser llenados con un

---

[1017] *Ibidem.*
[1018] *Ibidem.*
[1019] MAURACH, Reinhart, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 158 y 159.
[1020] *Ibidem.*
[1021] *Ibidem.* En relación a la punibilidad MAURACH afirma: «Especial reserva merecen, en tal aspecto, los ámbitos de punibilidad de la Parte General, por lo común excesivamente amplios e indiferenciados. Asimismo la técnica del ejemplo regla, ha sido criticada desde el punto de vista de la exigencia de determinación, aun cuando no merezca reserva desde la perspectiva del Estado de Derecho, sino sólo cuando horadan en combinación con un margen muy amplio de penalidades, la determinación legal de la pena. Tal peligro existe especialmente en el caso de los fundamentos innominados para la alteración de las penas (§ 62, No. 37 y ss)». *Ibidem.*
[1022] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 103.
[1023] *Ibidem.*
[1024] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 107.

valor[1025]. Asimismo, este autor resalta la necesidad de que: «...la ley en sí misma posea la claridad y precisión suficiente para que el ciudadano pueda saber a qué atenerse»[1026]. En opinión de MIR PUIG el mandato de certeza se materializa en la teoría del delito y en la teoría de la pena, por lo que apostilla: «En la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena obliga a cierto legalismo que limite el por otra parte necesario arbitrio judicial»[1027]. En efecto, en este elemento se denota una vinculación intrínseca con la Teoría jurídica del delito.

En definitiva, podemos concluir, que la ley es anterior a la perpetración del hecho ilícito, debe formularse de manera escrita y el comportamiento punible debe estar perfectamente delimitado. Se prohíbe la aplicación de la analogía y también de la costumbre como fuente creadora de tipos penales, sanciones agravantes y medidas de seguridad. En esta misma línea, se prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal, excepto cuando sea favorable al encausado. Tal y como ilustra WELZEL, el Principio *nulla poena sine lege* posee una triple dimensión jurídica: *i*) sólo una ley (positiva) puede declarar delito a una acción específica (*nullum crimen sine lege*) e imponer una pena (*nulla poena sine lege*), y antes de que la acción sea ejecutada (exclusión de la retroactividad de las leyes penales que fundamentan o agravan la punibilidad), *ii*) la prohibición de la determinación extralegal de la pena por medio de la aplicación de la analogía, o el Derecho consuetudinario (Derecho natural) y *iii*) mientras que el Principio *nullum crimen sine lege* exige la determinación legal de la punibilidad -admite igualmente conminaciones penales absolutamente indeterminadas-, el postulado *nulla poena sine lege* va más allá y reclama también la *determinación legal de las consecuencias del delito*[1028].

Garantía Institucional del Principio de Legalidad: en la Constitución Boliviana de 2009, se encuentra recogida la garantía del cumplimiento de la norma legal establecida, situada

---

[1025] MAURACH, Reinhart, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 158 y 159. Continúa MAURACH puntualizando: «La jurisprudencia, en efecto, ha recalcado siempre el principio de la determinación del tipo; pero lo ha tratado de manera tan amplia, que ello no ha dejado de tener, necesariamente, efectos en la técnica legislativa. El § 302 a (usura) constituye el ejemplo clásico de la acumulación de conceptos normativos en un solo tipo penal; la cláusula de la reprochabilidad en los § 240, inc. 2 y 253, inc. 2, es también problemática. La problemática atinente al principio del Estado de derecho allí subyacente es morigerada en lo relativo a la aplicación del derecho sólo debido a que la jurisprudencia suele reaccionar con una interpretación restrictiva de ellas». *Ibidem.*

[1026] En este marco DÍEZ-PICAZO postula: «...para graficar cuál es en esencia la exigencia de taxatividad de la ley penal, ya que si bien la claridad, precisión y determinación absoluta es inalcanzable, existe un mínimo que resulta constitucionalmente indisponible...». DÍEZ-PICAZO, Luis María, *op. cit.*, *Sistema de*..., p. 471.

[1027] MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 107.

[1028] WELZEL, Hans, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 22 y 23.

en el Título II dedicado a los «Derechos Fundamentales y Garantías», Capítulo Primero de las «Disposiciones Generales», conforme establece el artículo 14.I: «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 éstas no prohíban». Asimismo, la Constitución proclama el Principio de legalidad, disponiendo la ley previa, según el artículo 116.II: «Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible».

En el Código penal boliviano, se reconoce el Principio de legalidad, de conformidad con el artículo 70: «Nadie será condenado a sanción alguna, sin haber sido oído y juzgado conforme al Código de Procedimiento Penal. No podrá ejecutarse ninguna sanción sino en virtud de sentencia emanada de autoridad judicial competente y en cumplimiento de una ley, ni ejecutarse de distinta manera que la establecida en aquella». Precepto que es concordante con el artículo 1 del Código de procedimiento penal, que dice: «Nadie será condenado a sanción alguna si no es por sentencia ejecutoriada, dictada luego de haber sido oído previamente en juicio oral y público, celebrado conforme a la Constitución, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y este Código»[1029].

En el multinivel jurídico la Declaración Universal de los Derechos Humanos es la piedra angular en ésta materia a nivel internacional, de modo que establece en su artículo 11.2: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito». Este mismo presupuesto contenido en el articulado de la DUDH, constituye un principio universal, que ampara a todos los ciudadanos, en cuanto a la promoción y protección de la legalidad se refiere. De

[1029] Alguna de la jurisprudencia más representativa sobre esta materia dada por el Tribunal Supremo de Justicia y Tribunal Constitucional constituye, en primer término, el Auto Supremo 21, de 26 de enero de 2007, donde se estableció que el Principio de legalidad es una garantía constitucional del individuo y que limita la actuación punitiva del Estado, además que tal principio no se agota en la clásica formulación elaborada por Feuerbach: *Nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, sino que existen otros requisitos que completan la formulación del principio, dotándoles de mayor exigencia, como son los principios de taxatividad, tipicidad, *lex scripta* y especificidad. En segundo término véase la Sentencia Constitucional 0062/2002, de 31 de julio de 2002, que expresamente ordenó que el Principio de legalidad, como elemento fundamental del Estado de Derecho, representa la materialización de los valores fundamentales que este encarna. Afirmó que el Principio de legalidad en su vertiente procesal (garantía jurisdiccional) garantiza que nadie pueda ser sancionado sino en virtud de un proceso desarrollado conforme a las reglas establecidas en el procedimiento en cuestión, respetando la ley. Pero además este mismo principio en su vertiente penal (sustantiva) prohíbe que una conducta por reprochable que parezca y por mucho que lesione un derecho, pueda conceptuarse como falta o delito, si la ley no la preceptúa de forma taxativa. Por su parte, la Sentencia Constitucional 0275/2010-R, de 7 de junio de 2010 dispuso que el Principio de legalidad es un principio procesal de la jurisdicción ordinaria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 de la Constitución.

igual manera debe ser extrapolado a los diferentes sistemas de Derechos fundamentales que han ratificado ésta Declaración.

En el nivel regional la Convención Americana sobre Derechos Humanos es nuclear, y regula el Principio de legalidad conectado con la irretroactividad en el artículo 9: «Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge expresamente la legalidad penal, de conformidad con el artículo 15.1: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

Con relación a otros sistemas de protección de derechos, tal como se ha analizado en el Capítulo II, donde nos hemos referido específicamente al sistema de protección europeo y africano. Conviene puntualizar que el Principio de legalidad es recogido literalmente en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales a tenor del artículo 7.1: «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida». Asimismo en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos en atención al artículo 7.2: «Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al transgresor».

Hasta aquí se ha analizado los preceptos fundamentales contenidos en los tres órdenes multinivel, *a priori*, afirmamos que el Principio de legalidad penal se encuentra regulado textualmente en los tres niveles jurídicos, lo que consecuentemente, nos permite formar

un común efectivo de protección y garantización de la legalidad penal. Efectivamente, en estos cuerpos normativos se recogen preceptos con alto grado de perfección jurídica pues encontramos una auténtica concomitancia entre los preceptos de los tres órdenes. Es decir, un encuadramiento e interconexión jurídica a nivel nacional, regional e internacional que contienen y dan fundamento al Principio de legalidad.

Por tanto, a la luz de lo expuesto podemos afirmar que el consenso radica precisamente en que se trata de una ley previa, que no admite retroactividad y que reconoce la seguridad jurídica en el funcionamiento del Estado de Derecho. Situados los preceptos jurídicos en el orden multinivel, procederemos a analizar esquemáticamente el Principio de legalidad desde la Teoría jurídica del delito en el apartado siguiente.

3.2.3. *Relación con la Teoría jurídica del delito*

Partiremos rememorando, que el Principio de legalidad es la piedra angular del Derecho penal. Con base en ello, determinamos que existe una relación jurídica entre este principio y los elementos que componen el delito. Por tanto, afirmamos que existe una vinculación jurídica entre el Principio de legalidad y la tipicidad[1030]. Del mismo modo el Principio de legalidad se vincula con la teoría de la culpabilidad[1031], máxime que la conminación legal previa se constituye en el presupuesto fundamental para materializar el reproche penal[1032].

[1030] Sobre la tipicidad CREUS apunta: «En consideración al tipo y a consecuencia de él, la tipicidad es la característica del hecho ilícito que en un caso concreto lo hace adecuado al tipo. Dícese que la tipicidad es una característica propia del Derecho penal y esto es verdad, pero no porque el resto del ordenamiento jurídico no contenga tipos (en cuanto descripciones de conductas ya que los mandatos mismos lo son), sino porque mostrándose la pena como lo distintivo del Derecho penal y estando condicionada por la tipicidad de la conducta, es lógico que con las mismas características de exigencia circunstanciada sólo se dé en ese Derecho y no en otras ramas del ordenamiento jurídico, fuera de que el requisito de tipicidad también se extiende a la pena como consecuencia del ilícito, lo cual no ocurre de la misma forma en el resto del Derecho (que por lo general se conforma con sanciones previstas de modo general y no circunstanciado, aplicables a una pluralidad de hechos antinormativos». CREUS, Carlos, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 110 y 111.

[1031] YÁÑEZ CORTÉS, Arturo, *op. cit.*, *Principio de*..., p. 227. En cuanto al concepto de culpabilidad MEZGER manifiesta: «La culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido. Por lo tanto, dichos presupuestos muestran el hecho como una expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor (...). No toda conducta antijurídica de una persona está sancionada con pena. Para ello, es necesario, como se deduce de la propia definición general del hecho punible, que tal conducta sea personalmente imputable. Esta imputabilidad da lugar a la responsabilidad jurídico-penal (...). Según criterio general afirmado en la actualidad con arreglo al derecho vigente, se debe imputar personalmente y castigar sólo una conducta que sea, de una u otra manera, culpable (...). El juicio de culpabilidad acerca de un hecho y de su autor se basa en un conjunto de presupuestos que están situados en la persona del autor y constituyen una determinada situación de hecho de la culpabilidad». MEZGER, Edmund, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 189 y 190.

[1032] JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, trad. CUELLO, Joaquín y SERRANO, José Luis, 2da. Edición Corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 80.

Lo propio podemos manifestar en cuanto al dolo[1033], que se encarna tanto en el elemento cognitivo como volutivo de la acción típica, antijurídica y culpable.

Siguiendo esta línea el Principio de legalidad se vincula con la teoría del error, como ser error de tipo y error de prohibición[1034], puesto que se sitúan en la base del presupuesto de la tipicidad, y ésta a la vez, del Principio de legalidad. De la misma manera este principio tiene relación jurídica con las teorías de la pena[1035]. Pero además, extra penalmente, tiene conexión con la seguridad jurídica, igualdad, así como principios democráticos del Estado de Derecho.

Prevista inicialmente las relaciones jurídicas del Principio de legalidad con los elementos que componen el delito, debemos proceder al análisis de la Teoría jurídica del delito. En consecuencia, observar si existe vinculación entre ésta teoría y el Principio de legalidad. Dicho en otros términos, el planteamiento es que la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad

---

[1033] En referencia al dolo BACIGALUPO afirma «...la realización del tipo objetivo es dolosa cuando el autor ha sabido de ella y la ha querido. El dolo, por tanto, es el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo. En otras palabras, el dolo es la actitud subjetiva de decidirse por la ejecución de una acción lesiva de un bien jurídico, es decir, una acción que realiza un tipo penal. En el dolo se encuentran, por lo tanto, dos elementos: el elemento cognitivo (que se refiere al conocimiento que debe haber tenido el autor para obrar con dolo) y el volitivo (que resume las condiciones bajo las cuales es posible afirmar que el autor quiso lo que sabía). El acuerdo doctrinario llega hasta aquí. Hay coincidencia en la definición y en los elementos del dolo, pero no en lo referente al contenido de cada uno de los elementos. Tampoco hay acuerdo en lo referente a si el dolo es un elemento del tipo (tipo subjetivo), o si por el contrario debe preguntarse por él sólo al llegar el análisis de la culpabilidad, o, finalmente sobre si se trata de un elemento que tiene la doble función de configurar lo ilícito (como tipo subjetivo) y la culpabilidad (como forma de ésta)...». BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1996, p. 103. Por su parte CREUS sostiene «...se lo puede conceptualizar como la voluntad del autor de realizar la conducta típicamente antijurídica; en otras palabras, obra dolosamente el autor que quiere violar el mandato actuando según las formas del tipo; por ejemplo, quiere violar el mandato no mataras, matando en los términos del art. 79, C.P.; quiere violar el mandato que prohíbe perjudicar la propiedad ajena defraudando, en los términos del art. 172 y ss. del CP. En la doctrina se suele describir el dolo como el querer el resultado, lo que, si bien no inexacto, es menester aclarar que el resultado equivale a manifestación de voluntad en cuanto repercusión exterior de la conducta y no en sentido propio o restringido». CREUS, Carlos, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 199.

[1034] En cuanto al error de tipo y error de prohibición BACIGALUPO manifiesta: «La suposición errónea por el autor de circunstancias objetivas que, de haber concurrido, hubieran justificado el hecho. Ejemplo: el autor supone una colisión de bienes jurídicos que en verdad no se da, pues era posible salvar el bien mayor sin lesionar el menor. Las soluciones son aquí sumamente controvertidas. Una primera posición sostiene que debe excluirse el dolo, pues al dolo pertenece la no suposición de circunstancias justificantes; si el error es producto de un comportamiento descuidado del autor cabe aplicar la pena del delito culposo, si este es punible. Otro, (...) sostiene que esta solución es correcta en sus resultados, pero no en su fundamentación, pues no se trata de un error sobre elementos del tipo, sino de un error de prohibición que, por lo tanto, no excluye el dolo. Para alcanzar los mismos resultados se propone que se apliquen en forma analógica las reglas del error de tipo y se castigue este error *sui generis* como si fuera un error de tipo. Ésta forma de resolver el problema permite no excluir el dolo, y por lo tanto, también la punibilidad de los partícipes, lo que no sería posible si en el hecho del autor faltara el dolo». BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *op. cit.*, *Manual de*..., p. 136 y 137.

[1035] CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal Español, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 277 y 278.

(delito) se expresan en una ley aprobada y promulgada con anterioridad a la ejecución del delito. A continuación efectuaremos el estudio de dicha teoría, examinando brevemente la estratificación de los elementos jurídicos que integran el delito.

Teoría jurídica del delito: *a priori*, como es conocido en el ámbito penal, afirmamos que el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable. En tal sentido, HARB descompone los elementos que conforman el delito de este modo: «...la conducta será antijurídica, es decir debe oponerse al ordenamiento jurídico y no justificarse, debe lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido. No basta la contraposición de la conducta con la norma jurídica, sino también debe ser típica, es decir caer en un tipo o definición legal, en otras palabras debe corresponder a un tipo legal, que es la definición que da la ley de un delito. El acto debe ser culpable o sea la conducta debe ser producto de la actividad, imputable a dolo o culpa. La acción es imputable cuando puede oponerse al cargo de una determinada persona. Pero además de estos elementos se tiene la pena, es decir que la conducta típica, antijurídica y culpable debe estar sancionada con una pena»[1036].

Según propone HASSEMER el «sistema del hecho punible o la estructura del delito» se constituye en una recopilación de reglas de proceder metódico, que vincula al juez penal a seguir un orden, a momento de comprobar la punibilidad de una conducta[1037]. Por lo tanto, desde esta perspectiva el citado autor afirma: «Al juez, le corresponde comprobar -y también a los abogados penalistas, jueces, fiscales, etc- en primer lugar si ha actuado una persona, ya que de lo contrario faltaría el destinatario directo de la norma penal. Luego cabe ingresar a verificar sí esa acción u omisión es subsumible dentro de un tipo penal, pues de no ser así, carecería de relevancia criminal. Después debe comprobar sí esa acción jurídico penal relevante está excepcionalmente justificada, sino, dejaría de ser

---

[1036] HARB MIGUEL, Benjamín, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 179. En este sentido, HARB precisa: «La noción sustancial del delito, enumera los elementos constitutivos del delito, que de acuerdo a la doctrina penal son los siguientes: 1) El delito es un acto humano (acción u omisión) se origina en la actividad humana, quedan descartados los hechos que son anormales, los acontecimientos fortuitos; 2) El delito es un acto antijurídico, está en oposición a la norma jurídica, debe lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente protegido; 3) Debe ser al mismo tiempo una conducta típica, que corresponde a un tipo legal definido por la ley; 4) Debe ser culpable, imputable a dolo o culpa, que puede ligarse a una persona; 5) Debe ser sancionable con una pena, pues sin ella la acción o la omisión no existe». HARB MIGUEL, Benjamín, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 186 y 187. Por su parte FUENTES OSORIO desarrolla un estudio pormenorizado sobre la anticipación de la tutela penal, manifestada en dos criterios: el emplazamiento dentro del *iter criminis* (delitos preparatorios y de tentativas de participación) y el juicio de peligro (delitos de peligro abstracto). En concreto podemos recavar información sobre esta postura jurídica en: FUENTES OSORIO, Juan Luis, «Formas de anticipación de la tutela penal», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 08, 2006. Disponible en la web: http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf ISSN 1695-0194 [RECPC 08-08 (2006), 24 ago].

[1037] HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 253 y ss.

un hecho injusto. Luego, si la acción puede ser atribuida subjetivamente a una persona determinada, pues de lo opuesto sería injusto gravarla con una consecuencia jurídica y, finalmente, si excepcionalmente puede o debe dejarse de imponer una pena, porque sea absurda o perjudicial»[1038].

Señala BINDER que las normas penales son parte del «sistema de garantías», esto significa de: «...un conjunto garantizado de principios destinados a limitar el poder punitivo del Estado, y que se construye sobre un trípode que forman las condiciones de verificabilidad. La primera de ellas, es la teoría del delito»[1039]. El mismo autor añade que la dogmática penal está integrada por tres grandes teorías, y éstas son: *i*) la teoría de la ley penal, que abarca los ámbitos de aplicación temporal y espacial de la ley penal, problemas concretos a cuándo y durante cuánto tiempo esa ley penal puede ser aplicada, *ii*) la teoría de la pena, que implica indagar sobre su fundamento tanto técnico como político y *iii*) la teoría del delito. En lo relativo a ésta última teoría, BINDER, puntualiza que se presenta «...como un modelo de decisión para la toma de decisiones racionales, con base a éstas tres preguntas básicas: ¿Estoy frente a un hecho ilícito o no? ¿Es el imputado culpable? y ¿Qué clase de pena se le daría?»[1040].

En opinión de ZAFFARONI la teoría del delito es un «sistema inteligente de filtros, para contener racionalmente las pulsiones del poder punitivo, por lo que todo análisis debe partir de la estratificación, es decir cabe avanzar por pasos o estratos formulando las preguntas necesarias para cada momento, que sirven como base para el siguiente»[1041]. En el contexto jurídico señalado, el autor continúa descomponiendo el delito en los términos jurídicos siguientes:

i) La tipicidad: ZAFFARONI en este punto indica, que los dispositivos utilizados por la ley para individualizar conductas penadas se denominan «tipos». Según el autor los tipos se encuentran en la parte especial y en las leyes penales especiales, asimismo tienen carácter descriptivo[1042]. Seguidamente afirma que el tipo cumple la función de «individualizar las

[1038] *Ibidem.*
[1039] BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 61 y ss.
[1040] *Ibidem.*
[1041] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura Básica del Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2010, p. 57 y ss.
[1042] *Ibidem.*

conductas que pueden ser delito»[1043] y también precisa que el tipo «es un dispositivo legal que sólo puede hallarse en la ley penal, fija las conductas que interesan como delitos»[1044].

ii) La antijuricidad: para el mentado autor, si el orden jurídico permite una conducta, esto significa que tal conducta no es contraria al mismo, es decir antijurídica, sino conforme a él, de tal manera que apostilla: «para que una conducta típica sea delito, requiere también ser antijurídica»[1045].

iii) La culpabilidad: ZAFFARONI indica que pese a la presencia de un injusto no podemos aún afirmar que es un delito, en consecuencia, para el autor es *conditio sine qua non* que «ese injusto le sea jurídico-permanente reprochable a su autor, o sea, que su autor sea culpable o que la conducta sea reprochable»[1046]. En esta tónica afirma: «la conducta no reprochable es la conducta de un autor que no es culpable y, en ese caso, nos hallamos con un injusto no culpable»[1047].

Por tanto, ZAFFARONI resuelve que para que exista delito se requiere inexcusablemente: «un carácter genérico -que es la conducta- que debe adaptarse a una de las descripciones de la ley -típica-, no estar amparada por ninguna causa de justificación -antijurídica- y pertenecer a un sujeto a quien le sea reprochable -culpable-». En definitiva, el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable[1048].

Para completar la acotación sobre la Teoría jurídica del delito, apuntamos determinadas posiciones doctrinales en tal sentido. Según afirma GIRÓN ésta teoría es: «un instrumento de análisis científico de la conducta humana, utilizada por juristas, jueces, fiscales, defensores, o bien estudiosos del Derecho para determinar la existencia del delito»[1049].

[1043] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Teoría del Delito*, Ediar, Buenos Aires, 1973, p. 69 y 70.
[1044] *Ibidem.*
[1045] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit., Teoría del...*, p. 70. Este mismo autor expresa «...que presentes las dos primeras características del delito (tipicidad y antijuricidad), denominamos 'injusto' a la conducta que las ofrece (sin que la expresión tenga nada que ver con el derecho natural, pues es traducción de la voz alemana *Unrecht*). Consecuentemente, injusto es una conducta típica y antijurídica». *Ibidem.*
[1046] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit., Teoría del...*, p. 70 y 71. En lo que respecta a este punto específico ZAFFARONI manifiesta: «En determinados supuestos, debido a la situación o estado en que se encuentra el autor (inimputabilidad, estado de necesidad inculpante, casos especiales de inexigibilidad de otra conducta, error de prohibición) el orden jurídico no puede exigirle al autor la realización de otra conducta distinta y conforme a Derecho (o menos lesiva) y, por ende, no puede reprocharle la conducta». *Ibidem.*
[1047] *Ibidem.*
[1048] *Ibidem.*
[1049] GIRÓN PALLES, José Gustavo, *Teoría del Delito*, AECID, Guatemala, 2013, p. 21. En el mismo sentido, para seguir profundizando consúltese la obra: MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, *Derecho Penal. Parte General.*

De nuevo ZAFFARONI formula que la indagación sobre la existencia o no del delito debe ser escalonada, por lo que señala expresamente: «...constatada la ausencia de la conducta -falta de sustantivo- no tiene sentido preguntarse por los adjetivos; verificada la conducta pero constatada la atipicidad, tampoco cabe preguntar por los dos restantes adjetivos de ésta. Verificada la tipicidad, si la conducta típica está justificada, no hay injusto penal y no se pregunta por la culpabilidad. Sólo se pregunta acerca de las causas de inculpabilidad cuando se está en presencia de un injusto penal»[1050].

En lo relativo a las definiciones de delito, aludimos a JIMÉNEZ DE ASÚA, quien establece que delito es «...el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal»[1051]. Pero también el autor remarca que la esencia técnico-jurídica de la infracción penal se expresa en tres requisitos: «tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, constituyendo la penalidad y el tipo, la nota diferencial del delito»[1052].

Por su parte MAURACH precisa que el delito es una acción típica, antijurídica y atribuible. En atención a dichas notas características del delito, afirma que: «...es antijurídica, puesto que lesiona el ordenamiento jurídico establecido por la comunidad; es típica, porque el legislador penal ha extraído del círculo del ilícito restante, la ha esbozado en forma precisa y la ha unido a una amenaza de pena»[1053] luego añade que «...es atribuible, a consecuencia de la inexistencia de causales de exclusión de la responsabilidad y de la culpabilidad, el

---

Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de Antijuricidad, Parte General, Tomo II, vol. I, Dykinson, Madrid, 2008.

[1050] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *Estructura Básica*..., p. 59.

[1051] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.*, *Principios de*..., p. 206 y 207.

[1052] *Ibidem.*

[1053] En cuanto a la concepción de delito formal y material MAURACH contextualiza: «*Prima facie*: delito es aquello que el Derecho vigente ha definido como tal (concepto formal de delito). Puede quedar abierta la cuestión de por qué ello es así. Ésta conceptualización parece no querer o no poder decir nada con respecto al contenido metajurídico, material del delito. Empero, precisamente por ello se plantea como pregunta si acaso es posible y aconsejable que el Derecho positivo logre la aprehensión material de la esencia del delito. El concepto material de delito a que se ha aludido parte de la base de la pregunta relativa a qué se puede prohibir en el presente orden jurídico y social. De la fundamentación de la justificación de la pena impuesta por el Estado se sigue que éste sólo puede utilizar al Derecho penal como un medio extremo destinado a proteger los valores comunitarios más elementales e importantes. Por la misma razón, la determinación del concepto material de delito está íntimamente relacionada con la teoría estatal en general. La distinción entre el concepto material y el formal de delito es posible encontrarla muy claramente ya en la obra de BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764) y, desde entonces, en la de numerosos penalistas, criminólogos y político-criminalistas. El concepto formal de delito describe la extensión concreta de la zona penal y es por ello determinante para la función de garantía de la ley penal. Por el contrario, el concepto material de delito representa la concepción de la comunidad sobre aquello que puede ser prohibido mediante una amenaza de pena, de suerte que es un importante instrumento político-criminal». MAURACH, Reinhart, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 212 y 213.

Derecho positivo obliga al juez a extender al autor el juicio de desvalor jurídico que caracteriza al hecho»[1054].

Tal y como expresa ROXIN, toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad. Por tanto, el citado autor afirma: «toda conducta punible presenta los siguientes elementos: acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, a los que puede añadirse la punibilidad»[1055].

En síntesis, remarcamos que el Principio de legalidad se vincula jurídicamente con los elementos que conforman el delito: tipo, culpa y pena, en tanto que la determinación de toda acción típica, antijurídica y culpable (delito) sólo puede operar desde una ley previa, es decir aprobada y promulgada en un tiempo anterior a la perpetración del hecho ilícito. Dicho hecho contraventor del orden jurídico se cataloga como delito y éste mismo debe describir taxativamente el tipo y la pena para satisfacer el estándar de legalidad.

De este modo el Principio de legalidad constituye fundamento de los elementos jurídicos: tipicidad, culpabilidad y punibilidad. Por cuanto típico hace referencia a que el tipo debe estar exactamente acotado y descrito en una ley previa, y también culpable y punible toda vez que la conminación legal y la imposición de la pena deben estar regulados en una ley

---

[1054] *Ibidem.*

[1055] ROXIN, Claus, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 193 y 194. El autor establece que según los distintos puntos de vista científicos de que se parta, presentan un aspecto diferente para cada una. Estos conceptos son los siguientes: «1 Acción. Según la opinión más extendida, acción es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada por la voluntad. Por tanto, no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, pero tampoco los actos de una persona jurídica. No son acciones los meros pensamientos o actitudes internas, pero tampoco sucesos del mundo exterior que son indominables para la voluntad humana -ataques convulsivos-. 2. Tipicidad. Esa acción ha de ser típica, ha de coincidir con una de las descripciones de delitos, de las que las más importantes están reunidas en la Parte Especial del Código Penal. La estricta vinculación a la tipicidad es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege*. Por consiguiente no es posible derivar acciones punibles de principios jurídicos generales y sin un tipo fijado, como en las consecuencias jurídicas civiles. 3. Antijuricidad. La acción típica ha de ser antijurídica, o sea prohibida. Por regla general lo será ya con la tipicidad, puesto que el legislador sólo incorporará una acción a un tipo cuando la misma usualmente deba estar prohibida. Pero ese indicio puede ser contradicho, ya que una conducta típica no es antijurídica si en el caso concreto concurre una causa de justificación. Tales causas de justificación proceden de todo el ordenamiento jurídico, por ejemplo el derecho a la legítima defensa y el estado de necesidad justificante. Ante una acción típica y antijurídica se habla de 'injusto' penal, concepto que comprende por tanto las tres primeras categorías. 4. Culpabilidad. La acción típica y antijurídica ha de ser culpable, es decir ha de poderse hacer responsable de ella al autor, la misma se le ha de poder 'reprochar', (...) es presupuesto la imputabilidad o capacidad de culpabilidad y la ausencia de causas de exculpación, error de prohibición invencible o estado de necesidad disculpante. 5. Otros presupuestos de punibilidad. Una acción típica, antijurídica y culpable es por lo general punible. Pero excepcionalmente, es decir en algunos preceptos penales concretos, han de añadirse aún otros presupuestos de punibilidad para desencadenar la punibilidad. Tales presupuestos son las llamadas condiciones objetivas de punibilidad y ausencia de causas de exclusión de punibilidad». ROXIN, Claus, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 194 y 195.

anterior a la comisión del delito. En efecto, el Principio de legalidad, que con el significa la «ley previa», «ley *certa*», «no retroactividad» y «prohibición de analogía» se vinculan jurídicamente con la Teoría jurídica del delito, precisamente considerando los elementos del delito. Finalmente, es propicio que rememoremos que el Principio de legalidad afianza la seguridad jurídica y el Estado Democrático de Derecho[1056].

3.3. Límite a la aplicación retroactiva de la ley desfavorable

El Principio de legalidad ha adquirido carácter fundamental en el Derecho penal como principio constitucional y como principio propiamente penal. Dicho esto, tal principio se desdobla en dos compartimentos: *i*) *nullum crimen sine lege* y *ii*) *nulla poena sine lege*, significa que tanto el delito como la pena deben estar determinados por una ley previa.

Por esta razón jurídica, el Principio de legalidad de los delitos y de las penas, constituye el principal límite al ejercicio de la potestad punitiva. Contexto jurídico en el que reconoce cuatro garantías en favor de la ciudadanía, impidiendo que el Estado actúe penalmente más allá de lo permitido por la ley, a saber: *i*) la ley debe ser escrita, *ii*) taxatividad de la ley, *iii*) la ley debe ser previa y *iv*) prohibición de la analogía. Pero además éste principio nuclear se vincula con el Principio de reserva legal, por el cual, los delitos se regulan en las leyes y la potestad de emitir leyes reside en el Parlamento.

Para finalizar el presente apartado, afirmamos que el Principio de legalidad impide desde el punto de vista jurídico, que se aplique retroactivamente la ley penal desfavorable. El Estado no puede sancionar una conducta que no se encuentre descrita y penada por la ley, surgiendo en este plano dos garantías específicas: *i*) la máxima: lo que no está prohibido está permitido y *ii*) el encausado sólo recibe castigo y pena por las acciones legalmente descritas y con la pena establecida, contenidas en una ley anterior al hecho. Convenimos en que el Principio de legalidad es un elemento fundamental del Estado de Derecho y Democrático, es más dicho Estado se funda en él. Siendo el límite penal para que ninguna persona pueda ser condenada por la perpetración de un hecho ilícito, si el mismo no se

[1056] Remitimos en este punto nuclear de razonamiento a la exposición contenida en el artículo de: MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho*. *Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016.

encuentra descrito como figura delictiva con la pena correspondiente por ley anterior a su ejecución.

4. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

Procede analizar en este estadio el Principio de irretroactividad, que es fundamental en el Derecho penal. Ello nos permitirá determinar su disposición en el Derecho boliviano y encuadrarlo en las garantías política, jurídica e institucional. Seguidamente conectaremos éste principio con la retroactividad favorable.

Considerando estos márgenes, destacamos que la retroactividad de la ley desfavorable en materia penal no puede operar jurídicamente en observancia del Principio de legalidad, seguridad jurídica y acatamiento del Estado de Derecho y Democrático. Recordemos que en el Derecho penal rige el Principio de irretroactividad cuyo propósito es proteger a la ciudadanía de condena legal e imposición de pena, *a posteriori*, por la materialización de un hecho ilícito, que al tiempo de ejecutarse no se encontraba prohibido en una ley.

En virtud de ello, la excepción a la regla de la irretroactividad de la ley es la retroactividad favorable. Dado que ésta última no provoca perjuicio al encausado, sino *contrario sensu*, lo beneficia. Tal es el caso de la modificación de una pena menor, o también la derogación de un determinado delito. Por tanto, se puede acudir legítimamente a ésta figura jurídica.

4.1. Consideraciones en torno a su evolución jurídica

Procede continuar examinando los antecedentes más relevantes que presenta el Principio de irretroactividad en la historia del Derecho. Partiremos refiriéndonos a SUÁREZ COLLÍA quien señala expresamente que: «...en el Derecho consuetudinario, parecía no presentarse conflictos de aplicación concreta de sus normas, debido a la naturaleza de las mismas» y en este sentido, puntualiza que: «...la obligatoriedad procedía no sólo de la reiteración de un determinado comportamiento, sino también de un elemento subjetivo, consistente en lo que la doctrina denomina '*opinio iuris*'»[1057].

Por su parte GARCÍA-GALLO afirma que «podían presentarse problemas de retroactividad de las normas, esto último se produce al invocar una costumbre en juicio que se estimaba

[1057] SUÁREZ COLLÍA, José María, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Retroactividad e irretroactividad. Concepto, tratamiento normativo y jurisprudencial*, Actas, Madrid, 1994, p. 31.

aplicable, por tanto la decisión del juez iba a tener un efecto declarativo o constitutivo»[1058] en esta tónica dicho autor añade: «...en el primer supuesto, no había problemática, en el segundo la sentencia del juicio iba a tener un efecto retroactivo, por cuanto la norma contenida en la decisión judicial, que establecía la norma consuetudinaria alegada, se aplicaba a hechos pasados»[1059]. En criterio de SUÁREZ COLLÍA la alegación y aplicación de la costumbre se repite más adelante, de modo que describe: «...en el Derecho español, durante la alta Edad Media española y en parte de la baja, en un panorama jurídico de insuficiente regulación normativa o ante la inexistencia de un ordenamiento formulado, último hecho que llevó al juez a aplicar la costumbre o, en su defecto, su albedrío»[1060].

Pero ciertamente un antecedente primigenio durante el tránsito de la época republicana a la imperial, en la historia de Roma, fue el rechazo de la retroactividad. Un ejemplo de ello constituye el pasaje de Cicerón, en ocasión de reprochar a Verres, la promulgación de una disposición que contenía efectos retroactivos[1061]. Pues tal como JIMÉNEZ DE ASÚA afirma, éste principio se reconoció definitivamente en la época del Imperio romano. No obstante, el autor indica: «como juicio de valor la prohibición retroactiva de las leyes penales, pero aún así faltaba una consagración expresa en alguna Constitución de los emperadores»[1062].

En términos históricos, el Código Teodosionado (438 d. C.) y Valentiniano III (440 d. C.) admitieron la regla de «no retroactividad del Derecho», de tal manera que rechazaron la aplicación de una ley reciente que regule hechos pasados. Dicho concepto fue alterno con la denominada *interpretatio authentica*, instituyendo en éste contexto histórico, las bases del Derecho transitorio para los sistemas legislativos[1063]. También el Digesto (533 d. C.) contenía una referencia al Principio de irretroactividad, que se manifestaba en la máxima:

[1058] GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Historia del Derecho Español*, Tomo I, 2da. Edición Revisada, Madrid, 1964, p. 248 y 249.
[1059] *Ibidem.*
[1060] SUÁREZ COLLÍA, José María, *op. cit., El principio*..., p. 34. M.T. Cicerón, in Verres, II. 1.42.108. Cabe precisar que este autor se refiere específicamente a la sentencia emitida con carácter retroactivo.
[1061] Según opinión de SUÁREZ COLLÍA: «La confianza en el ordenamiento supone que en un momento dado, todos tienen que prever las consecuencias jurídicas de sus acciones. Por ello, una norma nueva no puede regular hechos que se han producido bajo el imperio del Derecho preexistente; es válida, por el contrario, sólo para lo que se verifica *post nunc legem rogatam*»[1061]. SUÁREZ COLLÍA, José María, *op. cit., El principio*..., p. 22 y ss. VERDERA IZQUIERO, Beatriz, *La irretroactividad: Problemática general*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 14. Remitimos también en cuanto a la problemática planteada a la obra: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Derecho penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
[1062] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit., Tratado de*..., p. 608 y ss.
[1063] A esta línea se suma DE CASTRO Y BRAVO, quien afirma: «Los juristas romanos conocieron el problema que producían los cambios de leyes y sus políticos pensaron, que las novedades legislativas no debían aplicarse más que a los actos futuros». DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Derecho Civil de España», Tomo I, *Introducción al Derecho Civil*, Instituto de Estudios Políticos, 3era. Edición, Madrid, 1955, p. 707.

Poena non irrogatur nisi que quaque lege vel quo alio iure specialiter hic delicto impositu est[1064].

De este modo el Derecho romano postclásico, encabezado por el Emperador Justiniano, reconoció el carácter interpretativo o también aclaratorio de las normas innovadoras con efectos retroactivos. Así, establecían normas para interpretar o aclarar normas anteriores, por ello el aforismo: *novum ius nom dat sed datum significat*[1065].

Para JIMÉNEZ DE ASÚA en el Derecho penal canónico se consagró la irretroactividad de las leyes penales, por lo que afirma «...cuando el delito es un pecado y la pena penitencia, no puede considerarse pecador más que al que sabe que peca, y, por ende, solo puede ser sometido a penitencia, el que es consciente de transgredir una disposición legal» por tanto, a continuación sentencia: «La no retroactividad de las leyes penales tiene, pues, notable reconocimiento en el Derecho penal canónico»[1066].

Señala el autor GARCÍA-GALLO que en España, en el *Liber Iudiciorum* del reino visigodo, promulgada por el rey Flavio Recesvinto y corregida después por Ervigio, se encuentra un antecedente indirecto del instituto jurídico de irretroactividad de las leyes, a propósito de sus palabras: «...pero aquellas causas que antes de que éstas leyes se enmendasen por nuestra gloria, están falladas legalmente, esto es, según el modo legal que se ha observado en el pasado desde el primer año de nuestro reinado no puedan ser resucitadas en ningún caso»[1067].

De nuevo JIMÉNEZ DE ASÚA considera expresamente que el Principio de irretroactividad también presenta un asentamiento importante en el Derecho penal europeo a través de los glosadores y del *Corpus* pues enfatiza «...su desarrollo llega al punto que no faltan escritores que afirmen el Principio de la retroactividad de la ley más benigna, y que la mitigación de la penalidad, introducida por leyes posteriores, aprovecha incluso a los condenados»[1068].

[1064] QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Curso de Derecho Penal*, Tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 156.
[1065] Para profundizar esta materia que tratamos remitimos a la obra: VILLAR PALASI, José Luis, *Mito y la realidad de las disposiciones aclaratorias*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1965.
[1066] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.*, *Tratado de...*, p. 608.
[1067] GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Historia del Derecho Español*, Tomo II, 2da. Edición Revisada, Madrid, 1964, p. 171.
[1068] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.*, *Tratado de...*, p. 609.

En opinión de SUÁREZ COLLÍA, durante la Edad Media, no se reguló sobre cuestiones de Derecho transitorio y de la retroactividad normativa, por motivo de la supremacía de la costumbre. En efecto, para el autor: «rigió la regla *tempus regit actum*, seguridad jurídica y previsibilidad como fundamento de la irretroactividad de las leyes desfavorables, y se consideró a las normas que fijan el Derecho anterior, como leyes interpretativas»[1069].

Continuando el hilo histórico, y llegados a la época de la Ilustración, debemos remarcar que el Principio de irretroactividad alcanzó reconocimiento de raigambre constitucional. Asimismo, dicho principio[1070] fue consagrado en tres declaraciones internacionales, éstas son: *i*) Declaración de Derechos de Delaware (1776)[1071], *ii*) Declaración de Derechos de Massachusetts (1780)[1072], y *iii*) Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)[1073].

En este cuadro, MAURACH afirma que la prohibición de efecto retroactivo fue declarada por vez primera, en la historia del Derecho penal, en las Constituciones de los Estados norteamericanos fundadores y proclamada después en Francia (artículos 14 y 15 de la Constitución de Maryland y artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre en Francia). Del mismo modo, para dicho autor, fue expresada por vez primera en el ámbito jurídico alemán por *Feuerbach* en la formulación: *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*[1074].

[1069] De igual modo SUÁREZ COLLÍA afirma «...la cita como irretroactividad intermedia, en ningún caso se vuelve sobre las causas terminadas...». SUÁREZ COLLÍA, José María, *op*. *cit*., *El principio*..., p. 25.

[1070] ARTOLA GALLEGO, Miguel, *Los Derechos del Hombre*, Alianza, Madrid, 1987, p. 57 y ss.

[1071] Artículo 11 de la Declaración de Derechos de Delaware 1776: «Que las leyes retroactivas que castigan delitos cometidos antes de la existencia de dichas leyes son opresivas e injustas y no deben dictarse».

[1072] Artículo 24 de la Declaración de Derechos de Massachusetts 1780: «Las leyes dictadas para castigar acciones realizadas con anterioridad a la existencia de dichas leyes y que no hayan sido declaradas delito por leyes precedentes, son injustas, opresivas e inconsistentes con los principios fundamentales de un gobierno libre».

[1073] Artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789: «Nadie puede ser castigado más que a virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente».

[1074] MAURACH, Reinhart, *op*. *cit*., *Derecho Penal*..., p. 196. Sobre el punto específico de la irretroactividad de la ley penal MAURACH indica expresamente: «La irretroactividad de las leyes penales que establecen o agravan penas pertenece a aquellos fundamentos del Derecho penal que, si bien reconocidos, no siempre se hallan asegurados en tiempos de crisis. El Principio de irretroactividad fue respetado por la legislación del nacionalsocialismo, pero violado en multitudes de casos por medio de leyes especiales (*Lex van der Lubbe*, del 29/3/33; ley contra el secuestro de niños con fines de extorsión, § 239 a, del 22/6/36; ley de autotrampas, del 22/6/36) con el fin de -referidas a casos singulares, a costa de la seguridad jurídica, y con efectos destructivos para la imagen del Derecho penal alemán- lograr la retroactiva y, por ello conforme a su esencia, desvirtuada expiación de determinados actos violatorios de la paz. El restablecimiento de la prohibición de retroactividad, luego del colapso del *Tercer Reich*, perteneció al grupo de los más esenciales anhelos de la reforma legal llevada a cabo por las fuerzas de ocupación; ella fue establecida en el art. II, 2

Concluimos señalando que el Principio de irretroactividad se establece como un principio fundamental de las Constituciones, máxime que se encuadra jurídicamente en el principio angular del Derecho penal, de legalidad. De otra parte, concordamos en que el Principio de irretroactividad supone una premisa según la cual, en la generalidad de las situaciones se prohíbe, en consideración a la salvaguarda del orden público, seguridad y estabilidad jurídica, que la ley produzca efectos con anterioridad a su vigencia, exceptuando las circunstancias especiales, que en naturalmente favorecen o benefician al encausado.

4.2. El Principio de irretroactividad en el Derecho boliviano

Abordada la evolución jurídica del Principio de irretroactividad en el apartado anterior, continuaremos analizando el Principio de irretroactividad dispuesto en las Constituciones bolivianas, Códigos penales, Códigos procesales penales y también Leyes de ejecución penal. Esencialmente de este estudio podremos extractar la evolución constitucional y penal del Principio de irretroactividad. Elementos que nos permitirán obtener una visión representativa del desarrollo de dicho principio en materia penal y de su reconocimiento progresivo en cada norma. Para lo que observaremos con especial atención el Derecho boliviano.

Delineado este fin, hemos seleccionado dos parámetros de análisis, siguiendo la lógica jurídica propuesta en el presente estudio, éstos son: la previsión constitucional y penal, pues contienen y regulan el Principio de irretroactividad. Manifiesta gran importancia que éste principio tiene relación intrínseca con el Principio de legalidad, en los márgenes de respeto al Estado de Derecho. *A priori*, determinamos que el ordenamiento constitucional boliviano consagra el Principio de irretroactividad, reconoce la retroactividad favorable y prohíbe parcialmente la retroactividad desfavorable[1075]. Aunque precisamos que uno de los puntos de mayor controversia ha sido justamente en el constitucionalismo de Bolivia el referido al artículo 123 *in fine* de la Constitución de 2009, por reconocer de forma abierta la retroactividad desfavorable en materia de corrupción.

---

de la Proclamación del Consejo de Control No. 3, del 20/10/45. En dolorosa oposición a esto, afectando gravemente el sentimiento jurídico de la opinión pública, estuvo, el dictado del KRG 10, a la sazón derogado en cuanto ley alemana, concebido para crear, como mar sin orillas, tipos penales para castigar con fuerza retroactiva crímenes de guerra, crímenes contra la paz y contra la humanidad. MAURACH, Reinhart, *op. cit*., *Derecho Penal*..., p. 196 y 197.

[1075] Nota bene: el análisis integral de la retroactividad de la ley penal desfavorable en materia de corrupción, se efectúa en el Capítulo IV de este trabajo.

4.2.1. *Previsión constitucional y penal*

Como se señalaba anteriormente, procede que realicemos un análisis resumido sobre el constitucionalismo boliviano, enfocado ahora exclusivamente en la consagración del Principio de irretroactividad. Para alcanzar ésta finalidad especificaremos preceptos constitucionales que regulan dicho principio y que se encuentran contemplados en todas las Constituciones de Bolivia.

Sin embargo, llama en este punto la atención, que como ya hemos comentado, la única Constitución que admite la retroactividad desfavorable es la de 2009, y transcurridos ya más de diez años de su vigencia, todavía la cláusula constitucional polémica no ha sido sometida a revisión alguna. Ante lo advertido proyectamos que la problemática a la que aludimos sólo puede enfrentarse desde la tecnicidad del Derecho, recurriendo para su materialización jurídica al mecanismo de reforma constitucional.

La primera Constitución de la República de Bolivia de 1826, si bien contemplaba un título dedicado a las «Garantías», consignando declaraciones constitucionales sobre la libertad civil, seguridad individual, igualdad ante la ley, no llegó a regular sobre la irretroactividad de la ley. No obstante, la Constitución Bolivariana a tenor de su artículo 105, dispuso una referencia próxima al Principio de irretroactividad: «Ningún boliviano podrá ser juzgado en causas civiles y criminales, sino por el tribunal competente designado con anterioridad por la ley».

Tiempo después la Constitución Política de 17 de junio de 1843 consagró una regulación directa del Principio de irretroactividad a tenor de su artículo 89: «ninguna ley puede tener fuerza retroactiva». Disposición constitucional que se vislumbra como el antecedente más directo y relevante del Principio de irretroactividad en las Constituciones de la República de Bolivia. Cuya vigencia se mantuvo en posteriores reformas de la época.

Seguidamente la Constitución Política de 21 de septiembre de 1851 reconoció de forma indirecta el Principio de irretroactividad en mérito a su artículo 4: «Ningún hombre puede ser detenido, arrestado, preso ni condenado a pena, sino en los casos, según las formas y por los tribunales establecidos por las leyes, publicadas con anterioridad al hecho por el que debe ser detenido, arrestado, preso o condenado». Igualmente de conformidad con su artículo 7 ordenó: «Ningún hombre puede ser condenado civil ni criminalmente, sin haber sido citado, oído y juzgado según las leyes».

Más adelante la Constitución Política de 30 de octubre de 1938 estableció a tenor de su artículo 31: «la ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo». Por su parte, la Constitución Política de 24 de noviembre de 1945, mantuvo la misma disposición constitucional sobre irretroactividad de la ley, que la prevista en la Constitución de 1938.

Posteriormente la Constitución Política de 22 de diciembre de 1961 según su artículo 14, ordenó: «Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales ni condenado sino en virtud de ley anterior al delito mediante sentencia de juez o tribunal competente y previa defensa del imputado». Ésta misma Constitución en cuanto a las excepciones de la retroactividad de la ley de conformidad con su artículo 179 dispuso: «a) Las disposiciones sociales son de orden público; b) Son retroactivas cuando la ley expresamente lo determine».

La siguiente Constitución de 2 de febrero de 1967 estableció la garantía de cumplimiento de la norma legal establecida según su artículo 32: «nadie está obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que ellas no prohíban»[1076]. Luego ésta misma Carta con relación a la irretroactividad de la ley y las excepciones de la misma, expresó a tenor de su artículo 33: «La Ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente».

Vistas las disposiciones constitucionales sobre irretroactividad de la ley en las referidas Constituciones, resulta apropiado puntualizar que tales cláusulas se mantuvieron vigentes en las reformas constitucionales de 1994 y 2004. Por lo demás, remarcamos que dichas reformas fueron muy importantes para Bolivia, considerando que recogieron Derechos fundamentales y garantías constitucionales, del mismo modo derechos de participación ciudadana. Regulación que por sus características fue completamente progresista para la época, lo que marcó un importante precedente constitucional.

[1076] La garantía de la norma legal establecida fue reconocida en el artículo 157 de la Constitución de 1831: «Ningún boliviano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe». Ésta disposición se mantuvo vigente en las reformas constitucionales de 1834, 1839 y 1851. En consecuencia, la Constitución de 1938 modificó muy poco esta redacción, quedando el texto consolidado del siguiente modo: «Nadie está obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que ellas no prohíban». Dicha redacción apareció recogida en las reformas constitucionales de 1938, 1945, 1961, 1967 y resaltamos las más importantes de los años 1994 y 2004. Subrayamos, a este tenor, el artículo 14.IV de la Constitución de 2009: «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 éstas no prohíban».

En lo relativo al Principio de reserva de ley, que tiene estrecha relación con el Principio de irretroactividad, la Constitución Política de 1878, estableció a tenor de su artículo 20: «Sólo el Poder Legislativo tiene autoridad para modificar los códigos». Asimismo, dicha disposición se mantuvo vigente en las reformas constitucionales de 1880, 1938 y 1945.

En el mismo sentido, la Constitución Política de 1967 y las reformas constitucionales de 1994 y 2004 consagraron el Principio de reserva de ley. Por tanto, éste principio significa que solamente a través de una ley emitida por el Poder Legislativo podrá regularse una determinada materia.

Según CREUS el Principio de reserva en cuanto garantía individual está antes del Derecho penal pues afirma: «...se refiere a la facultad de actuar del hombre dentro de lo permitido (no prohibido por el ordenamiento jurídico), sin que su conducta pueda acarrearle sanción de cualquier índole que sea»[1077]. En esta tónica el autor continúa enfatizando: «...es una garantía del individuo, no directamente ante los organismos de 'persecución', sino ante el mismo órgano de legislación penal: éste no puede asignar una pena a una conducta que éste permitida por el ordenamiento jurídico; previamente, actuando como órgano de legislación general, tiene que prohibirla, sin traspasar ciertos límites, lo cual significaría una interferencia indebida en esferas de libertad inmarcesible de la persona»[1078]. Por ello, la Constitución Política de 2009 reconoce expresamente el Principio de reserva de ley en atención al artículo 109.II: «Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley».

Por último, resaltamos la tónica creciente en la evolución del Principio de irretroactividad, tónica que tiene similitud en todas las Constituciones de la República, que reconocieron el Principio de irretroactividad de la ley y sólo proclamaron la retroactividad de la ley en beneficio del trabajador o en favor del imputado. En este tenor las Constituciones también regularon el Principio de reserva legal. Idéntico tratamiento constitucional ha sido dado en lo concerniente a la garantía de cumplimiento de la norma legal establecida.

Reseñamos a continuación la previsión penal de la irretroactividad de la ley. Con relación a los Códigos penales bolivianos, el Código penal de 1831, estableció una aproximación al Principio de irretroactividad de la ley conforme a su artículo 27: «A ningún delito ni

[1077] CREUS, Carlos, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 45.
[1078] *Ibidem*.

culpa se impondrá nunca otra pena, que la que señale alguna ley promulgada ocho días antes al menos de su perpetración».

La referida disposición legal se mantuvo vigente en posteriores reformas, hasta el Código penal Banzer[1079] de 1972, que entró en vigencia por Decreto Ley de 2 de abril de 1973. Éste Código determinó de acuerdo con su artículo 4: «Si la ley vigente en el momento de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al dictarse el fallo o de la vigente en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más favorable. Si durante el cumplimiento de la condena se dictare una ley más benigna, será ésta la que se aplique». Asimismo, dispuso en su artículo 47: «Las penas se ejecutarán en la forma establecida por el presente código y la ley especial para la aplicación del régimen penitenciario». Ésta disposición legal fue reformada por la Disposición Final 7ª del Código de procedimiento penal, Ley 1970, de 25 de marzo de 1999: «no podrá ejecutarse ninguna sanción sino en cumplimiento de una ley, ni ejecutarse de distinta manera que la establecida en la ley»[1080].

Más tarde la reforma parcial del Código penal de 10 de marzo de 1997 reguló a tenor de su artículo 4: «Si la ley vigente en el momento de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al dictarse el fallo, se aplicará la más favorable. Si durante el cumplimiento de la condena se dictaré una ley más benigna, será ésta la que se aplique. Para las medidas de seguridad regirá la ley vigente en el momento de la sentencia y si se modificara, la del tiempo de su ejecución». En similar sentido, ordenó a través de su artículo 47: «Las penas se ejecutarán en la forma establecida por el presente Código y la ley especial para la aplicación del régimen penitenciario». Igualmente, estableció a tenor de su artículo 70: «Nadie será condenado a sanción alguna, sin haber sido oído y juzgado conforme al Código de procedimiento penal. No podrá ejecutarse ninguna sanción sino en virtud de

[1079] Precisamos que el Código penal Banzer fue promulgado por Banzer en 1972, cuya entrada en vigor fue en 1973. El conjunto de Códigos aprobados durante éste gobierno se han denominado «Códigos Banzer». Recordemos, en el sentido indicado, que Banzer fue un dictador que gobernó en Bolivia. Tal y como apunta MAYMURA MILÁN: «... 3) Su gobierno tuvo una duración de casi siete años (21 de agosto de 1971 hasta el 21 de julio de 1978); 4) Durante su gobierno se aprobó el Código Penal, Código Civil y Procedimiento Civil». MAYMURA MILÁN, Marcos L., *op. cit.*, *Presidentes de...*, p. 253.

[1080] Disposición concordante con el artículo 47 del Código penal 1997: «Las penas se ejecutarán en la forma establecida por el presente Código, el Código de Procedimiento Penal y la Ley especial para la aplicación del régimen penitenciario», así como el artículo 70 del mismo Código: «Nadie será condenado a sanción alguna, sin haber sido oído y juzgado conforme al Código de Procedimiento Penal. No podrá ejecutarse ninguna sanción sino en virtud de sentencia emanada de autoridad judicial competente y en cumplimiento de una ley, ni ejecutarse de distinta manera que la establecida en aquella».

sentencia emanada de autoridad judicial competente y en cumplimiento de una ley, ni ejecutarse de distinta manera que la establecida en aquella».

Ésta versión del Código penal de 1997 fue objeto de más de 25 reformas. No obstante, específicamente los artículos 4 «en cuanto al tiempo», 47 «régimen penitenciario» y 70 «*nulla poena sine juditio*» se conservaron en términos idénticos. Por tanto, afirmamos que todos los Códigos penales que rigieron en Bolivia sólo admitieron la retroactividad de la ley favorable, más prohibieron la retroactividad desfavorable. De igual modo ocurre con el Código penal vigente.

En lo que respecta a los Códigos de procedimiento penal, cabe puntualizar que el primer Código de procedimiento penal de 1973, no reguló la irretroactividad de la ley penal. Sin embargo, disponía la aplicación de la ley penal más benigna[1081].

Por su parte, la Ley de ejecución vigente no regula directamente la irretroactividad de la ley penal pues sólo consagra referencias según su artículo 2*:* «Ninguna persona puede ser sometida a prisión, reclusión o detención preventiva en establecimientos penitenciarios, sino en virtud de mandamiento escrito emanado de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por las causales previamente definidas por Ley. La privación de libertad obedece al cumplimiento de una pena o medida cautelar personal, dispuesta conforme a ley». Respecto al Principio de legalidad determina en atención a su artículo 119: «No hay infracción ni sanción disciplinaria, sin expresa y anterior previsión legal o reglamentaria impuesta por autoridad competente; ni se podrá sancionar dos veces por el mismo hecho. Las conductas señaladas como faltas, sólo serán sancionadas cuando hayan sido cometidas dolosamente».

Por último, de la escasa normativa boliviana en cuanto a ejecución de penas se refiere, es evidente, que no se contempla de forma textual el Principio de irretroactividad de la ley. Si bien, de las referencias generales citadas, podemos inferir su establecimiento legal. Es más, también fundamenta la irretroactividad de la ley en la materia que venimos tratando, los nexos jurídicos que tiene éste principio con la legalidad, como se advierte del artículo 119 señalado *supra*.

[1081] Artículo 319 del Código de procedimiento penal 1973: «Tratándose del caso previsto en el párrafo segundo del artículo cuarto del Código Penal, el condenado ocurrirá ante el juez que dictó la sentencia, a los efectos de la aplicación de la ley penal más benigna».

4.2.2. *Las garantías política, jurídica e institucional*

Extractadas las cláusulas de irretroactividad del ordenamiento constitucional y penal, nos proponemos trazar a continuación una clasificación que nos proporcione categorías para el análisis del Principio de irretroactividad, que se expresan en garantías. Éste mecanismo nos permitirá ordenar el estudio desde una perspectiva jurídica, posicionando cada una de éstas garantías. De este modo proponemos el estudio de las garantías política, jurídica e institucional del Principio de irretroactividad, que lógicamente se encuentran enmarcadas en la doctrina y en la legislación penal.

Formuladas las premisas obtendremos la conclusión de que la regla es la irretroactividad de la ley, más la excepción es la retroactividad favorable. De manera que, la retroactividad desfavorable no se considera jurídicamente válida ni legítima en los márgenes de respeto al Estado de Derecho y al imperio de la ley.

Garantía política del Principio de irretroactividad: ROXIN afirma que la prohibición de retroactividad es difícil fundamentarla en el principio de la división de poderes pero que ésta misma «...se deriva forzosamente de las otras raíces del Principio de legalidad y a diferencia de la prohibición de analogía, no está expuesta a ninguna duda fundamental en cuanto a su aplicación»[1082]. En tal sentido, añade que ésta prohibición de retroactividad «...goza de una permanente actualidad político-jurídica, por el hecho que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar *a posteriori* las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables»[1083]. Continúa ROXIN subrayando que: «...impedir que se produzcan tales 'leyes *ad hoc*', hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho»[1084].

Por su parte, LÓPEZ MENUDO señala que el objetivo de los grandes autores posicionados en el tratamiento de la retroactividad ha sido el mismo: «construir unos límites al poder del legislador en lo más peligroso que éste puede hacer: dictar leyes retroactivas. En unos casos, formulando recortes al poder del legislador, nacidos del celo por el respeto a la

[1082] ROXIN, Claus, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 161.
[1083] *Ibidem*.
[1084] *Ibidem*.

seguridad del individuo y de sus bienes y derechos»[1085]. En esta línea argumentativa, el autor afirma: «...en otros casos, para postular lo contrario, un amplio poder del legislador, si bien con unos límites, siquiera mínimos, para que ese amplio poder que se propugna sea realmente creíble»[1086]. Por esa razón, en palabras del autor, los distintos agentes doctrinales, han buscado como elemento común entre ellos, poner un límite o freno ante una posible actuación desenfrenada del legislador en relación a disponer la retroactividad de la ley[1087].

Indica LÓPEZ MENUDO que la consagración al máximo rango normativo de un principio prohibitorio, como la irretroactividad en la Constitución española, se dispone a tenor del artículo 9.3: «La Constitución garantiza (...) la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales»[1088]. Seguidamente puntualiza que: «...dicho precepto se dirige al juez para que no de efecto retroactivo a la norma, situación reñida con la efectividad inmediata de las normas» de modo que matiza «referido al reconocimiento implícito de que el legislador puede dictar leyes retroactivas sin límites»[1089].

Así, LÓPEZ MENUDO prosigue enfatizando que: «...la Constitución Española ha terminado con recursos dialécticos forjados en tiempos anteriores a ella contra el presunto poder irrestricto del legislador de dictar leyes retroactivas»[1090]. Precisa que como contrapartida, se ha clarificado los conceptos, de tal forma que: «...una norma es retroactiva si traspasa los límites prohibidos por la Constitución en su artículo 9.3. y no lo es si no rebasa esos límites aun cuando incida, aunque sea hacia el futuro, sobre situaciones y relaciones

---

[1085] LÓPEZ MENUDO, Francisco, «El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves», *Revista de Documentación Administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, Números 263-264, Madrid, mayo-diciembre de 2002, p. 78.
[1086] *Ibidem*.
[1087] *Ibidem*.
[1088] LÓPEZ MENUDO, Francisco, *op. cit.*, «El principio...»..., p. 77. Seguidamente este autor expresa: «...pero la aportación, el hecho mismo de proclamar expresamente una prohibición en esta materia, tiene un valor inmenso si se compara con todo el pasado existente antes de 1978. Como es sabido, el artículo 2.3. del Código civil ha sido el precepto central que, tributario del dogma de la omnipotencia del legislador, ha venido rigiendo el impenetrable caos creado en torno a la retroactividad de las normas: *Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario*». *Ibidem*.
[1089] LÓPEZ MENUDO, Francisco, *op. cit.*, «El principio...»..., p. 78. En este sentido, el autor puntualiza: «...un apriorismo éste ciertamente defendible en términos políticos y, desde luego, para servir a algún problema aislado necesitado de drástico arreglo desde su raíz, pero que jurídicamente jamás ha sido asumido como viable en calidad de una regla general, como lo prueba el despliegue doctrinal, absolutamente descomunal, habido para taponar esa brecha abierta por el propio artículo 2.3. del Código Civil y por otras formulaciones o silencios semejantes que presiden la legislación de otros países». *Ibidem.*
[1090] LÓPEZ MENUDO, Francisco, *op. cit.*, «El principio...»..., p. 79 y ss.

jurídicas latentes venidas de un tiempo anterior, aunque produzca una retroacción suave, pero al cabo retroacción»[1091].

A la luz de lo expuesto, es posible establecer que la Constitución de 2009 ha dispuesto la retroactividad de la ley penal en materia de corrupción a tenor del artículo 123 parte *in fine*: «...en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución». La citada disposición además ha sido desarrollada por el legislador mediante la Ley de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas «Marcelo Quiroga Santa Cruz», Ley 004, de 31 de marzo de 2010. Como vemos nuestro ordenamiento constitucional es completamente opuesto al ordenamiento constitucional español, en el cual, expresamente se ha dispuesto límites a la retroactividad, evitando de este modo que cualquier acción desmedida del legislador provoque emisión de leyes retroactivas, y por tanto, protegiendo constitucionalmente los derechos individuales en el ámbito de la retroactividad[1092].

Tal como se señaló anteriormente, en el caso boliviano, el legislador constituyente, consagra una retroactividad sin límites al establecer textualmente en la Constitución: «...en materia de corrupción y en otros casos establecidos por la Constitución» consecuentemente no limita la actividad del legislador ordinario sobre ésta materia específica, máxime que el mismo posee libertad para legislar sobre retroactividad de la ley, amparado precisamente en el artículo 123 de la Constitución. Pues recordemos que permitir la aplicación retroactiva de la ley penal afecta la seguridad jurídica, además que

---

[1091] *Ibidem.* En este contexto LÓPEZ MENUDO afirma: «...en cualquier caso, si tenemos presente la situación anterior a la Constitución, en la que el principio de irretroactividad de las leyes, como hemos dicho, sólo contaba con la protección de la doctrina a duras penas, a fuera de diversa y contradictoria y la jurisprudencia, en cuanto defensoras de la intangibilidad de los derechos e incluso expectativas frente a la acción del legislador, la Constitución ha supuesto ganancias no sólo en lo que atañe al principio de irretroactividad, ya que ofrece en su artículo 9.º.3 otras garantías complementarias (seguridad jurídica, responsabilidad, interdicción de la arbitrariedad) que con el concurso o no del principio de irretroactividad, según cada caso, pueden dar un juego notable en la siempre difícil tarea de sujetar las posibles veleidades del legislador. Es ocioso decir que la expresión máxima de esa posible arbitrariedad puede venir de la mano de la retroactividad sencillamente porque ésta representa el *summum* de las ficciones jurídicas: la regulación de unos hechos nacidos o generados en un tiempo en el que la norma aún no existía, lo que normalmente hará que se resientan esos otros principios». *Ibidem*.

[1092] A propósito de las palabras de LÓPEZ MENUDO: «...la verdadera dimensión a la prohibición del artículo 9.3. de la Constitución de España, en defensa de los derechos y principios del propio precepto frente al poder del Estado, requiere esta interpretación política: la interdicción de mirar hacia atrás, el principio de buena política de que el pasado no se debe remover, la voluntad de poner coto a los grandes riesgos que un ilimitado poder retroactivo de las normas puede generar en todas las direcciones». *Ibidem.*

transforma el Derecho penal del acto a un Derecho penal del autor, produciendo indefectiblemente la desnaturalización de la función democrática de la pena.

Para finalizar indicamos que la garantía política del Principio de irretroactividad se dirige indudablemente al legislador con la finalidad de que no emita leyes retroactivas, haciendo uso de su potestad legislativa desmedida, en detrimento de los Derechos constitucionales y de los bienes jurídicamente protegidos[1093]. En este contexto, uno de los principios más elementales que rigen la aplicación de la ley es específicamente su irretroactividad, cuyo significado es que ésta no debe tener efectos hacia atrás en el tiempo, sino que *contrario sensu* sus efectos sólo operan después de la fecha de su promulgación. En síntesis, cuando el legislador otorga efecto retroactivo a una ley produce la destrucción de la seguridad y de la confianza en las normas jurídicas. Pero además materializa la erosión de la seguridad jurídica y también del respeto al Estado de Derecho. Para evitar ésta actuación desfasada de la legalidad es crucial la limitación de la actuación del legislador. Limitación que viene de la *lex superior*.

Garantía jurídica del Principio de irretroactividad: AFTALIÓN y VILANOVA, en cuanto a la aplicación de la ley en el tiempo, afirman «...existe un planteamiento tradicional, en el que dos principios opuestos aparecen al considerar dichos problemas y dominan con dicha oposición el planteamiento de ésta materia: retroactividad de la ley e irretroactividad»[1094]. En este punto, los citados autores, prestando especial atención a la retroactividad de la ley señalan: «La nueva ley se dicta en interés general. Según el criterio del legislador ésta ley es mejor y más justa que la anterior; nada más razonable, por lo tanto, que aplicarla de inmediato tanto a los hechos futuros como a los ya sucedidos»[1095].

Apuntan AFTALIÓN y VILANOVA que en el tratamiento de la irretroactividad de la ley debe tomarse en cuenta a PORTALIS, pues establecen: «No existen sino desde que se promulgan, y no pueden tener efecto sino desde que existen. El Estado establece la ley para que sea obedecida y es evidente que no puede ser obedecida una ley aún no existente»[1096]. Por

[1093] Para profundizar en cuanto al Principio de razonabilidad de las leyes desde la perspectiva del Principio de legalidad consúltese el subepígrafe 3.2.2. «Las garantías política, jurídica e institucional» con énfasis la garantía política, del presente capítulo de este estudio.
[1094] AFTALIÓN, Enrique, y VILANOVA, José, *Introducción al Derecho*, Nueva Versión con la colaboración de Raffo Julio, 2da. Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 887.
[1095] AFTALIÓN, Enrique, y VILANOVA, José, *op. cit., Introducción al...*, p. 888.
[1096] *Ibidem.*

tanto, indican que una postura contraria «crearía un estado de inseguridad en los hechos» remarcando que «ninguna situación jurídica ni acto jurídico podrían considerarse firmes si los particulares estuviesen continuamente expuestos a que un cambio de legislación los alterase o declarase inválidos»[1097]. Además precisan que éstas razones han sido tenidas en cuenta por los legisladores, desde antiguo para erigir el Principio de irretroactividad: «...el Derecho romano sentó como regla, la doctrina de la irretroactividad de las leyes, excepto que se dicten expresamente con relación al pasado y a asuntos pendientes, principio que luego pasó al Derecho canónico»[1098].

En este sentido, AFTALIÓN y VILANOVA expresan que en el Principio de irretroactividad, no es posible que se encuentre en vigencia una ley (aún) inexistente, por lo tanto, la ley no puede regir *hechos anteriores* a su promulgación[1099]. Aunque para los autores tales argumentos no tienen carácter de límites infranqueables a la retroactividad, manifiestan que: «...puede suceder que, a despecho de ellos, el legislador dicte normas con carácter retroactivo, sea imponiendo sanciones a una conducta previamente lícita...»[1100]. Por ello, exponen que en el caso señalado: «si se castiga con efecto retroactivo una conducta hasta entonces lícita, se resiente el valor seguridad y el valor de justicia, toda vez que nada se puede reprochar a quien 'viola' una ley inexistente»[1101].

Continúan los autores afirmando que el Derecho penal contemporáneo, consecuente con la idea liberal de justicia, condena las leyes penales *ex post facto* y que éste principio se encuentra establecido en casi todas las Constituciones vigentes[1102]. Dividen así el estudio en Derecho penal y Derecho civil[1103]. De ello, resulta de especial importancia dentro del

---

[1097] *Ibidem.*
[1098] *Ibidem.*
[1099] AFTALIÓN, Enrique, y VILANOVA, José, *op. cit.*, *Introducción al*..., p. 891.
[1100] *Ibidem.*
[1101] *Ibidem.*
[1102] *Ibidem.*
[1103] En el sentido indicado los autores precisan: «Se deslindan dos materias: civil y penal. En el ámbito civil existen dos teorías que analizan la retroactividad. Según la teoría clásica, basada en la noción de derecho adquirido, la ley nueva no puede afectar derechos adquiridos y no podría por lo tanto, ni siquiera tener lo que las nuevas doctrinas denominan efectos inmediatos, toda vez que la aplicación inmediata de la ley afecta en alguna medida derechos adquiridos: Es el caso por ejemplo, de la abolición de la esclavitud, que se implantó no obstante afectar los derechos adquiridos por los propietarios de esclavos. Del mismo modo, las leyes que se dictan en protección de los trabajadores afectan derechos adquiridos por los patrones. Según la teoría moderna, en cambio, la ley tiene efectos inmediatos y constituye excepción la supervivencia de la ley antigua (efectos diferidos). Si bien existe diferencia entre ambas teorías, los autores destacan que los tribunales aplicando la doctrina de los derechos adquiridos, han llegado en varias ocasiones a soluciones concordantes con las de la doctrina moderna, por tanto la diferencia en la práctica, la diferencia entre ambas teorías es mínima. Lo que ocurre es que, en los hechos para obviar los inconvenientes de la teoría clásica,

Derecho penal, que el Principio de irretroactividad de las leyes, expresado en la forma de una condena formal de las leyes *ex post facto*, se encuentre dispuesto expresamente en la Constitución que establece la prohibición de su aplicación retroactiva, máxime que la competencia del juez penal debe estar deferida por la ley anterior[1104]. Como observamos los autores postulan que la irretroactividad de la ley debe estar prevista en la Constitución, de modo que las leyes ordinarias así como otras unidades normativas deben encuadrarse en lo que la norma constitucional ha estatuido como una prohibición.

En criterio de ZAFFARONI el Principio de irretroactividad de la ley penal tiene carácter constitucional, máxime que la ley penal, por principio general, debe ser entendida como aplicable a hechos cometidos después de su puesta en vigencia[1105]. Seguidamente afirma: «este principio no se deduce de la ley civil 'sino del precepto constitucional que proscribe las leyes penales *ex post facto*'»[1106], de modo que añade: «...en sede penal se trata de una manifestación del Principio de legalidad, siendo innecesario buscar fundamento alguno en los derechos adquiridos»[1107]. Postula que la teoría de los «derechos adquiridos» tiene raigambre extra-penal, razón por la que señala: «el Principio de irretroactividad de la ley penal configura, con el Principio *tempus regit actum*, 'el anverso y reverso de una misma moneda', pero ello no significa que la vigencia penal del Principio *tempus regit actum* haya que buscarla en la ley civil ni en ningún otro precepto fuera de la Constitución y del Código penal»[1108].

Para ZAFFARONI el Principio de irretroactividad de la ley penal reconoce excepciones que se encuentran contenidas en el Código penal, y que a su juicio, ello obedece a que no

---

se recurre frecuentemente a la fundamental noción de orden público -admitida por la teoría clásica como excepción general al principio de irretroactividad-, con lo que este principio excepcional cubre la regla y hace que la diferencia entre ambas doctrinas no exista». AFTALIÓN, Enrique, y VILANOVA, José, *op. cit.*, *Introducción al...*, p. 894 a 896. En relación a la concepción formal de Roubier, indican: «La posibilidad de una concepción puramente formal del problema de la aplicación de las leyes con relación al tiempo -en el sentido que no centra la doctrina en los perjuicios que resulten a particulares de la aplicación de la nueva ley- fue abierta por Roubier. Destaca en primer lugar este autor que las relaciones o, las situaciones jurídicas, no se realizan por lo general en un solo momento sino que se desarrollan a lo largo de cierto tiempo, de modo que la ley nueva interviene en un momento dado de ese proceso de desenvolvimiento; si esa ley afecta o se refiere a partes anteriores, cabe decir que tiene efectos retroactivos; si, por el contrario, sólo se refiere a partes posteriores, tiene meramente efectos inmediatos. Las leyes no tienen, en principio, efectos retroactivos, pero sí los tienen inmediatos: la ley nueva puede modificar los efectos futuros de hechos o actos anteriores». AFTALIÓN, Enrique, y VILANOVA, José, *op. cit.*, *Introducción al...*, p. 894.

[1104] *Ibidem.*

[1105] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *Tratado de...*, p. 459.

[1106] *Ibidem.*

[1107] *Ibidem.*

[1108] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *Tratado de...*, p. 460.

siempre es idéntica la situación que en el caso concreto presenta la sucesión temporal de leyes penales, descartando así «la teoría de la irretroactividad absoluta de la ley penal»[1109]. En este contexto jurídico puntualiza: «...si por *actus* se entiende el delito, corresponde el Principio de irretroactividad de la ley penal (*tempus regit actum*) y de la excepción no absoluta en caso de *novatio legis in mellius*, caracterizada como excepcional supuesto de retroactividad de la ley penal. Si por *actus* se entiende la acción de sentenciar o la de ejecutar la sentencia, ésta excepción no absoluta debe designarse como ultractividad de la ley penal»[1110].

Pero también el autor sobre la correlación del Principio de irretroactividad de la ley penal con el Principio *tempus regit actum*, aclara: «La única extra-actividad de la ley penal es la retroactividad en el supuesto general de ley más benigna. Desde este punto de vista no hay ultra-actividad alguna -al menos en las leyes de fondo- cuando se aplica la ley vigente al tiempo del delito, aun cuando fuese otra la vigente al tiempo de la sentencia o de la ejecución de la pena»[1111].

Por su parte, MAGGIORE sostiene que la regla de la irretroactividad de la ley brilla desde tiempos antiguos, en este sentido contextualiza: «desde Grecia hasta Roma, desde la Edad Media y el Renacimiento hasta los tiempos modernos, ningún ordenamiento jurídico,

---

[1109] *Ibidem.*

[1110] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit., Tratado de...*, p. 460 y 461.

[1111] *Ibidem.* En relación al punto específico de la irretroactividad procesal ZAFFARONI indica expresamente: «Sin embargo, esta cuestión deja de ser un planteo de mero esclarecimiento terminológico y pasa a ser una verdadera cuestión de fondo si tenemos en cuenta que la irretroactividad de la ley penal, en nuestro sistema, se extiende a la ley procesal, en razón de derivarse del principio de legalidad constitucional. En efecto: desde el punto de vista procesal el *actus* es el acto procesal y, por ende, allí se podría hablar de ultra-actividad. Sin embargo, creemos que en virtud del principio de legalidad constitucional (penal y procesal) se impone también al derecho procesal que el *actus* a tomar en cuenta para determinar la ley que rige el acto procesal, sea el *actus* del delito, en todos los casos en que la ley vigente al tiempo del acto procesal sea más gravosa. La jurisprudencia norteamericana es uniforme en este sentido. Esta jurisprudencia, altamente prestigiosa en cuanto a garantías individuales, decidió conforme al principio de retroactividad de la ley más benigna al resolver, que no rige la prohibición constitucional de la ley *ex post facto* en los casos en que se rebaja una pena legalmente establecida. No obstante, como es común en la jurisprudencia anglosajona, la misma se preocupó más por la irretroactividad de la ley procesal y sólo admite la retroactividad de la misma cuando es más benigna o no agrava la situación del procesado. Así, se consideró que puede aplicarse retroactivamente la ley procesal que permite o prohíbe usar o referirse a pruebas antes no admitidas o admitidas, respectivamente, pero siempre que ello sea respecto de la defensa y de la acusación, en tanto que la Corte Suprema norteamericana consideró que viola la prohibición de la ley *ex post facto* la ley procesal nueva que afecta un 'principio substancial' existente al tiempo del delito. Consideró que está afectando un '*substantial right*' cuando se disminuye el número de jurados o de votos necesarios para la condena, cuando se priva del juicio por jurados etc...». ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit., Tratado de...*, p. 461 y 462. En esta tónica el mismo autor apostilla: «Se ha considerado irretroactiva la ley excarcelatoria más restrictiva y, por ende, retroactiva la más benigna». ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit., Tratado de...*, p. 462.

salvo momentáneas desviaciones y aberraciones, han osado separarse de ella negando el principio de que la ley dispone para lo futuro»[1112]. Asimismo, el autor subraya que para entender de modo apropiado el Principio de irretroactividad, debe considerarse dos puntos de vista: el filosófico-jurídico y el jurídico *stricto sensu*[1113].

Postula MAGGIORE que la retroactividad de la ley punitiva no se justifica por cuanto está fuera de la luz de la justicia. En consecuencia, afirma que: «...solamente se explica por el deseo de satisfacer una venganza tardía y de librarse de un enemigo importuno para quien detenta el poder. Semejante monstruosidad no pertenece a la historia del Derecho, sino a la del crimen legalizado»[1114]. Naturalmente este autor se opone al reconocimiento de la retroactividad desfavorable por el respeto al Estado de Derecho.

De acuerdo con MAGGIORE el Principio de irretroactividad tiene plena eficacia cuando la ley acrimina *ex novo* un hecho que anteriormente no se consideraba como delito. En este punto dilucida: «...no es punible el hecho cometido bajo el régimen de la ley anterior; ésta norma, se deriva lógicamente de la máxima de nuestro ordenamiento jurídico penal: *nullum crimen sine lege*»[1115]. Añade que la misma regla se aplica cuando la ley posterior no es creadora de una figura de delito, sino sólo modificativa de una norma acriminadora preexistente y en sentido menos favorable al reo[1116]. De modo que resuelve: «ante un caso de divergencia entre la ley anterior y la posterior se aplica aquella cuyas disposiciones son más favorables al acusado; equivale a decir: no se aplican las disposiciones menos favorables»[1117].

[1112] MAGGIORE, Giuseppe, *op*. *cit*., *Derecho Penal*..., p. 194.
[1113] *Ibidem*. En referencia al análisis del Principio de irretroactividad, desde el punto de vista filosófico-jurídico, MAGGIORE apunta: «Tiene este principio un valor absoluto, o sea, incondicionalmente vinculativo, para el legislador y para el intérprete. Desconocerlo, sería anular el carácter normativo del derecho. Distinta solución se puede dar a este problema en el terreno del ordenamiento jurídico concreto: el absurdo jurídico y la monstruosidad ética de una norma penal retroactiva. Para desenmascarar lo irrazonable de ésta, observaba Carrara: 'El delito es un ente jurídico, constituido por una relación de contradicción entre lo que se hace y una ley que todavía no existe'. Pero esto no basta. La ley penal obra típicamente por medio de coacción e intimidación, y una y otra tienen que referirse a lo porvenir. La amenaza de una sanción ha de recaer sobre acciones todavía no ejecutadas, no sobre las ya pasadas y cumplidas en condición de licitud. Lo pasado puede ser censurado y reprochado, pero acriminado, nunca. El Estado faltaría muy deslealmente a su palabra, con desmedro de su honor, si declarara de pronto ilícitos los hechos nacidos bajo la protección de sus leyes. Si esto fuera admisible, todo ciudadano tendría que transformarse en vidente o profeta, para prever a distancia de años los hechos que se inscribirán un día en el número de los delitos; y toda la sociedad caería en un estado de inseguridad y de angustia al ver abolidas las líneas de demarcación entre lo lícito y lo ilícito». MAGGIORE, Giuseppe, *op*. *cit*., *Derecho Penal*..., p. 195 a 197.
[1114] *Ibidem.*
[1115] MAGGIORE, Giuseppe, *op*. *cit*., *Derecho Penal*..., p. 197 y 198.
[1116] *Ibidem.*
[1117] *Ibidem.*

A juicio de MAGGIORE la retroactividad favorable opera más que por consideraciones de oportunidad o de humanidad, se explica por motivos de justicia, si no de Derecho estricto, por tanto explicita: «...en realidad no es justo que el reo sea sometido a un régimen penal más riguroso que el que existía en el momento *criminis patrati* (de cometer el crimen), como si un delito se hiciera jurídicamente más grave de lo que era, en fuerza de la ley nueva»[1118]. Con base en ello, el autor establece que el dogma de irretroactividad de la ley, tiene valor universal en el ordenamiento jurídico, y no permite excepciones, salvo cuando la ley misma dispone expresa o tácitamente su retroacción[1119].

Continúa señalando que otro caso de retroacción se presenta ante una ley posterior, no derogatoria sino simplemente modificativa, es decir una ley que considerando todavía el hecho como delito, lo castiga más benignamente[1120]. A este tenor MAGGIORE afirma que el Principio de retroactividad de la ley más favorable es complementario al Principio de irretroactividad de la ley menos favorable, pues subraya: «sobre los motivos estrictamente jurídicos, prevalecen los de equidad y justicia, inmanentes a la vieja máxima *favores sunt ampliandi, odia restringenda* (hay que ampliar los favores y restringir los odios)»[1121].

En opinión de JIMÉNEZ DE ASÚA la diferencia de lo que acontece en Derecho civil, en que los asuntos retroactivos son más bien de técnica, la no retroactividad de la ley punitiva y la extractividad de la más favorable constituyen máxima de Derecho constitucional[1122]. En relación al ámbito penal, el autor apostilla: «la no retroactividad se deduce de la regla 'de que los hombres deben ser juzgados y condenados por ley anterior a su perpetración'. La máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* lo corrobora»[1123]. Además precisa que en defensa de las garantías individuales debe ser proclamada la fórmula: «no extractividad de las leyes penales más restrictivas de la libertad», expresando que su importancia radica en que no sólo tiene carácter constitucional, sino que especialmente lo proclaman muchos Códigos penales Iberoamericanos[1124].

[1118] MAGGIORE, Giuseppe, *op. cit., Derecho Penal...*, p. 198 y 199.
[1119] *Ibidem.*
[1120] *Ibidem.*
[1121] *Ibidem.*
[1122] *Ibidem*.
[1123] *Ibidem*. Según afirma JIMÉNEZ DE ASÚA en varios países se admite la no retroactividad de la ley penal, salvo si es más favorable y que además figura en sus Constituciones. Sin embargo, en doctrina y hasta de *lege ferenda* puede discutirse la no extractividad de la ley penal.
[1124] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit., Principios de...*, p. 153.

Ofrece BACIGALUPO un análisis sobre la irretroactividad de la ley, en el que reflexiona acerca de su naturaleza. Enuncia que: «la ley aplicable al delito desde el punto de vista temporal es la vigente en el momento de su comisión, puesto que se trata de una regla que se deriva del Principio de legalidad, que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley. Es decir, las leyes penales sólo alcanzan a los hechos cometidos después de su entrada en vigor»[1125]. Asevera que es un principio sobre el que existe el más completo acuerdo en las legislaciones modernas, y afirma que «...las diferentes leyes penales establecen el requisito de una ley previa como justificante de la reacción penal. La exigencia de ley previa, por lo tanto, tiene jerarquía constitucional»[1126].

Apunta este autor que la exigencia de ley previa a la comisión del hecho tiene fundamento penal, de modo que opina: «la ley penal quiere prevenir la comisión de hechos punibles imponiendo deberes y amenazando su incumplimiento con la aplicación de una pena. La ley quiere, ante todo, motivar al autor y esto sólo podría hacerlo una ley preexistente a la decisión de éste»[1127]. En esta lógica, asegura que el Principio de ley previa, o Principio de irretroactividad también tiene fundamento constitucional, invocando el ordenamiento constitucional español: «la seguridad jurídica (art. 9.3, CE) y la libertad (art. 17.1, CE) requieren la posibilidad de conocer qué acciones están prohibidas y cuáles permitidas y sólo es posible con respecto a las leyes vigentes en el momento de decidir la acción»[1128].

Al hilo de otros autores representativos de Derecho penal, WELZEL indica expresamente que el principio fundamental es: «no retroactividad de la ley penal», y añade que: «la punibilidad y la pena se determinarán según la ley penal vigente al tiempo de la perpetración del hecho»[1129]. Según afirma MAURACH en el Estado de Derecho existe la prohibición de la retroactividad de las leyes, que a su juicio: «rige de modo incondicional respecto de quienes se hallen sujetos a su poder, y que sólo se atenúan en aquellos casos en que su aplicación conduzca a un inequitativo gravamen del autor, incompatible con la esencia de la pena»[1130].

[1125] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 186.
[1126] *Ibidem*. Véanse artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución Española. Asimismo, consúltese artículo 2 del Código penal español.
[1127] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 187 y 188.
[1128] *Ibidem.*
[1129] WELZEL, Hans, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 29.
[1130] MAURACH, Reinhart, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 195 y 196.

En la misma línea se posiciona SUÁREZ COLLÍA quien señala que «la retroactividad de una norma jurídica consiste en la posibilidad de que su aplicación afecte a un tiempo anterior o ya transcurrido, previo a su vigencia formal»[1131] y que la irretroactividad de las normas constituye el principio jurídico por el cual «se rechaza el efecto retroactivo de las leyes, las mismas que sólo se aplicarán a los hechos sucedidos después de su entrada en vigor»[1132]. Subraya que la diferencia entre retroactividad e irretroactividad de las normas radica en que la retroactividad «...es un ataque, la mayoría de las veces no justificado, a la seguridad jurídica y a las exigencias de certeza en la vida social»[1133].

Considera expresamente RUIZ ANTÓN que el Principio de irretroactividad de las leyes penales y el Principio de vigencia temporal deben actuar de manera coordinada, situación por la que afirma: «...el correcto entendimiento del Principio de irretroactividad significa que: está vedado aplicar una ley desfavorable a hechos ocurridos antes de su vigencia; así como, los efectos de una ley perjudicial cesan cuando ha terminado su imperio»[1134].

Acotadas específicamente las definiciones del Principio de irretroactividad aportadas en las obras jurídicas más representativas de Derecho Penal, finalizamos el presente apartado

---

[1131] SUÁREZ COLLÍA, José María, *op. cit.*, *El principio*..., p. 12.
[1132] SUÁREZ COLLÍA, José María, *op. cit.*, *El principio*..., p. 13.
[1133] SUÁREZ COLLÍA, José María, *op. cit.*, *El principio*..., p. 19. En este contexto el citado autor establece: «La irretroactividad se conecta con el Principio de legalidad. El primer supuesto de prohibición de la retroactividad que contempla el artículo 9.3 CE, y que hace referencia a las 'disposiciones sancionadoras no favorables', está relacionado con el artículo 25.1 de la propia Constitución, en donde se desarrollan las consecuencias jurídicas del Principio de legalidad penal en el Estado de Derecho: *Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquél momento*». SUÁREZ COLLÍA, José María, *op. cit.*, *El principio*..., p. 26 y 27. Continuando con esta tónica SUÁREZ COLLÍA puntualiza: «El Principio de legalidad penal se manifiesta en las siguientes garantías: a) Garantía criminal: no hay delito sin ley. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquél momento. Supone la existencia de una ley '*lex scripta*'; que la ley sea anterior al hecho '*lex praevia*'; y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado '*lex certa*'; b) Garantía penal: no hay pena sin ley, '*nulla ponea, sine lege*'. Significa la exigencia de la predeterminación de la pena y su irretroactividad; c) Garantía Judicial: no hay pena sin juicio legal, '*nulla poena sine iudicio*', no podrá ejecutarse pena alguna, sino en virtud de una sentencia firme. Garantía judicial que se completa con las normas en cuya virtud la privación o restricción de bienes jurídicos sólo puede imponerse con absoluto respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, sin que pueda producirse indefensión; d) Garantía penitenciaria: no se puede modificar las circunstancias de ejecución de la pena. Se prohíbe el cumplimiento de las penas fuera del ámbito de las normas que regulan la materia». SUÁREZ COLLÍA, José María, *op. cit.*, *El principio*..., p. 27 y 28.
[1134] A este respecto RUIZ ANTÓN afirma: «El principio de irretroactividad supone admitir el pleno efecto de la ley más benigna, incluso aunque esté derogada, tanto si los hechos se cometieron estando en vigor, como si las consecuencias que generó o pudo generar su aplicación, son más beneficiosas, frente a la ley posterior más severa». RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y la Jurisprudencia», *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 7, Universidad de Extremadura, 1989, p. 153 y ss.

especificando que el Principio de irretroactividad de la ley encuentra fundamento jurídico en la estabilidad del ordenamiento jurídico. Por cuanto, *contrario sensu*, se daría lugar a un desorden en la regulación jurídica, máxime que en algunas oportunidades el legislador con una evidente posición de conveniencia jurídica presente, no tendría reparo en regular una situación pasada. Lo que impactaría de forma notoria en la propia noción de justicia.

De lo expresado, se hace evidente que el Principio de irretroactividad guarda relación intrínseca con el Principio de legalidad, enmarcándose en el Estado de Derecho y el *imperium* de la ley. En efecto, sólo opera la retroactividad favorable, es decir aquella que beneficia la situación jurídica del imputado o acusado. Cerramos con las palabras de WELZEL, quien señala que la prohibición de la retroactividad también se fundamenta en la protección de la confianza de la ciudadanía «de que cada uno debe poder conocer de antemano lo que está prohibido penalmente y qué pena les espera en caso de violación, sin que tenga que temer de una modificación posterior en el enjuiciamiento de su conducta»[1135].

Garantía Institucional del Principio de irretroactividad: En la Constitución Boliviana de 2009 se reconoce en cierta medida el Principio de irretroactividad, situado en el Título IV «Garantías Jurisdiccionales y Acciones de Defensa», Capítulo Primero de las «Garantías Jurisdiccionales», según el artículo 123: «La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución».

Pero siguiendo este hilo conductor recordemos que la Constitución de 2004 a través de su artículo 33, ordenaba expresamente: «La Ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente». Dicho precepto nos ilustra al expresar con absoluta certeza la irretroactividad de la ley, que además ha seguido la línea de las Constituciones bolivianas, desde la primera Constitución Política de 1826, cuyo autor ha sido Simón Bolívar.

[1135] WELZEL, Hans, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 28.

Dicho lo anterior, resulta que la irretroactividad de la ley significa que ésta no debe tener efectos hacia atrás en el tiempo, sino que sus efectos sólo operan después de la fecha de su promulgación. Si bien la Constitución de 2009 ha establecido de ésta manera en el artículo 123, por otro lado ha incurrido en una prohibición parcial de la retroactividad lo que desafortunadamente ha dado lugar a una reinterpretación de este artículo, desfasada de la verdad material, simulando por la jurisprudencia constitucional que se reconoce este principio, cuando el propio texto constitucional lo desconoce abiertamente en materia de corrupción. Sin considerar tampoco el elenco de tratados internacionales sobre Derechos humanos que protegen la irretroactividad de la ley, y que muchos de ellos tienen valor supra-constitucional para el Derecho boliviano.

En el Código penal boliviano se establece la retroactividad de la ley penal más favorable a tenor del artículo 4: «Si la ley vigente en el momento de cometerse el delito fuere distinta de la que existe al dictarse el fallo, se aplicará siempre la más favorable. Si durante el cumplimiento de la condena se dictare una ley más benigna, será ésta la que se aplique».

En el multinivel jurídico la Declaración Universal de los Derechos Humanos es nuclear en ésta materia a nivel internacional, aunque no presente, vista su proclamación, naturaleza de Pacto o de Tratado, pues lo preside. De tal manera que señala expresamente en el artículo 11.2: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito». Éste presupuesto contenido en el articulado de la DUDH constituye un principio universal, que salvaguarda a todos los ciudadanos, en cuanto a la protección de la irretroactividad de la ley se refiere. De igual forma dicho principio debe ser trasladado a los diferentes sistemas de Derechos fundamentales que han ratificado ésta Declaración.

En el nivel regional la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José reconoce el Principio de irretroactividad conforme a lo estipulado en el artículo 9: «Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge éste principio y la retroactividad favorable de conformidad con el artículo 15.1: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

Para completar el multinivel de ordenamientos jurídicos, visto el ámbito internacional y regional, apuntaremos muy sucintamente, a continuación, los artículos que prevén la irretroactividad de la ley en otros sistemas regionales-internacionales, de acuerdo con el Consejo de Europa, la Unión Europea y la Unión Africana. Conviene puntualizar que el Principio de irretroactividad de las leyes se reconoce expresamente en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en atención al artículo 7.1: «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida». También se encuentra previsto en el artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que bajo la rúbrica «Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas», reza: «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones. 3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción». Del mismo modo, en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, según el artículo 7.2: «Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al transgresor».

En este estadio argumentativo se ha analizado las cláusulas fundamentales dispuestas en los tres órdenes multinivel. Así queremos destacar que el Principio de irretroactividad de las leyes se regula en los tres niveles jurídicos: internacional, regional y nacional. Razón, por la cual, en el plano jurídico se forma un bloque de protección de la irretroactividad de la ley. En la normativa que ha sido analizada *supra* encontramos una imbricación jurídica entre los preceptos de los tres niveles referidos, que definitivamente contiene al Principio de irretroactividad de las leyes.

De acuerdo con lo anterior y establecidos los preceptos jurídicos en el orden multinivel, afirmamos que la regla es la irretroactividad de la ley y la excepción es la retroactividad favorable. En tal sentido, ésta última se manifiesta en aquellas normas que no provocan perjuicio al imputado, acusado o condenado penalmente, sino que benefician su situación jurídica. Dicho esto, continuaremos con el estudio resumido de la retroactividad favorable en el apartado siguiente, dando por finalizado el análisis del cuadro jurídico del Principio de irretroactividad.

4.3. La previsión de la retroactividad favorable

Tal y como apunta BIDART CAMPOS ante el caso de la ley penal más benigna. En relación a la retroactividad de forma específica, la doctrina estableció un criterio unánime, a saber: «que la retroactividad de las leyes debe ser siempre favorable al encausado o reo»[1136].

En opinión de ZAFFARONI la excepción al Principio general de irretroactividad de la ley penal halla su fundamento en la naturaleza del Derecho penal. De ahí que, afirma: «...si el Derecho penal legisla sólo situaciones excepcionales, en que el Estado debe intervenir para la resocialización del autor»[1137] y seguidamente asevera: «la ley más benigna debe aplicarse retroactivamente porque implica que para proveer a la seguridad jurídica no es ya necesaria la mayor afectación de bienes jurídicos que preveía la ley más gravosa»[1138]. Pero también a su juicio: «no es justo que se aplique la ley más severa, cuando es el propio legislador quien reconoce la innecesaridad de la punición que había dictado, decretando otra menos severa»[1139].

[1136] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit., Tratado elemental...*, p. 308.
[1137] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit., Tratado de...*, p. 468.
[1138] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit., Tratado de...*, p. 468 y 469.
[1139] *Ibidem*. Este mismo autor indica expresamente: «...por ello considera que al desincriminarse una acción o al conminársela menos severamente, la prevención penal ya resulta innecesaria o necesaria sólo en menor

En esta tónica ZAFFARONI asegura que: «el principio republicano exige la racionalidad de la acción del Estado y ésta queda muy afectada cuando por la mera circunstancia de que un individuo haya cometido el mismo hecho con anterioridad a otro, (...) se trata más rigurosamente al primero que al segundo»[1140]. En este orden, el autor establece que: «por tratarse en estos casos de una cuestión de orden público, los efectos retroactivos de la ley más benigna operan de pleno derecho aún en el caso en que haya sentencia firme»[1141].

Señala MAGGIORE sobre este punto: «puede llamarse más favorable la disposición que al innovar la precedente, hace entrar el hecho bajo un precepto más suave o lo sujeta a una sanción más benigna»[1142]. Añade que la opción favorable debe ser considerada siempre con relación al reo y a la situación judicial concreta en que se encuentra, pues reafirma: «debe tenerse como más favorable aquella disposición cuya aplicación al caso concreto lleve a un resultado más favorable para el reo»[1143].

Al hilo de lo anterior, BACIGALUPO considera que: «una larga tradición determina que el Principio de irretroactividad de la ley sufra una excepción respecto de las leyes penales posteriores al momento de comisión del delito pero más favorable al acusado»[1144]. Así el autor puntualiza que: «...se trata de una excepción con fundamento político-social, puesto que carece de sentido dictar o mantener la ejecución de penas por hechos que ya no se consideran delitos o cuando la gravedad de aquellas aparece como desproporcionada»[1145]. A este tenor BACIGALUPO resuelve: «la prohibición de retroactividad de la ley penal, sólo se instituye para proteger al acusado frente al endurecimiento de las penas, pero no para impedir que se beneficie con una nueva situación legal más favorable»[1146].

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN contextualizan, a nuestro juicio acertadamente, que la fundamentación de la prohibición de la retroactividad se asienta en los principios de

---

medida, porque ya no se pretende prevenir penalmente esa conducta o no se la pretende prevenir con el mismo interés e intensidad que antes». ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *Tratado de*..., p. 469.

[1140] *Ibidem*.

[1141] *Ibidem*. Este autor completa su posición afirmando: «...respecto de la irretroactividad de la ley penal, que es un principio que se establece como garantía para el agente, pero que no puede esgrimirse en su contra, porque lo que 'La Constitución ha querido', sin duda alguna, es proteger al individuo de la aplicación retroactiva de una ley penal más severa y nunca impedirle beneficiarse con una ley penal nueva más benigna». ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *Tratado de*..., p. 471.

[1142] MAGGIORE, Giuseppe, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 201.

[1143] *Ibidem.*

[1144] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 188.

[1145] *Ibidem.*

[1146] *Ibidem.*

legalidad y seguridad jurídica, entendidos como límites a la intervención penal del Estado (*ius puniendi*) y resguardo de la justicia[1147]. Indican, ambos autores, a este tenor que el binomio jurídico irretroactividad-retroactividad presenta fundamento político-criminal de Derecho penal, por cuanto en éste prevalece la supremacía de las garantías individuales frente al poder punitivo[1148]. Asimismo MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN afirman que debe existir coherencia por el ordenamiento jurídico, máxime que pueden ser desvalorados o desvalorados en menor medida algunos hechos por el legislador. Por esta razón, aseguran que no es necesario que la ciudadanía padezca consecuencias de normas que dejaron de ser adecuadas[1149].

En la Constitución Boliviana de 2009 se recoge la retroactividad favorable de acuerdo a lo estipulado en el artículo 123: «La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o imputado...».

En el ámbito regional el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la retroactividad favorable junto con la garantía de legalidad penal a tenor del artículo 15.1: «...si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello». También la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce la retroactividad favorable a tenor del artículo 9: «...si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

En definitiva podemos concluir, que la relación entre irretroactividad y retroactividad como contraposición binómica constante en el Derecho, presenta su importancia, a la luz de que se proclama la prohibición de retroactividad desfavorable, reafirmando el carácter de límite para el Estado y garantía para la ciudadanía, que posee el Principio de legalidad.

[1147] A este tenor MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN afirman: «El Principio de legalidad expresa un contenido garantizador propio de los orígenes vinculados al nacimiento del Estado liberal, pero también es propio el fundamento político-criminal del Principio de legalidad, por el que se relaciona con la prevención general». MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 138 y ss.

[1148] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 139 y ss.

[1149] En relación a la retroactividad de las leyes penales MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN postulan: «...resulta evidente, que las leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas de delito, no pueden ser aplicadas de modo retroactivo». MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 141.

A propósito de ello, es factible la aplicación retroactiva de la ley favorable o más benigna en el Estado constitucional y democrático, del que resulta el elemento nuclear el Principio de legalidad. Efectivamente, podemos apostillar: la retroactividad favorable no vulnera el Principio de legalidad.

4.4. Límite a la aplicación retroactiva de la ley desfavorable

En este punto afirmamos que una de las manifestaciones del Principio de legalidad es el Principio de irretroactividad de la ley. En medida de que ningún hecho puede catalogarse delito, sino ha sido configurado como tal, por una ley anterior a su comisión. Cabe señalar que el Principio de legalidad se fundamenta en el requerimiento de certeza de las normas jurídicas, con la finalidad de que la ciudadanía conozca aquellas conductas permitidas y prohibidas. De ésta forma se impide la arbitrariedad del Estado en la definición de delitos e imposición de penas.

Por tanto, tomando en cuenta todos los presupuestos señalados en este nivel, aportaremos con certeza que ningún ordenamiento jurídico, con excepción de los pertenecientes a los regímenes autoritarios[1150], han desconocido el principio elemental de irretroactividad de las leyes. De otra parte, remarcamos que si bien la retroactividad es admitida, por ejemplo en el Derecho civil, resulta que en el ámbito de Derecho penal no se justifica su aplicación, por cuanto transgrede los derechos y garantías de las personas. Distinto será el caso de la retroactividad favorable, que se reconoce en todo sistema jurídico penal enmarcado en el Estado de Derecho.

Para finalizar este apartado, determinamos que el Principio de irretroactividad deriva de la máxima: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Dicho principio tiene fundamento en la confianza y seguridad jurídica. Así limita el poder del Estado (*ius puniendi*) y salvaguarda la justicia. Puntualizamos que la retroactividad de la ley desfavorable afecta la seguridad jurídica y transforma el Derecho penal del acto a un Derecho penal del autor, dando lugar al desconocimiento del Estado democrático y de Derecho. Estado que tiene como piedra angular: la legalidad, elemental en cualquier democracia, que debe seguir las reglas que prescribe su ordenamiento jurídico. De este modo la legalidad e irretroactividad acatan el *imperium* de la ley y materializan el sentido de justicia.

[1150] Entre los regímenes autoritarios, citados por JIMÉNEZ DE ASÚA, están: *i*) Rusia, *ii*) Alemania, y *iii*) Italia, países en los que se ha instaurado el Derecho penal autoritario, según el contexto de cada dictadura.

5. EL DEBIDO PROCESO

Procede en este momento examinar el Debido proceso. Análisis que nos permitirá establecer su disposición en el Derecho boliviano y posteriormente encuadrar ésta figura jurídica en las garantías política, jurídica e institucional. Continuaremos con el estudio del Principio de proporcionalidad y la doctrina jurisprudencial de la «Triple Dimensión». Tomando en cuenta que, por un lado el Debido proceso se vincula con el Principio de proporcionalidad muy especialmente en la legislación comparada, y por otro lado, que se ha plasmado de forma expresa el reconocimiento del Debido proceso como derecho, garantía y principio.

El Debido proceso adquiere importancia en el proceso penal por cuanto las partes pueden invocar las garantías que franquea la ley. En este sentido, el Debido proceso se entiende como el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo. Presenta un conjunto de exigencias jurídicas que deben observarse en las instancias procesales, con la finalidad de que las personas puedan defenderse ante cualquier acto del Estado que pueda afectar sus derechos. Constituye una garantía de legalidad procesal que protege tres elementos. Éstos son: *i*) libertad, *ii*) seguridad jurídica, y *iii*) fundamentación o motivación de sentencias judiciales. En este orden, contiene múltiples garantías: derecho al juez imparcial, derecho a la prueba, derecho a la igualdad, derecho a la doble instancia, derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, derecho a la defensa material y técnica, entre otros[1151]. Destacamos que las partes se sitúan en un plano de igualdad, por lo que tienen derecho a ser oídas, a la defensa y a la obtención de una sentencia justa. La sentencia emitida en el marco del proceso penal tiene como base la tramitación legal del debido proceso en particular.

De acuerdo con lo anterior, resaltamos que el Debido proceso tiene dos compartimentos claramente establecidos desde la doctrina y jurisprudencia: *i*) debido proceso sustantivo y *ii*) debido proceso adjetivo. Por tanto, la retroactividad desfavorable no opera en virtud del Debido proceso, que asegura las garantías mínimas sustanciales y adjetivas a todos los ciudadanos sin ninguna clase de distinción frente a la ley. Pero también coadyuva a afianzar la aplicación de los principios de legalidad e irretroactividad en el Estado de Derecho.

[1151] En el sentido indicado, véase Sentencia Constitucional 0800/2010-R, de 2 de agosto de 2010.

5.1. Consideraciones en torno a su evolución jurídica

Partiremos en este punto contextualizando los antecedentes más relevantes del Debido proceso. En palabras de GARCÍA RAMÍREZ el Debido proceso no se encuentra previsto en las leyes y tampoco se define de forma precisa en las Cartas constitucionales, sino que se deduce como una garantía implícita reconocida en el Estado de Derecho[1152]. A este tenor el autor determina: «...la ausencia de mención expresa del Debido proceso no significa, por supuesto, desconocimiento de la figura; esta puede hallarse -y con la mayor frecuencia se halla- abarcada por la Constitución en calidad de garantía innominada»[1153].

En opinión de GOZAÍNI la historia no aclara la definición del Debido proceso, por lo que en esta tónica afirma: «...la idea fuerza originaria del Debido proceso fue de limitación al poder toda vez que el Principio de legalidad (siglo XVIII y parte del siglo XIX), reconocía plena autoridad a las Cámaras legislativas, que bajo el amparo del 'imperio de la ley' subordinaron las acciones del gobierno y de los jueces»[1154]. Agrega que la gran alteración que sufre el concepto repetido del Debido proceso se relaciona con el tiempo y establece: «...mientras la tradición ideológica lo muestra como un concepto abstracto que persigue la perfección de los procedimientos evitando la arbitrariedad o la sin razón; el ideal moderno lo emplaza con una dinámica que diluye la fijación de contenidos»[1155]. En este sentido, continúa GOZAÍNI señalando que: «...el Debido proceso tiene carácter progresivo donde lo importante es destacar su rol como única garantía fundamental para la protección de los Derechos humanos»[1156].

Por su parte COUTURE indica que en relación al proceso, en las Constituciones modernas, corresponde posicionar a la Carta Magna como «...una de las más antiguas formulaciones de los actuales textos constitucionales que tutelan la efectividad del proceso»[1157]. Su texto en inglés fue el siguiente: «*No freeman shall be taken or imprisoned or disseized or exiled or in any way destroyed, nor will be go upon him nor send upon him, except by the lawful*

[1152] GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El Debido Proceso. Criterios de la Jurisprudencia Interamericana*, Porrúa, México, 2012, p. 13.
[1153] *Ibidem*.
[1154] GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *El debido proceso estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2017, p. 21 y ss.
[1155] *Ibidem.*
[1156] *Ibidem.*
[1157] COUTURE, Eduardo, «El 'Debido Proceso' como tutela de los Derechos Humanos», *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Derecho Constitucional Doctrinas Esenciales 1936-2008, LINARES QUINTANA, Segundo Director Emérito, Tomo III, Buenos Aires, 2008, p. 56.

judgement of his peers and by the law of the land»[1158]. En tal contexto, COUTURE precisa: «...no creemos que se haya determinado aun suficientemente, a la luz del pensamiento jurídico latino, ese concepto de *lawful judgement*, equivalente a nuestra idea de juicio en legal forma»[1159]. Ante este panorama afirma que el origen del instituto del Debido proceso se sitúa en la Carta Magna de 1215 conforme a lo estipulado en su Capítulo 39: «Ningún hombre libre será aprehendido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado ni en forma alguna arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante juicio de sus pares o por la ley de la tierra».

Según precisa ALVARADO BELLOSO el mandato de la Carta Magna que estableció el Debido proceso constituyó: «la garantía del juicio por sus pares y la ley de la Tierra, pues remiten al origen de la garantía del juez competente y la garantía de la ley preexistente»[1160]. Para este autor la Carta Magna determinó los límites contra el ejercicio del poder, límites que se convirtieron en institutos constitucionales y también penales. Al respecto, pormenoriza el juicio previo, jurados y juez natural[1161].

De nuevo COUTURE precisa mayores antecedentes con relación a la evolución del Debido proceso. De modo que señala expresamente: «...en un texto anterior a la Constitución de los Estados Unidos, *Nordwest Ordinance* de 1787, instituida por el *Continental Congress* del territorio del Noreste, integrada por los actuales Estados de Ohio, Indiana, Illinois, Michigan y Wiscounsin, vuelve a aparecer este concepto en el artículo *ii*: 'El proceso de condena abarca tanto a la persona como a los bienes, por lo que debe ser tramitado con arreglo al Derecho preestablecido'»[1162].

Continúa COUTURE expresando que ochenta años después, a consecuencia de la guerra civil, se sancionaron las enmiendas V y XIV a la Constitución de los Estados Unidos. Por lo tanto, la enmienda V disponía[1163]: «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

[1158] *Ibidem*.
[1159] *Ibidem*.
[1160] ALVARADO BELLOSO, Adolfo, *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, Zeus, Rosario, 2002, p. 112. FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, *Derecho y...*, p. 353 y ss.
[1161] ALVARADO BELLOSO, Adolfo, *op. cit.*, *El Debido...*, p. 112.
[1162] *Ibidem*.
[1163] COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, «El Debido...»..., p. 57.

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 la vida, la libertad, o la propiedad sin el debido proceso judicial; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa». Y la enmienda XIV establecía: «Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la misma protección de las leyes».

En esta misma línea se sitúa GOZAÍNI quien afirma que el origen del Debido proceso se remonta a las enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos. A propósito de las palabras de dicho autor: «...el origen aceptado es la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la Decimocuarta Enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el debido proceso»[1164].

Postula GOZAÍNI que otra fuente del Debido proceso es el Derecho anglosajón. De modo que indica: «...el carácter bifronte tiene otra fuente en el Derecho anglosajón que a través de la frase *due process of law* -que es una variación de la contenida en la Carta Magna inglesa de 1215 *per legem terrae, by the law of the land*- ha desarrollado un alcance no sólo procesal, sino inclusive, informador de todo el ordenamiento jurídico»[1165]. Asimismo explica en qué consiste las garantías del Debido proceso: «a) *Due process* procesal, que significa que ningún órgano jurisdiccional puede privar a las personas de la vida, libertad o propiedad, a excepción que tenga la oportunidad de alegar y ser oída, y b) *Due process* sustantivo, que significa que el gobierno no puede limitar o privar arbitrariamente a los

[1164] GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, «El Debido Proceso Constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional», *Cuestiones Constitucionales*, núm. 7, julio-diciembre de 2002, p. 1 y ss.
[1165] *Ibidem.*

individuos de ciertos Derechos fundamentales contenidos en la Constitución»[1166]. Según COUTURE la concepción norteamericana del *due process of law* desborda ampliamente el ámbito del Derecho procesal[1167]. De modo que propone su desdoblamiento en *substantive due process of law* y *adjective due process of law*[1168].

Sobre este punto BIDART CAMPOS considera que el Debido proceso entendido en su doble fase: sustantivo y adjetivo, se plasma en el Principio de razonabilidad y procedimientos, respectivamente[1169]. Para BUSTAMANTE ALARCÓN el desdoblamiento del Debido proceso proviene de la doctrina y la jurisprudencia norteamericana, cuya pretensión fue garantizar la aplicación de los derechos reconocidos en el *Bill of Rights*[1170]. Continúa afirmando que ésta doctrina no presenta compartimentos separados, sino que tales vertientes se vinculan con la defensa en juicio y la razonabilidad de las leyes[1171]. Por tanto, en opinión de éste autor el Debido proceso sustantivo y adjetivo se encuentran vinculados jurídicamente.

[1166] *Ibidem.*

[1167] COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, «El Debido...»..., p. 60.

[1168] *Ibidem*. En el sentido indicado COUTURE manifiesta: «...sobre el *substantive due process of law*, que ha producido en los Estados Unidos, más litigios que cualquier otra materia contenida en la Constitución, por un desenvolvimiento de riguroso orden sociológico, este tema ha llegado a convertirse, en la garantía general del orden jurídico. Sobre la importancia del *substantive due process of law*, de la misma manera que en México, un instrumento procesal de impugnación, el recurso de amparo, ha llegado, en los hechos a transformarse en una forma de contralor acerca de la efectiva vigencia del orden jurídico en su totalidad, en los Estados Unidos la idea de *due process of law* se ha consustanciado con la de *law of the land*, de la que se considera sinónima». *Ibidem*.

[1169] En referencia a la particularidad de desdoblamiento del Debido proceso BIDART CAMPOS afirma: «El derecho constitucional argentino siguiendo la doctrina americana, conoce ampliamente el desdoblamiento de la garantía del debido proceso, en sentido sustantivo o material, como principio de razonabilidad, y en sentido adjetivo o formal como rito legal de tramitación de los procedimientos». BIDART CAMPOS, Germán, *La Corte Suprema; el tribunal de las garantías constitucionales*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 117 y ss.

[1170] En cuanto al Debido proceso sustantivo y adjetivo BUSTAMANTE ALARCÓN enfatiza: «Se identifica a la doctrina norteamericana como la responsable, al orientarse a establecer un equilibrio adecuado entre los poderes de la sociedad y los del Estado, para legislar sobre aspectos de connotaciones morales importantes. También, mediante la vía de tutelar el derecho de cada individuo para tomar decisiones de relevancia para su desenvolvimiento personal, sin injerencias externas, llegando en la vía jurisprudencial a resolver la aplicación del debido proceso sustancial incluso para configurar derechos que no están explícitamente reconocidos constitucionalmente (...). Por la misma vía la jurisprudencia norteamericana ha usado el debido proceso sustantivo como un mecanismo orientado para canalizar la aplicación de los derechos reconocidos en el *Bill of Rights*, al conjunto de los Estados federados de la nación norteamericana». BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho fundamental a un juicio justo*. Disponible a través del enlace: http://www.isdeh.org/pdf/El_derecho_fundamental.pdf. (Fecha de consulta: 10-6-2017).

[1171] Sobre la doble faceta del Debido proceso BUSTAMANTE ALARCÓN afirma: «...no debe entenderse, como si se tratara de concebirlo, como si fueran compartimientos estancos o separados, sino que ambos están directamente relacionados. En ese ámbito, el debido proceso sustantivo es entendido como una exigencia de razonabilidad que con relación a las leyes, incluso encuentra consagración positiva en el artículo 28 de la norma constitucional argentina, cuando exige que las leyes no alteren los principios, garantías y derechos previstos en sus artículos anteriores al momento de reglamentar su ejercicio y, en lo que concierne al debido proceso procesal o adjetivo, se remite a su artículo 18, relativo a la defensa en juicio». BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Derechos fundamentales y Proceso Justo*, Ara, Lima, 2015, p. 170 y ss.

Pero también GOZAÍNI señala que si bien el Debido proceso nace de la Carta Magna, la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos desarrolló el Debido proceso en tres sentidos o corrientes: «a) El del Debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal; b) La creación del Debido proceso constitucional o Debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal; y c) El desarrollo del Debido proceso sustantivo o Principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución»[1172]. Como vemos este autor añade una tercera categoría referida al «Debido proceso constitucional», que dada su naturaleza procesal o formal se relaciona intrínsecamente con el Debido proceso legal. A los efectos de analizar el Debido proceso, consideramos sólo la nominación sustancial o material y procesal o adjetiva, que tiene una mayor aceptación en la materia que venimos tratando.

Seguido a lo anterior, veamos pues algunas perspectivas contenidas en las Declaraciones internacionales y Constituciones que han reconocido de forma expresa el Debido proceso. En este sentido, COUTURE afirma «...las Constituciones del siglo XX han considerado, con escasas excepciones, que una proclamación programática de esta índole era necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace merecedora»[1173]. Además puntualiza que tales preceptos constitucionales, que tutelan la eficacia del proceso civil o penal, como garantía de la persona humana, llegaron hasta la

---

[1172] GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, *El debido...*, p. 18.

[1173] *Ibidem*. Siguiendo este hilo conductor COUTURE precisa: «Los informes más recientes en esta materia, muestran disposiciones que, directa o indirectamente, tutelan la eficacia del proceso civil o penal, como garantía de la persona humana en las Constituciones de Albanis (1950), art. 22; Alemania Occidental (1949), arts. 103 y 104; Alemania Oriental (1949), arts. 133 a 136; Argentina (1949), art. 29; Austria (1929, con remisión a las Verfassungsgesetzte de 1862, 1867 y 1919); Berlín (1950), arts. 9, 65 y 67; Bélgica (1831), arts. 7 y 8; Birmania (1947), art. 27; Bolivia (1945) arts. 7, 11 y 14; Brasil (1940), art. 122; Bulgaria (1947), art. 82; Cirenaica (1949), art. 10; Colombia (1947), art. 4; Costa Rica (1949), art. 39; Cuba (1940), art. 28; Checoslovaquia (1948), arts. 3, 134 y 144; Chile (1943), art. 11; China (1947), art. 8; Dominicana (1947), art. 6; Ecuador (1946), arts. 121 y 169; España (1945), arts. 17, 18 y 19; Francia (1946), sin proclamación expresa, pero ínsita en el Preámbulo; Guam (1949), art. 6; Guatemala (1945), arts. 42 y 175; Hungría (1949), art. 10; India (1949), art. 21; Indonesia (1950/51), arts. 12, 13 y 14; Irlanda (1937), art. 38; Italia (1947) arts. 24 y 25; Japón (1946), art. 31; Laos (1947) situación análoga a la de la Constitución francesa; Liechtenstein (1921), art. 23; Lituania (1928, pero sin información posterior), art. 12; Luxemburgo (1868/1948), art. 12; México (1938), art. 20; Nicaragua (1938), art. 20; Nicaragua (1948) arts. 40, 45 y 49; Noruega (1814/1948), art. 96; Panamá (1946), arts. 32 y 33; Paraguay (1940) art. 26; Perú (1933), art. 57; Polonia (1935, pero sin información ulterior), art. 68; Portugal (1933), art. 8; Rumania (1948), art. 30; Salvador (1950), art. 164; Samoa (1949), art. 28; Siam (1949), art. 30; Siria (1950), art. 10; Suiza (1874/1947), art. 50; Turquía (1924), art. 72; U.R.S.S. (1936), art. 112; Uruguay (1952), art. 12; Venezuela (1931), art. 76; Yugoslavia (1946), art. 28». COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, «El Debido...»..., p. 57 y 58.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre, formulada por la Asamblea de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948[1174].

En este marco, el Debido proceso fue consagrado en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776[1175]. También el Debido proceso fue reconocido en tres importantes instrumentos internacionales: *i*) Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, según el artículo 7[1176], *ii*) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, de acuerdo con los artículos 8, 9, 10 y 11[1177], y *iii*) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, de conformidad con los artículos 14 y 15[1178].

[1174] *Ibidem*.

[1175] Artículo VIII de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia 1776: «Que en todo proceso criminal, inclusive en aquellos en que se pide la pena capital, el acusado tiene derecho a saber la causa y naturaleza de la acusación, a ser careado con sus acusadores y testigos, a pedir pruebas a su favor, a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no podrá considerársele culpable; tampoco puede obligársele a testificar contra sí mismo; que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley o por el juicio de sus iguales...», asimismo artículo IX de ésta Declaración: «No se exigirán fianzas excesivas ni se impondrán multas excesivas ni se infringirán castigos crueles e inusitados...» por último artículo X de la misma Declaración: «Que los autos judiciales generales en los que se mande a un funcionario o alguacial el registro de hogares sospechosos, sin pruebas de un hecho cometido, o de la detención de una persona o personas sin identificarlas por sus nombres, o cuyo delito no se especifique claramente y no se demuestre con pruebas, son crueles y opresores y no deben ser concedidos».

[1176] El tenor literal del artículo 7 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, dice: «Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta prescritas. Todo aquel que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o aprehendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia».

[1177] Artículo 8 DUDH: «Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley». Artículo 9 DUDH: «Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado». Artículo 10 DUDH: «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal». Artículo 11 DUDH: «1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito».

[1178] Artículo 14 PIDCP: «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, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...). 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que

De la misma manera fue recogido el Debido proceso en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, de acuerdo con lo estipulado en los artículos XVIII y XXVI[1179]. Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en mérito al artículo 8.1[1180]. En efecto, en éste último instrumento internacional el Debido proceso se encuadra jurídicamente en la rúbrica de las «Garantías Judiciales».

éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. 4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país». Artículo 15 PIDCP: «1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional».

[1179] Artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 1948: «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 lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente» y artículo XXVI de ésta Declaración: «Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas».

[1180] Artículo 8 CADH: «1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia».

5.2. El Debido proceso en el Derecho boliviano

Examinada precedentemente la evolución jurídica del Debido proceso. Procede continuar analizando el Debido proceso en la cadena de Constituciones bolivianas. Primordialmente de este estudio podremos extraer, con meridiana claridad, la evolución constitucional del Debido proceso. Componentes que nos permitirán obtener un panorama del desarrollo de éste instituto en materia constitucional. De modo que nos detendremos dada su relevancia para este estudio, especialmente en el Derecho boliviano.

Con este fin, hemos seleccionado como parámetro de análisis: la previsión constitucional, tomando en consideración que la norma constitucional regula el Debido proceso. En dicho marco jurídico, el Debido proceso se manifiesta básicamente como el derecho reconocido a las partes, a: *i*) ser oídas, *ii*) tener defensa técnica y material en el proceso, *iii*) obtención de una resolución o sentencia judicial fundamentada, la misma que resuelva cada una de las pretensiones planteadas por las partes, y *iv*) impugnación de la sentencia.

Recordemos que el Debido proceso es el conjunto de garantías invocables por las partes procesales en el proceso penal. Tales garantías son reconocidas en nivel constitucional y en nivel internacional a través de los tratados internacionales sobre Derechos humanos, en el último caso el Debido proceso es un Derecho humano. En función a éstas garantías afirmamos que se encuentra vedada la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable al imputado, acusado o condenado. En el plano jurídico actúan notoriamente las premisas de un silogismo: ley previa, irretroactividad de la ley desfavorable, seguridad jurídica y presunción de inocencia. Pueden agruparse en dos premisas a los efectos de razonamiento jurídico, éstas son: legalidad e irretroactividad y Debido proceso, cuyo resultado lógico es: la no retroactividad de la ley penal perjudicial.

5.2.1. *Previsión constitucional*

Naturalmente será objeto de análisis en este apartado el constitucionalismo boliviano. De manera que prestaremos especial atención a la consagración del Debido proceso. Con ésta finalidad debemos identificar los preceptos constitucionales que ordenan dicho instituto jurídico, que se encuentran previstos en las Constituciones bolivianas.

Iniciemos pues un breve repaso en cuanto al tratamiento del Debido proceso, arrancando lógicamente por la primera Constitución. Así la Constitución de la República de Bolivia de 1826, consagró el Debido proceso según su artículo 105: «Ningún boliviano podrá ser juzgado en causas civiles y criminales, sino por el tribunal competente designado con anterioridad por la ley». Del mismo modo ésta cláusula constitucional se mantuvo de forma idéntica en la Constitución de 14 de agosto de 1831[1181].

Más adelante la Constitución Política de 20 de octubre de 1834 dispuso a tenor de su artículo 111: «Ningún boliviano podrá ser juzgado en causas civiles y criminales, sino por el tribunal designado con anterioridad por la ley». Por su parte, la Constitución de 26 de octubre de 1839 no reconoció dicha disposición constitucional. Sin embargo, fue restablecida en la Constitución Política de 17 de junio de 1843[1182].

La siguiente Constitución Política de 21 de septiembre de 1851 sobre esta materia ordenó en su artículo 7: «Ningún hombre puede ser condenado civil ni criminalmente, sin haber sido citado, oído y juzgado según las leyes». Seguidamente la Constitución de 5 de agosto de 1861 proclamó en su artículo 5: «Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa. Nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo, en materia criminal». En esta misma línea, la Constitución Política de 1 de octubre de 1868 recogió dicho precepto constitucional[1183].

Tiempo después la Constitución de 18 de octubre de 1871 consagró expresamente en sus artículos 6, 7 y 84, que: «Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho», asimismo «Nadie está obligado a declarar contra sí mismo» y finalmente «La publicidad de los juicios»[1184]. En

[1181] La misma Constitución además estableció en su artículo 128: «En las causas criminales el juzgamiento será público, desde el momento en que se tome la confesión al reo».
[1182] Artículo 90 de la Constitución de 1843: «Ningún habitante de la República puede ser juzgado en causas civiles ni criminales, sino por el tribunal designado con anterioridad por la ley».
[1183] Artículo 14 de la Constitución de 1868: «...ni ser juzgado por otros jueces que los naturales de su propio fuero y establecidos con anterioridad por la ley. Tampoco podrá serlo por comisiones especiales». Dicha Carta constitucional también precisó la importancia de la publicidad en los juicios según el tenor literal del artículo 81: «La publicidad en los juicios es la condición esencial de la administración de justicia, salvo cuando se interesen la moral o el orden público».
[1184] Artículo 6 de la Constitución de 1871: «Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa», asimismo artículo 7 de ésta Carta constitucional: «Nadie está obligado a declarar contra sí mismo, en materia criminal. En ningún caso se empleará el tormento ni otro género de mortificaciones» y artículo 84 de ésta Constitución: «La publicidad en los juicios es la condición esencial de la administración de justicia, salvo cuando sea ofensiva a las buenas costumbres».

esta tónica la Carta constitucional de 15 de febrero de 1878 también reconoció tales garantías penales[1185].

Posteriormente la Constitución Política de 28 de octubre de 1880 en mérito a sus artículos 9, 10 y 120 de igual manera consignó las citadas disposiciones sobre Debido proceso[1186]. Similarmente las Constituciones de 30 de octubre de 1938 y de 26 de noviembre de 1947 reconocieron éstos mandatos. Más tarde la Constitución Política de 2 de febrero de 1967 dispuso referencias directas del Debido proceso, así como otros elementos que lo integran pues aludimos específicamente a la presunción de inocencia y el derecho de defensa[1187].

Apuntadas las disposiciones constitucionales sobre Debido proceso, localizadas en las Constituciones bolivianas de la República, finalizaremos ésta revisión puntualizando que las mismas cláusulas se consagraron en la emblemática Constitución de fecha 13 de abril de 2004. Además especialmente con la consagración de las garantías constitucionales y la publicidad de los juicios[1188], que ha caracterizado notablemente el texto constitucional

---

[1185] Artículo 9 de la Constitución de 1878: «Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa», en el sentido indicado artículo 120 de ésta Carta constitucional: «La publicidad en los juicios es la condición esencial de la administración de justicia, salvo cuando sea ofensiva a las buenas costumbres» y artículo 10 de ésta Constitución: «Nadie está obligado a declarar contra sí mismo, en materia criminal, ni lo están, sobre el mismo hecho, sus parientes, consanguíneos hasta el cuarto grado inclusive, ni sus afines hasta el segundo. En ningún caso se empleará el tormento ni otro género de mortificaciones».

[1186] Artículo 9 de la Constitución de 1880: «Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa», asimismo artículo 10: «Nadie está obligado a declarar contra sí mismo en materia criminal, ni lo están, sobre el mismo hecho, sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado inclusive, ni sus afines hasta el segundo. En ningún caso se empleará el tormento ni otro género de mortificaciones» y artículo 120 de la misma Constitución: «La publicidad en los juicios es la condición especial de la administración de justicia, salvo cuando sea ofensiva a las buenas costumbres».

[1187] Artículo 16 de la Constitución de 1967 «Garantías en materia penal»: «Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad. El derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable. Desde el momento de su detención o apresamiento, los detenidos tienen derecho a ser asistidos por un defensor. Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal; ni la sufrirá si no ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente. La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicaran las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado».

[1188] Artículo 14 de la Constitución de 2004: «Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa, ni se lo podrá obligar a declarar contra sí mismo en materia penal, o contra sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado inclusive, o sus afines hasta el segundo, de acuerdo al cómputo civil». Las garantías constitucionales se regularon según el artículo 16 de la misma Constitución: «I. Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad. II. El derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable. III. Desde el momento de su detención o apresamiento, los detenidos tienen derecho a ser asistidos por un defensor. IV. Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal; ni la sufrirá si no ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente. La condena penal debe fundarse en una Ley anterior al proceso y sólo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado». Por último, la publicidad de los juicios se reconoció en el artículo 116.X de ésta Constitución:

referido. Como hemos tenido la oportunidad de expresar, las virtudes de ésta Constitución son muchas, entre ellas señalar expresamente por vez primera la inclusión pluricultural a lo así manifestado en el artículo 1.

En cuanto al Principio de proporcionalidad indicamos que no fue reconocido de forma literal en ninguna de las Cartas constitucionales bolivianas. Por su parte, la Constitución de 2009 si bien no previó el Principio de proporcionalidad, se deduce de los presupuestos del Estado de Derecho. En consecuencia, constituye un principio inherente a éste Estado. Otra fase importante del Principio de proporcionalidad se materializa en que forma parte del ordenamiento constitucional a través de los principios de legalidad e irretroactividad. Ello en la medida de que el Principio de proporcionalidad se vincula con la razonabilidad y proporcionalidad de los actos de poder público. En este sentido, muy especialmente de las leyes y sentencias judiciales.

Para finalizar, matizamos que el Tribunal Constitucional ha modulado el alcance jurídico del Principio de proporcionalidad, que se expresa fundamentalmente en la razonabilidad y proporcionalidad de los actos de poder, como dijimos líneas arriba: de las sentencias judiciales. Dicho entendimiento se enuncia en la Sentencia Constitucional 683/2013, de 3 de junio de 2013. Fallo al que nos remitimos en su plenitud literal. Cabe precisar que en el apartado 5.3 abordaremos el análisis del Debido proceso y de sus vínculos con el Principio de proporcionalidad, visto desde la jurisprudencia constitucional.

5.2.2. *Las garantías política, jurídica e institucional*

Comentadas específicamente, en el epígrafe anterior, las cláusulas del Debido proceso en el ordenamiento constitucional, nos proponemos dibujar seguidamente una clasificación que nos proporcione categorías para el análisis del Debido proceso, que se expresan en garantías. Siguiendo el hilo conductor de ésta investigación y atendiendo a los principios de legalidad e irretroactividad analizados en líneas anteriores, haremos frente al estudio de las garantías política, jurídica e institucional del Debido proceso. Precisamente las tres garantías señaladas se fundamentan en la doctrina y jurisprudencia constitucional.

«La gratuidad, publicidad, celeridad y probidad en los Juicios son condiciones esenciales de la administración de Justicia».

Establecidas las premisas del Debido proceso sustancial o material y procesal o formal podremos obtener como conclusión: la prohibición de la retroactividad desfavorable. Ello porque quebranta el valor de justicia y las garantías constitucionales y penales invocables por el justiciable en los márgenes del proceso penal. El catálogo de garantías es amplio y se plasma en diferentes derechos, sirva de ejemplo: defensa, prueba, igualdad, intérprete, proceso público, doble instancia, no autoincriminación, juez imparcial, juzgamiento sin dilaciones indebidas, por señalar los más determinantes. Pero además evidenciamos una vinculación del Debido proceso con dos elementos fundamentales, éstos son: ley previa y presunción de inocencia, que impiden aplicar retroactivamente la ley penal desfavorable en el Estado democrático y de Derecho.

Garantía Política del Debido Proceso: indica GOZAÍNI, quien ha observado de forma detenida los postulados del Debido proceso, que se puede examinar: «...un paso más en la tradición jurisprudencial anglonorteamericana, fue el extenderse el concepto del Debido proceso a lo que se conoce como Debido proceso sustancial o *substantive due process of law*»[1189]. A continuación añade: «...aunque no se refiere a ninguna materia procesal constituyó un mecanismo ideado por la Corte Suprema de Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, equivaldría al principio de razonabilidad de leyes y otras normas o actos públicos, o privados, como requisito de su propia validez constitucional»[1190].

Señala GOZAÍNI que el Principio de razonabilidad «estableció límites a la potestad judicial y constituyó un llamado al Estado para que se ajuste, no sólo a las normas concretas de la Constitución, sino también al sentido de justicia inmerso en ella, trasfondo de justicia de la Constitución, que a su vez, importa el cumplimiento de equidad, proporcionalidad y razonabilidad»[1191]. Asevera que «las leyes, normas y actos de autoridad requieren para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos, sino además tener concordancia de fondo con las normas, principios y valores supremos de la

[1189] GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, *El debido*..., p. 17.
[1190] *Ibidem.*
[1191] *Ibidem*.

Constitución (orden, paz, seguridad, justicia y libertad) que se configuran como patrones de razonabilidad»[1192].

Continúa GOZAÍNI afirmando: «una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional»[1193]. Seguidamente añade este autor la diferenciación de: «...la razonabilidad técnica, que es la proporcionalidad entre medios y fines; la razonabilidad jurídica, que es la adecuación a la Constitución y a los derechos y libertades constitucionales; la razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, que es la limitación razonable de los derechos, que deriva de la naturaleza y régimen de los derechos»[1194].

Por su parte COUTURE manifiesta que: «...*due process of law*, en un sentido amplio, es la garantía que surge de la elaboración regular y correcta de la ley. Así mismo, *due process of law* es la garantía de que esa ley elaborada por el Parlamento sea razonable, justa y se encuadre dentro de los términos consagrados por la Constitución»[1195]. Pero también sobre el sentido amplio de *due process of law* afirma «...el concepto de *judicial* el *process*, no significa, como parece surgir de su tenor literal, proceso judicial, sino aplicación judicial de la ley y, por extensión, interpretación judicial de la misma»[1196]. Además, precisa que la literatura es inagotable con relación a ésta tendencia, y alude a LINARES, último autor que enuncia: «...la razonabilidad como una 'garantía innominada' de la Constitución»[1197].

Al hilo de lo anterior y atendiendo al Debido proceso sustantivo, BUSTAMANTE ALARCÓN puntualiza que: «...todos los actos de poder y resoluciones judiciales deben ser justos y respetuosos de los Derechos fundamentales»[1198]. En opinión de LINARES QUINTANA el

---

[1192] *Ibidem*.
[1193] *Ibidem*.
[1194] *Ibidem*.
[1195] COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, «El Debido...»..., p. 60 y 61.
[1196] *Ibidem*.
[1197] *Ibidem*.
[1198] En cuanto al Debido proceso sustantivo BUSTAMANTE ALARCÓN afirma: «...que exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o su invalidez y cuando se refiere a los actos de poder, se incluye a los actos del legislador, de la administración o de los órganos encargados de solucionar o prevenir conflictos, para que sean respetuosos de la vigencia real y equilibrada de la dignidad del ser humano, de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos». BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *op. cit.*, *Derechos fundamentales*..., p. 171.

Debido proceso sustantivo constituye «una garantía de contenidos o materia de fondos justos»[1199] así como «una garantía de la libertad frente a los actos de poder»[1200]. Según indica GUTIÉRREZ CAMACHO el Debido proceso sustantivo evoca el respeto al Principio de razonabilidad, de modo que afirma: «...desde el aspecto sustancial, se refiere a que el contenido material de los actos de poder sean concordantes con los valores que consagra la Constitución, pues lo contrario devendría en acto injusto»[1201].

Considera expresamente GARCÍA RAMÍREZ que el Debido proceso sustantivo es un medio de control de la razonabilidad de las leyes[1202]. En efecto, para este autor se presenta como: «...referencia rectora de la tutela de los derechos esenciales del individuo frente al arbitrio del poder público y, vía por ende, para la revisión del sentido de una norma conforme las circunstancias de los nuevos tiempos»[1203].

Es posible afirmar, a la luz de todo lo expuesto, que el Debido proceso sustantivo ha sido reconocido inicialmente en la doctrina norteamericana, y posteriormente ha tenido una configuración muy importante en la jurisprudencia latinoamericana. En tal contexto, el

---

[1199] En referencia al Debido proceso sustantivo LINARES sostiene: «...existe un debido proceso adjetivo que implica una garantía de ciertas formas procesales y un debido proceso sustantivo que implica una garantía de ciertos contenidos o materia de fondo justos». LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las Leyes*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 12.

[1200] En relación al contenido del Debido proceso sustantivo LINARES establece: «...la garantía principal del arsenal protector de la libertad, por su flexibilidad y por su virtud de salvaguardar esa libertad en todos sus aspectos, ha tenido aplicaciones casuísticas infinitas. La vemos funcionando frente a todos los poderes del Estado controlables judicialmente, sean del legislador, del administrador o del juez». LINARES, Juan Francisco, *op. cit.*, *Razonabilidad de...*, p. 38 y ss.

[1201] En cuanto al Debido proceso sustantivo GUTIÉRREZ CAMACHO indica expresamente: «Los actos de poder sean éstos sentencias, actos administrativos o normas, han de ser valiosos en sí mismos, es decir razonables o que guarden relación con el repertorio de valores que consagra la Constitución. El concepto de razonabilidad descansa en la premisa de que el Derecho es un sistema, una estructura y como tal todas sus partes deben estar en sintonía, en una relación de autodependencia. Todo sistema reclama una lógica, un sentido, una discrecionalidad a la que se enderezan sus partes; pues bien, respetar el principio de razonabilidad sugiere que no se transgreda ese sentido, esa lógica, ni en lo formal ni en lo sustancial. Se transgrede en lo formal cuando no se respeta el principio de supremacía constitucional o cuando no se sigue el procedimiento preestablecido para la producción de normas. Se altera en lo sustancial cuando el contenido material de los actos de poder se encuentran divorciados con el repertorio mínimo de valores que consagra la Constitución; deviene entonces, ese acto en injusto». GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, «La razonabilidad de las Leyes y otros Actos de Poder», *Revista de Crítica y Análisis Jurisprudencial*, núm. 1, 1995, p. 4 y ss.

[1202] En relación al Debido proceso sustantivo GARCÍA RAMÍREZ puntualiza: «La materia ha sido examinada por la jurisprudencia norteamericana y luego por la de la región americana, constituyendo un medio para controlar la razonabilidad de las leyes; es decir, la tutela de los derechos esenciales del individuo frente al arbitrio del poder público en el ámbito ejecutivo y legislativo, no sólo entonces como instrumento procesal». GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.*, *El Debido...*, p. 14.

[1203] GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, «Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2006, p. 1123 y 1124.

Debido proceso sustantivo comporta que los actos de poder público, particularmente las leyes emitidas por el Parlamento[1204], deben encuadrarse en el Principio de razonabilidad y observar el valor justicia, Derechos constitucionales y libertades fundamentales. De tal manera que, a éste objetivo debe tender toda la actividad del legislador ordinario, con el propósito de conseguir asegurar la razonabilidad en el tenor literal de las leyes, y por supuesto afianzar la justicia en el contenido de ellas. Definitivamente, el Debido proceso en su dimensión sustantiva constituye un estándar de justicia, que en salvaguarda del Principio constitucional de prohibición de ejercicio arbitrario de poder, en lo que se refiere a la producción de normas jurídicas, reafirma la preeminencia del Principio de razonabilidad.

Para finalizar este apartado remarcamos que el Debido proceso sustantivo en Bolivia ha sido diseñado según la jurisprudencia constitucional. Concuerda con esta afirmación la Sentencia Constitucional 0683/2013, de 3 de junio de 2013, que moduló la especial importancia que representa el Debido proceso sustantivo en el Estado Constitucional de Derecho[1205]. En mérito a ello, lógicamente el legislador no puede emitir una norma, que en su articulado establezca la aplicación retroactiva de las normas penales en perjuicio o desfavor del encausado, *a contrario sensu*, se trataría de una ley atentatoria al Principio de razonabilidad, y en consecuencia, opuesta al concepto mínimo de justicia, derechos, libertades, así como bienes jurídicamente protegidos por el ordenamiento jurídico.

Garantía jurídica del Debido Proceso: en este estadio citamos a BIDART CAMPOS, quien señala que: «el constitucionalismo moderno procura organizar al Estado en defensa de las

[1204] Para seguir en profundidad el estudio de la Constitución y la institución parlamentaria de la época actual consúltese la obra: TORRES MURO, Ignacio, «Constitución y Parlamento: notas para la comprensión de la institución parlamentaria en el siglo XXI», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 87, Madrid, 2012.

[1205] Véase a propósito de lo comentado, la Sentencia Constitucional 0683/2013, de 3 de junio de 2013: «...es importante señalar que en Estados Unidos de América, la Corte Federal, estableció el concepto del Debido proceso en sus dos facetas: a) *Due process procesal*, en virtud de la cual, ningún órgano judicial puede privar a las personas de vida, libertad o propiedad, a excepción que tenga oportunidad de alegar y ser oída; y, b) *Due process sustantivo*, en virtud del cual, el Gobierno no puede limitar o privar arbitrariamente a los individuos de ciertos derechos fundamentales contenidos en la Constitución. Más allá del reconocimiento jurisprudencial en Estados Unidos de América del Debido proceso sustantivo, es imperante indicar que este también ha sido reconocido en países vecinos como Perú y la República Argentina. En efecto, el Tribunal Constitucional de Perú, ha consagrado a través de su jurisprudencia tanto la dimensión adjetiva como sustantiva del Debido proceso, así esta última faceta, ha sido desarrollada de manera específica en los expedientes 0766-2000-aa; 1221-2000-aa; 1147-2000-aa y 924-2000-aa; 895-2000- aa; 675-97-aa; 993-97-aa; 439-99-aa; 3075-2006 aa y recientemente, esta doctrina fue plasmada también en el expediente 3906-2011 aa. De la misma forma, la Corte Suprema Argentina, ha desarrollado la faceta sustantiva del Debido proceso, a través de los fallos 243-473; 300-642; 319-2151; 316-3104; 317-756; 319-3241; 321-3081, entre otros...».

libertades y los derechos del hombre, es decir ha tendido a asegurar al hombre frente al Estado»[1206] y seguidamente precisa: «...toda la armazón de este constitucionalismo se dirige a proporcionar garantías y seguridad. La propia Constitución formal se ha definido como una ley de garantías, cuyas dos partes fundamentales se caracterizan en ese sentido: a) la dogmática, por contener una declaración de derechos; y b) la orgánica, por establecer la llamada división de poderes»[1207].

En cuanto a la seguridad jurídica BIDART CAMPOS afirma que la misma ofrece diversidad de aspectos, como seguridad del Estado (interna y exterior), seguridad de las instituciones constitucionales, seguridad de las personas y sus derechos[1208]. En consecuencia, define la seguridad jurídica, específicamente como: «la posibilidad de prever razonablemente con suficiente precisión, cuáles han de ser las conductas de los operadores gubernamentales y de los particulares en el marco estable del ordenamiento jurídico, así como contar con adecuada protección frente a la arbitrariedad y a las violaciones de ese mismo orden jurídico»[1209].

Llama nuestra atención que la seguridad jurídica no se reconoce en la Constitución de 2009 como Derecho fundamental[1210], sino sólo como principio que sustenta la potestad

---

[1206] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit.*, *Manual de*..., p. 286.
[1207] *Ibidem*.
[1208] *Ibidem*.
[1209] *Ibidem*.
[1210] La Constitución abrogada en su artículo 7, apartado a) establecía que toda persona tiene derecho a la vida, la salud y la seguridad. Con base a esta cláusula constitucional resulta que el Tribunal Constitucional moduló el reconocimiento del «Derecho a la seguridad jurídica» como Derecho fundamental. Es más, ante su vulneración, en reiteradas oportunidades concedió tutela de amparo constitucional, lo que no ocurre en el actual marco constitucional, que cataloga a la seguridad jurídica sólo como principio. Véase la Sentencia Constitucional 0800/2010-R, de 2 de agosto de 2010, de la que extractamos por su valor en cuanto a esta materia, el siguiente fragmento: «...al respecto cabe reiterar la doctrina sentada por este Tribunal en la SC 0096/2010-R de 4 de mayo, donde se estableció lo siguiente: '...cabe señalar que, si bien la Constitución Política del Estado abrogada, en el catálogo de Derechos fundamentales contenidos en su art. 7 inc. a), establecía que toda persona tiene el derecho: A la vida, la salud y la seguridad, a partir de lo cual, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableció la consagración del Derecho a la seguridad jurídica como Derecho fundamental, y en su mérito, ante la constatación de su vulneración, en repetidas ocasiones otorgó la tutela del amparo. No obstante, al presente, y en vigencia de la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, la seguridad jurídica, no se encuentra consagrada como Derecho fundamental, sino como un principio que sustenta la potestad de impartir justicia emanada del pueblo (art. 178 de la CPE); y por otro lado, como un principio articulador de la economía plural en el modelo económico boliviano (art. 306. III de la CPE). Se debe tener claramente establecido que la seguridad jurídica al ser un principio, no puede ser tutelado por el recurso o acción de amparo constitucional que tiene por finalidad proteger Derechos fundamentales -no principios-, reconocidos por la Constitución, las normas internacionales de Derechos humanos reconocidos y/o ratificados por el país (que conforman el Bloque de constitucionalidad) y leyes; sin embargo, por su reconocimiento constitucional, no puede ser inobservado por las autoridades jurisdiccionales y/o administrativas, a momento de conocer y resolver un caso concreto sometido a su competencia, por tanto es de inexcusable cumplimiento. De tal manera que cuando se viola

de impartir justicia emanada del pueblo de acuerdo con lo previsto en el artículo 178.I del texto constitucional: «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». De manera que, evidentemente, no podrá tutelarse la seguridad jurídica mediante la interposición de una Acción de Amparo constitucional, por cuanto no constituye derecho. Situación que fue distinta en la anterior Carta constitucional, con la virtud de que sí se podía invocar su tutela en una acción constitucional, siendo la seguridad jurídica un derecho. De modo que ampliaba el espacio de defensa del accionante en vía de jurisdicción constitucional y no lo restringía.

En relación a las garantías constitucionales BIDART CAMPOS manifiesta que tales son el soporte de la seguridad jurídica, por lo que define a las garantías en un sentido lato como: «el conjunto de seguridades jurídico-institucionales deparadas al hombre» y añade «las garantías existen frente al Estado, en cuanto son medios o procedimientos que aseguran la vigencia de los derechos»[1211]. Afirma que en la base de la seguridad jurídica existe un derecho importante: el Derecho a la jurisdicción[1212]. Sobre este punto enfatiza que: «...el Derecho a la jurisdicción y la función del poder que se llama administración de justicia son como dos caras de una misma moneda. De un lado, en el ámbito del poder, el Estado tiene la función de administrar justicia; del otro en el ámbito de los derechos del hombre, el justiciable tiene el derecho de requerir justicia»[1213].

---

un Derecho fundamental en esa instancia procesal sea judicial o administrativa, deviene en la inobservancia a este principio de orden general y procesal, es decir, es un efecto o consecuencia; más sin embargo ello no implica que sea tutelable, precisamente y como se tiene explicado, por no ser un derecho autónomo, como sostuvo la pasada jurisprudencia de este Tribunal».

[1211] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit.*, *Manual de...*, p. 286 y ss. A este tenor BIDART CAMPOS enfatiza: «En un sentido amplio se puede afirmar que la totalidad del ordenamiento jurídico garantiza las libertades y los derechos; en un sentido más preciso hay garantía cuando el individuo tiene a su disposición la posibilidad de movilizar al Estado para que lo proteja, sea impidiendo el ataque, sea restableciendo la situación anterior al ataque, sea procurando compensarle el daño sufrido, sea castigando al transgresor, (...) el sistema de derechos exige reciprocidad en el sistema garantista. No vale un buen sistema de derechos si el sistema garantista no ofrece disponibilidad para defender un derecho con las vías idóneas para acceder a la justicia. Y es más indica que es indispensable que también se le depare la 'llave' para ese acceso, que es la legitimación procesal que le permite articular su pretensión y participar en el proceso para luego obtener decisión justa en la sentencia». *Ibidem.*

[1212] *Ibidem*.

[1213] *Ibidem*.

Indica BIDART CAMPOS que en conexión con el Derecho a la jurisdicción se formula el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. Por tanto, para este autor el Derecho a la jurisdicción básicamente implica que: «a) se cumpla la garantía del Debido proceso, cuyo núcleo radica en el Derecho a la defensa; b) que la pretensión se resuelva mediante una sentencia oportuna, fundada y justa»[1214]. Cabe señalar que en el ordenamiento jurídico de Bolivia, la tutela judicial efectiva se consigna en el artículo 115.I de la Constitución: «Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos...».

En lo que corresponde el nivel internacional, el Derecho de acceso de justicia o tutela judicial efectiva, se encuentra reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en atención a los artículos 7, 8 y 25[1215]. Asimismo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de conformidad con los artículos 2[1216], 9[1217] y 14[1218] .

[1214] *Ibidem*.

[1215] Artículo 25 CADH «Protección Judicial»: «1.Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a 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 parte 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 cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso».

[1216] Artículo 2 PIDCP: «...3. Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o 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; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso».

[1217] Artículo 9 PIDCP: «1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación».

[1218] Artículo 14 PIDCP: «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, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral,

Ahora bien, siguiendo esta lógica, dentro del Derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva se configura una garantía amplia denominada: Debido proceso[1219]. Para BIDART CAMPOS el Debido proceso significa que: «a) ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por ley; b) ese procedimiento tiene que ser el 'debido'; c) para que sea el 'debido', el justiciable debe participar con utilidad en el proceso; d) esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia; en suma, el Derecho a la defensa»[1220]. Asimismo en palabras del autor la síntesis de la esencia del Debido proceso consiste «...en la posibilidad suficiente de participar con utilidad en el proceso. De ahí que el Debido proceso nos deje la idea de un proceso regular y razonable, y de una tutela judicial efectiva»[1221]. Por tanto, a la luz de lo analizado podemos afirmar que en la Constitución de 2009 se consagra el Debido proceso como derecho y garantía, previsión que tendremos la oportunidad de examinar en el punto destinado a la «garantía institucional».

---

orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. 4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país».

[1219] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit.*, *Manual de*..., p. 327.

[1220] *Ibidem.*

[1221] *Ibidem.*

Pero ofrece también BIDART CAMPOS un estudio específico sobre los elementos jurídicos que componen la garantía del Debido proceso. Naturalmente tales elementos, se asimilan en el ordenamiento constitucional boliviano. A continuación procederemos con el estudio resumido de cada uno de éstos componentes.

i) La duración del proceso: BIDART CAMPOS expresa que la garantía del Debido proceso incluye el recaudo de la duración razonable del proceso, pues afirma: «...todo proceso ha de tener una duración que sea razonable para la tutela judicial eficaz, de acuerdo con la naturaleza de la pretensión jurídica que se ventila en el proceso»[1222]. En esta misma línea agrega: «del Principio de celeridad razonable y de oportunidad de la sentencia se extrae dentro del Derecho a la jurisdicción, el Derecho del justiciable a obtener una sentencia rápida y eficaz»[1223]. En virtud de los presupuestos señalados aportaremos con certeza que el Principio de celeridad se encuentra reconocido en el artículo 115.II de la Constitución: «El Estado garantiza el derecho a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones»[1224].

ii) El «exceso ritual»: BIDART CAMPOS afirma que es entendido como «una exageración rigorista y abusiva de las formas, en desmedro de la finalidad del proceso, que es buscar y realizar la justicia, (...) el exceso ritual lesiona garantías constitucionales, prioriza la verdad formal por sobre la verdad material u objetiva, que es la que debe alcanzarse en el proceso y en la sentencia»[1225]. Determinada la conceptualización de éste componente, de acuerdo con la doctrina, podemos encuadrarlo en el Principio de verdad material, previsto en el artículo 180.I de la Constitución de 2009: «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»[1226].

[1222] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit.*, *Manual de*..., p. 328.
[1223] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit.*, *Manual de*..., p. 329.
[1224] Véase a propósito Sentencia Constitucional 0565/2015-S1, de 1 de junio de 2015.
[1225] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit.*, *Manual de*..., p. 329.
[1226] Véanse Sentencias Constitucionales 1662/2012, de 1 de octubre de 2012 y 0713/2010-R, de 26 de julio de 2010. En el mismo sentido, la noción de verdad material se manifestó de forma clara e inequívoca en el Auto Supremo 974/2016, de 18 de agosto de 2016: «...el ajustarse a la verdad material, genera la primacía de la realidad de los hechos sobre la aparente verdad que pueda emerger de los documentos; aplicando este principio, debe prevalecer la verificación y el conocimiento de éstos, sobre el conocimiento de las formas...».

iii) La defensa en juicio: BIDART CAMPOS continúa señalando que «las formas regulares y básicas del Debido proceso son condición indispensable para que la sentencia que se dicta en juicio goce de la inmutabilidad y el efecto de la cosa juzgada»[1227] y puntualiza que «...cuando no se ha respetado el Debido proceso, o en el proceso se ha incurrido en dolo o estafa procesales, la sentencia queda destituida de la fuerza y la eficacia de la cosa juzgada; la violación del derecho de defensa se denomina indefensión»[1228]. De este modo, en atención a los presupuestos teóricos anunciados previamente, podemos señalar que el Derecho a la defensa, se encuentra establecido en el artículo 119.II de la Constitución: «Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa...»[1229].

iv) La sentencia: BIDART CAMPOS afirma que el Derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial eficaz se satisface con la sentencia útil, que al menos significa: «a) que debe resolver 'todas' las pretensiones que en relación con aquellos derechos lleva el justiciable ante el tribunal; b) que las debe resolver en 'tiempo oportuno' o duración razonable del proceso; en suma, la sentencia debe ser imparcial, justa, fundada y oportuna»[1230]. En este punto nos remitimos a los preceptos sobre Debido proceso contenidos en la Constitución, máxime que ésta categoría, significa principalmente la debida motivación jurídica de las sentencias judiciales o resoluciones judiciales, para no causar vulneración a los derechos del justiciable. Para alcanzar ello, el juzgador debe exponer sus razones jurídicas a la luz de la plenitud del ordenamiento jurídico.

De acuerdo con lo anterior y trazado el objetivo de realizar una aproximación más precisa a la conceptualización del Debido proceso desde su dimensión adjetiva, efectuaremos un análisis de dicho instituto jurídico desde la doctrina. En tal sentido, COUTURE enuncia que «el *adjective due process of law* ha presentado un fuerte desenvolvimiento»[1231] y precisa: «dentro del léxico de los tribunales de Estados Unidos, las garantías del proceso pueden ser violadas (civil y penal) cuando el legislador reconoce una forma de procedimiento no razonable, o cuando priva de los elementos que reputan básicos para que un proceso pueda cumplir debidamente sus fines»[1232].

[1227] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit., Manual de...*, p. 330.
[1228] *Ibidem.*
[1229] A propósito véase Sentencia Constitucional 0235/2015-S1, de 26 de febrero de 2015.
[1230] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit., Manual de...*, p. 330 y 331.
[1231] COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, «El Debido...»..., p. 61.
[1232] *Ibidem.*

En efecto, este autor afirma que «el asunto básico consistió en sostener que se violaba la garantía del *due process of law* cuando se excluyeran métodos o normas de procedimiento que privaran a los ciudadanos del derecho a defenderse en adecuadas condiciones»[1233]. Asimismo señala que se entendió, que una ley procesal vulneraba la Constitución cuando privaba de: *notice and hearing*, citación y audiencia[1234] y seguidamente puntualiza: «Las Cortes contestaron que por lo menos era necesario un proceso regular ante un organismo judicial. Sin embargo, fue aclarado que un Debido proceso legal no significa un proceso judicial. Fue a partir de ahí que los tribunales comenzaron con su teoría de la 'citación y audiencia'»[1235].

Finalmente COUTURE culmina su pretensión de conceptualización proponiendo las notas características del Debido proceso legal, y con él la citación y audiencia, afirmando que: «La garantía de citación y audiencia se revela en el derecho de estar un día ante el tribunal, *his day in Court*: a) que el demandado haya tenido debida noticia; b) que se le haya dado una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos; c) que el tribunal ante el cual los derechos son cuestionados dé seguridad razonable de imparcialidad; d) que sea un tribunal competente»[1236].

Por su parte BUSTAMANTE ALARCÓN considera expresamente que el Debido proceso adjetivo se define «...por la invocación de los elementos que lo integran, cuyos méritos derivan de la conformidad que existe entre el enjuiciamiento y la ley, y también entre ambos y la justicia»[1237]. Indica YÁÑEZ CORTÉS que el Debido proceso adjetivo constituye «un derecho complejo de carácter fundamentalmente procesal, integrado por un conjunto indeterminado de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de las personas sucumban ante insuficiencia de un proceso o procedimiento o, se vean afectados por la actuación u omisión de cualquier sujeto»[1238] en esta tónica el autor enfatiza: «...el Debido proceso adjetivo o procesal, si bien posee un conjunto de derechos de carácter no

[1233] COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, «El Debido...»..., p. 62 y ss.
[1234] *Ibidem*.
[1235] *Ibidem*.
[1236] *Ibidem*.
[1237] En este contexto BUSTAMANTE ALARCÓN apostilla: «...el proceso justo es el derecho fundamental a la justicia a través del proceso y también del procedimiento». BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *op. cit.*, *Derechos fundamentales*..., p. 33.
[1238] YÁÑEZ CORTÉS, Arturo, *op. cit.*, *Principio de*..., p. 148.

limitativo, los diferentes autores, sin pretensión de exhaustividad, tienden a modificar algunos de sus componentes»[1239].

A continuación procede el análisis propuesto con el objeto de determinar cuáles son los elementos jurídicos o garantías mínimas de orden penal, que integran el Debido proceso adjetivo, para lo que observaremos las líneas doctrinales más relevantes fraguadas por los autores de mayor representación. Acotado este aspecto, daremos por finalizado el estudio de la garantía jurídica del Debido proceso.

En este marco, GOZAÍNI afirma que el procedimiento penal tiene garantías de naturaleza especial y las nomina como: «a) presunción de inocencia; b) a ser informado en el idioma del inculpado de las causas de la acusación; c) derecho al abogado o a la autodefensa; d) a ser juzgado sin dilaciones indebidas; e) derecho a la prueba, y a recurrir la sentencia condenatoria; y f) derecho a la indemnización por error judicial»[1240].

En opinión de HOYOS el procedimiento penal tiene las siguientes garantías: «*i*) las partes oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial; *ii*) sin dilaciones indebidas; *iii*) que se pronuncie respecto de las pretensiones de las partes; *iv*) la oportunidad de pronunciarse sobre las manifestaciones de la parte contraria; *v*) de aportar pruebas lícitas y contradecir las contrarias; *vi*) usar medios de impugnación»[1241].

Para ABAD YUPANQUI los elementos que integran el Debido proceso adjetivo o procesal, se equiparan a los que rigen en el procedimiento penal y determina que son : «a) el debido emplazamiento noticia al demandado; b) el otorgamiento a las partes para comparecer, ser oídas y exponer sus derechos; c) que cuenten con razonable oportunidad de ofrecer y actuar medios de prueba; d) que la causa sea resuelta por órgano judicial, legítimamente constituido e imparcial; e) que la causa sea resuelta dentro de plazo razonable y de manera revocable»[1242].

Según BUSTAMANTE ALARCÓN el Debido proceso adjetivo contiene una serie de garantías y éstas son: «a) el derecho de contradicción o defensa, que incluye el derecho a disponer

[1239] YÁÑEZ CORTÉS, Arturo, *op. cit., Principio de...*, p. 150.
[1240] GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, «El Debido...»..., p. 5 y ss.
[1241] HOYOS, Arturo, *El Debido Proceso*, Temis, Bogotá, 1996, p. 54.
[1242] ABAD YUPANQUI, Samuel, «¿Procede el amparo contra resoluciones judiciales?», *Lecturas sobre Temas constitucionales*, núm. 2, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1978, p. 48.

del tiempo adecuado para preparar la defensa; b) el derecho a la publicidad del proceso; c) el derecho a que las resoluciones se encuentren motivadas; d) el derecho a ser asistido y defendido por un abogado técnicamente capacitado; e) el derecho a ser informado sin demora, en forma detallada y en un idioma que comprenda la persona, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra; f) el derecho a impugnar; g) el derecho a producir prueba, integrado por el derecho a ofrecer medios probatorios; el derecho a que se admitan los medios ofrecidos; a que se actúen adecuadamente los medios admitidos; a que se asegure la producción o conservación de la prueba y a que se valoren de forma adecuada y motivada los medios probatorios que hayan sido practicados; h) el derecho a que se asegure la eficacia o ejecución de las decisiones emitidas y se dicten las medidas necesarias para que sean cumplidas; i) el derecho a que las decisiones se emitan en un plazo razonable y a que el proceso se desarrolle sin dilaciones indebidas; y j) el derecho a que las decisiones que se emitan sean objetivas y materialmente justas»[1243].

Pero como apunta GARCÍA RAMÍREZ los elementos de mayor importancia que componen el Debido proceso adjetivo son: «a) tribunal independiente, imparcial y competente; b) jurisdicción militar; c) juez custodio de Derechos humanos; d) presunción de inocencia; e) Debido proceso e igualdad; f) contradictorio; g) defensa; h) recursos[1244]. Del mismo modo indica que el Debido proceso adjetivo se encuentra regulado en los artículos 8 y 25 de la CADH de forma respectiva.

Por otra parte GOZAÍNI afirma que el Debido proceso adjetivo en la esfera de protección internacional, debe interpretarse a tenor del artículo 2, párrafo primero de la CADH, que ordena: «los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades». Por ello, GOZAÍNI manifiesta que dicha disposición de la CADH, implica un deber no sólo dirigido al Poder Legislativo, sino también a los demás Poderes del Estado[1245]. Además GOZAÍNI nos ofrece una consideración importante referida a que la obligatoriedad de los tratados internacionales por los Estados parte, depende enteramente de dos elementos: «*i*) La situación jurídica respecto al acatamiento de la Convención de Viena sobre Derecho

[1243] BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *op. cit., Derechos fundamentales*..., p. 180 y ss.
[1244] GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit., El Debido*..., p. 13 y ss.
[1245] GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *op. cit., El debido*..., p. 26 y ss.

de los Tratados y *ii*) El orden jerárquico que tiene cada Constitución en la interpretación de los tratados»[1246].

Tal como indica este autor el primer elemento se vincula con el cumplimiento del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), que ordena: «...una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado»[1247] y el segundo elemento se conecta directamente con el Debido proceso y las garantías jurisdiccionales. En este cuadro jurídico, GOZAÍNI afirma que: «...el Debido proceso tiene exigencias y principios, donde las primeras dependen del procedimiento donde serán aplicadas, y las segundas constituyen la base de nuevos principios del Debido proceso»[1248].

Resulta especialmente relevante la disposición contenida en el artículo 9 de la CADH. Por establecerse en éste artículo, a través de sus dos apartados, notoriamente las garantías. El primer apartado recoge las garantías aplicables a todo tipo de proceso y afirma que: «1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

El segundo apartado por su parte, prevé las garantías que sólo corresponden al proceso penal y éstas son: «2. Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso,

---

[1246] *Ibidem.*
[1247] *Ibidem.*
[1248] *Ibidem*. Este autor enumera los derechos que forman parte del Debido proceso del siguiente modo: «a) El derecho a ser oído, que implica el acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas; b) El derecho al proceso, que se fracciona en puntualizaciones como las garantías de alegación, prueba y defensa de los derechos; dentro de un esquema confiable y que le garantice seguridad personal y jurídica; a través de un abogado idóneo y de confianza, y amparado en la publicidad del proceso; c) El derecho al plazo razonable, ya sea en el tiempo para ser oído, como en el tránsito por las distintas etapas judiciales, acordando al afectado un derecho indemnizatorio cuando acredite los perjuicios sufridos por la demora injustificada de los tiempos del proceso; d) El derecho al juez natural, y a que éste sea competente, independiente e imparcial, donde anidan proyecciones sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente, el derecho a que la sentencia sea fundada y razonable, dando soluciones apropiadas al objeto de la pretensión; e) El derecho a la utilidad de la sentencia, que se enlaza con el último aspecto en el sentido de darle sentido al pronunciamiento judicial a través de una decisión justa y efectiva, que pueda ser cumplida también dentro de un plazo razonable». *Ibidem.*

toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c. Concesión al inculpado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa; d. Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y comunicarse libre y privadamente con su defensor; e. Derecho irrenunciable de ser asistido por un Defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h. Derecho de recurrir del fallo ante Juez o tribunal superior». Tal como advertimos la Convención ha estatuido un conjunto de garantías mínimas que el justiciable puede invocar en el marco del proceso penal, para salvaguardar sus Derechos fundamentales en el ámbito de la justicia penal.

Seguido a lo anterior, GOZAÍNI puntualiza que las garantías jurisdiccionales reconocidas en los tratados internacionales sobre Derechos humanos junto con la jurisprudencia de la Corte IDH y los informes de la Comisión IDH forman un «plexo jurídico articulado que constituye el perfil del actual Debido proceso»[1249]. Además este autor señala que existen

[1249] *Ibidem.* Continúa GOZAÍNI sobre este punto matizando: «...la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre establece que 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 lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los Derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (art. XVIII-Derecho de Justicia). La Declaración Universal de Derechos Humanos, por su parte, contiene varias disposiciones. Entre ellas se dice que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo (art. 8); que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (art.9); que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el exámen de cualquier acusación contra ella en materia penal (art.10); a que se lo presuma inocente mientras no se prueba su culpabilidad (art. 11). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado en nuestro país por la ley 23.313, establece que el país se compromete a garantizar a toda persona, cuyos derechos o libertades reconocidos por el Pacto, se hubieran violado, un recurso efectivo, que podrá presentar ante la autoridad competente en condiciones tales que no se pueda frustrar el derecho que se protege (art. 2. apartado 3, incisos a, b y c). El artículo 9 tutela los derechos a la libertad y a la seguridad personales, procurando evitar las detenciones arbitrarias o el juez ilegal. El artículo 14 focaliza especialmente el punto que consideramos en el acápite, (...) 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá, en plena igualdad, las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a

otras exigencias que se conectan al proceso con todas las garantías. A propósito de sus palabras en el sentido explicitado: «...esta conexión puede comprender únicamente el derecho al recurso sencillo y rápido a tenor del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o también concordar con las etapas que componen un proceso de cualquier índole con sus exigencias respectivas»[1250]. Así culmina su argumentación reafirmando que: «Los Estados parte, a la luz de las obligaciones generales que consagran los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica, tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención»[1251].

Por último, tal y como afirma GOZAÍNI, los tratados y pactos internacionales refuerzan la regulación de las garantías en el marco del proceso penal. En la misma línea, subraya que adquiere especial importancia: la presunción de inocencia, el principio *non bis in idem* y el principio nuclear del Derecho penal: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*[1252]. Tomando en cuenta este punto de vista, resaltamos que el Debido proceso adjetivo impide aplicar retroactivamente la ley penal desfavorable, pues *a contrario sensu*, se quebrantaría los elementos jurídicos o garantías que componen el Debido proceso en su faceta adjetiva, principalmente en lo referido a la garantía de presunción de inocencia y la legalidad penal.

Garantía institucional del Debido proceso: En la Constitución de 2009 se reconoce el Debido proceso, situado en la Primera Parte «Bases Fundamentales del Estado, Derechos, Deberes y Garantías», Título IV destinado a las «Garantías Jurisdiccionales y Acciones

---

defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogatorios de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable». *Ibidem.*

[1250] *Ibidem.*

[1251] *Ibidem*. Siguiendo este hilo CANÇADO TRINDADE enuncia: «En el caso *Cinco Pensionistas versus Perú* las obligaciones de protección judicial por parte del Estado no se cumplen con la sola emisión de sentencias judiciales, sino con el efectivo cumplimiento de las mismas (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2 (c) de la Convención Americana). Del ángulo de los individuos, se puede aquí visualizar un verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico -en los planos tanto nacional como internacional- que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana». CANÇADO TRINDADE, Antonio, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Tomo III, Fabris, Porto Alegre, 2003, p. 233 y ss.

[1252] GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, *El debido*..., p. 35.

de Defensa», Capítulo Primero de las «Garantías Jurisdiccionales», de conformidad con los artículos 115.II, 117.I, 137 y 180.I, como veremos detalladamente a continuación.

El Debido proceso se proclama, *a priori*, a nivel constitucional como derecho y garantía, es decir como derecho en sí reconocido a todo ser humano y como garantía jurisdiccional que precautela los derechos en las instancias administrativas o jurisdiccionales. Por tanto y de forma certera podemos señalar que el Debido proceso se encuentra estipulado en el artículo 115.II de la Constitución: «...el Estado garantiza el derecho al debido proceso». Del mismo modo localizamos el Debido proceso en el artículo 117.I de la Constitución, que concordante con el precepto constitucional anterior, dispone que: «...ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso».

Junto con éstas disposiciones constitucionales, debemos comentar brevemente aquellas cláusulas contenidas en la Constitución, que configuran la doctrina jurisprudencial de la «Triple Dimensión». El Debido proceso comprendido como: *i*) Derecho fundamental, *ii*) Principio procesal, así como *iii*) garantía de la administración de justicia. A este tenor el Debido proceso se consagra como Derecho fundamental en mérito al artículo 137: «...la declaración del estado de excepción no podrá en ningún caso suspender las garantías de los derechos, ni los derechos fundamentales, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los derechos de las personas privadas de libertad», de forma posterior se reconoce como Principio procesal según el artículo 180.I: «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» y para completar el cuadro se admite como garantía a tenor de los artículos 115.II y 117.I de la Constitución, que han sido referenciados y descritos literalmente líneas arriba.

En el multinivel jurídico la Declaración Universal de los Derechos Humanos es piedra angular en materia de Debido proceso a nivel internacional. Es en este mismo contexto, que señala expresamente en el artículo 10: «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal», asimismo lo regula en el artículo 11.1: «Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras

no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa».

En el nivel regional la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre establece el Debido proceso en el artículo 18: «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 lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente».

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el Debido proceso de conformidad con el artículo 8: «1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior»[1253].

[1253] Disposición que se conecta con éstos preceptos: artículo 7 CADH «Derecho a la Libertad Personal»: «5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se recoge el Debido proceso de forma literal en el artículo 14: «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, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...) 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable»[1254].

---

tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados parte cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona». Asimismo artículo 10 CADH «Derecho a Indemnización»: «Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial». Artículo 25 CADH «Protección Judicial»: «1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a 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 parte 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 cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso».

[1254] La referida disposición se conecta con éstos preceptos: artículo 2 PIDCP: «3. Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o 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; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista

En este estadio argumentativo se ha analizado las cláusulas fundamentales dispuestas en los tres órdenes jurídicos. Subrayamos que el Debido proceso se regula en los tres niveles: internacional, regional y nacional. Determinamos que en el multinivel normativo descrito existe uniformidad en el tratamiento del Debido proceso, por lo que conforma un bloque de protección de las garantías mínimas que direccionan particularmente el proceso penal. En definitiva, afirmamos que también estamos en presencia de una imbricación jurídica entre los preceptos pertenecientes a los tres órdenes, que afianzan en ésta interconexión, al Debido proceso en su dimensión exclusivamente adjetiva.

En virtud de lo anterior y definidos los preceptos jurídicos en el multinivel ordinamental, concluimos que el Debido proceso por medio de la garantía de presunción de inocencia y ley previa, imposibilita aplicar retroactivamente la ley penal desfavorable al encausado. Manifestado ello, corresponde proseguir con el estudio del Debido proceso y sus vínculos con el Principio de proporcionalidad, para converger en la doctrina jurisprudencial de la «Triple Dimensión». Lo que supondrá dar por finalizado el examen del Debido proceso.

5.3. Vínculos con el Principio de proporcionalidad: jurisprudencia

Recordamos de inicio que la concepción del Debido proceso sustantivo irradia a todos los actos de poder público, hecho que impide ejecutar actos arbitrarios o discrecionales. Concretamente el Debido proceso sustantivo constituye un mandato dirigido al legislador con la finalidad de que emita normas razonables, enmarcadas en el valor justicia y en los Derechos constitucionales. En esta tónica también se dirige al juzgador para que pondere correctamente la conducta ilícita, el delito cometido y la condena frente a los derechos y libertades del procesado penalmente.

---

por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso». Artículo 9 PIDCP: «3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación».

El Debido proceso desde su dimensión sustantiva está íntimamente ligado con el Principio de proporcionalidad, ya que significa la materialización de la adecuación razonable de la conducta, gravedad del delito e imposición de la pena. Asimismo precautela los Derechos fundamentales y libertades frente a los actos desmedidos del poder. Lo que evidencia, que existe una protección muy especial a la libertad de las personas. Por ello, antes de afectarla se deben buscar otros mecanismos jurídicos menos agresivos, que no causen detrimento a uno de los bienes jurídicos de mayor trascendencia -junto a la vida- como es la libertad. A esta línea añadimos también que el Derecho penal es de *última ratio*, pudiendo y debiendo agotarse por fuerza otros procedimientos antes de acudir a él, lo que mantiene una relación intrínseca con el Principio de intervención mínima del Derecho penal. Agregamos que el nexo que une el Debido proceso sustantivo y proporcionalidad se explica además porque las leyes y las sentencias prescriben un estándar de razonabilidad, y por tanto, de justicia material.

En este mismo orden de ideas, el Principio de proporcionalidad comporta una valoración que en el ordenamiento jurídico penal, se deberá plantear en cuanto a la conducta ilícita, el tipo de delito cometido y la pena, y que efectivamente sea previsible obtener. De este modo el Principio de proporcionalidad fue consagrado en el ordenamiento constitucional español[1255], a diferencia del ordenamiento constitucional boliviano, en el que ciertamente no se lo reconoce de forma expresa, sino que es entendido, de la vasta jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En lo que se refiere a algunas definiciones sobre el Principio de proporcionalidad, que en sus obras exponen diferentes autores, aludimos a GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, quien afirma que «...en el derecho español, el Principio de proporcionalidad tiene fundamento

[1255] La doctrina del Tribunal Constitucional español sostuvo que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de Derechos fundamentales debe estar determinada por la estricta observancia del Principio de proporcionalidad. Sobre el Principio de proporcionalidad, inmerso en el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, YÁÑEZ CORTÉS afirma: «Esa doctrina exige la superación del denominado juicio de proporcionalidad para comprobar si una medida restrictiva de un Derecho fundamental supera este juicio y sea procedente, para cuyo efecto será necesario constatar el cumplimiento de estos tres requisitos o condiciones siguientes: *i*) Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); *ii*) Si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); *iii*) Si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). YÁÑEZ CORTÉS, Arturo, *op. cit*., *Principio de*..., p. 124 y 125. Pero además este autor precisa las siguientes Sentencias Constitucionales más representativas sobre este asunto dadas por el Tribunal Constitucional español: STC 66/1995, de 8 de mayo de 1995; STC 55/1996, de 28 de marzo de 1996; STC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996; STC 37/1998, de 17 de febrero de 1998 y STC 239/2016, de 3 de marzo de 2016.

constitucional»[1256]. Desde otra perspectiva COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN apostillan: «...el Principio de proporcionalidad tiene relación con la irretroactividad de la ley penal desfavorable»[1257].

Señala expresamente CARBONELL MATEU que «...el Principio de proporcionalidad en sentido estricto, permite ponderar la gravedad de la conducta y la pena, para alcanzar el máximo de libertad»[1258]. Continuando con esta tónica y en opinión de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE «...el Principio de proporcionalidad en el Derecho español, tiene una triple dimensión: de necesidad, adecuación y proporción»[1259]. En la óptica que vemos y según

---

[1256] Sobre el Principio de proporcionalidad en el Derecho español GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO sostiene: «En la exigencia de su respuesta que ha sido impuesta por los preceptos constitucionales que se refieren a la garantía de los Derechos fundamentales y las libertades públicas, por ejemplo su art. 1.1 que proclama la libertad y la justicia como valores superiores de su ordenamiento jurídico. Ello implica, que en caso de duda, por el valor libertad, debe inclinarse la balanza en favor de la efectividad de los Derechos fundamentales y para el caso de la justicia, acarrea en ese ámbito, un sentido de prohibición de excesividad (...). La misma declaración de España como Estado Social y democrático de Derecho, contribuye a la vigencia del principio de proporcionalidad, pues el dota de contenido material al Estado de Derecho (...). El artículo 10 de la Constitución Española, es otro fundamento de la proporcionalidad en sentido estricto, que en su párrafo 1 señala que la dignidad de la persona, los derechos individuales que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social, así como su apartado 2, en sentido que las normas sobre Derechos fundamentales y libertades consignadas en la Constitución Española, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España». GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 53 y ss.

[1257] En este punto específico COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN afirman: «En nuestra materia jurídico penal rige, el principio *tempus regit actum*, aunque por la singularidad de la materia penal, se excepciona en sentido que las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo, el artículo 25.1 de la Constitución Española admite tal principio general, e incluso, se remite a su art. 9.3 de la misma cuando ordena que esa norma garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, por lo que la retroactividad de la ley penal sólo afectaría, con carácter exclusivo, a las disposiciones que tuvieren naturaleza más favorable o benigna, conforme ha venido siendo expuesto por la doctrina penal mayoritaria». COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 135 y ss.

[1258] En lo relativo al Principio de proporcionalidad CARBONELL MATEU afirma expresamente: «El principio de proporcionalidad en sentido estricto, obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de la tutela y la consecuencia jurídica. Se trata de obtener el máximo de libertad, no podrán preverse penas que resulten desproporcionadas con la gravedad de la conducta. Pero además, no sólo será preciso ponderar ese grado de libertad que se consigue con la limitación penal y el beneficio obtenido con esa, sino las diferentes intervenciones del Derecho Penal entre sí». CARBONEL MATEU, Juan Carlos, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 208.

[1259] En el mismo contexto BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE afirma: «...tras la II Guerra Mundial, a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con base principal al art. 18 del Convenio Europeo y del Tribunal Supremo de los EE.UU de Norteamérica, sea sobre la idea de la prohibición de exceso, sea sobre la razonabilidad del proceder o actuar de los poderes públicos, se ha construido lo que ellos denominan principio de proporcionalidad y que en la Constitución Española lo estiman consagrado como principio general del ordenamiento jurídico, según su art. 9.3 que garantiza el principio de legalidad con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que vale tanto como la prohibición del exceso o como un mandato de actuar razonable y proporcionado. El principio de proporcionalidad tiene una triple dimensión que se formula en estos sub principios: la intervención restrictiva de los poderes públicos sobre los derechos de los ciudadanos, debe ser necesaria, adecuada y proporcionada». BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS,

estos autores tal principio tiene una implicancia directa en la efectivización de la justicia material.

Por su parte ROXIN precisa que «...el Derecho penal, sólo puede intervenir cuando se agoten otros medios menos duros, antes de afectarse la libertad del ciudadano»[1260]. Para BASCUÑÁN RODRÍGUEZ en un Estado Democrático de Derecho, el uso del *ius puniendi* debe cumplir cinco condiciones: «*i*) que el fin perseguido por el Estado sea en sí mismo legítimo; *ii*) que el medio utilizado para alcanzar dicho fin sea en sí legítimo; *iii*) que tal medio sea idóneo para alcanzar dicho fin; *iv*) que el medio empleado sea necesario para alcanzar el fin; y *v*) que la afectación del derecho sea proporcionada con la realización del fin perseguido»[1261].

Al hilo de lo anterior, HAAS afirma que: «el Principio de proporcionalidad significa que el sí y el cómo de una persecución penal de parte del Estado, en principio debe encontrarse en una relación adecuada con la gravedad y la importancia del delito»[1262], asimismo ésta autora puntualiza que «el Principio de proporcionalidad exige al juez, cuando se trata de una intervención, una ponderación a cada caso específico de las necesidades de la justicia penal, por una parte, y de los Derechos fundamentales afectados del individuo, por la otra, (...) una gradación de la admisibilidad de las intervenciones procesales según la gravedad del respectivo hecho y la intensidad de la sospecha»[1263].

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, instituida a nivel internacional, y que impregna completamente el multinivel jurídico hasta el ámbito nacional, con relación

---

Nicolás; FERRE OLIVE, Juan Carlos y SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2da. Edición, Praxis, Madrid, 1989, p. 55 y ss.

[1260] Según afirma ROXIN la intervención del Derecho penal se materializa cuando se agotan otros medios menos duros, tomando en consideración que puede afectarse la libertad del ciudadano: «...como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición del exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico». ROXIN, Claus, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 65 y ss.

[1261] Seguidamente este autor puntualiza: «...constitucionalmente se admite una excepción al principio de irretroactividad de la ley, cual es la aplicación retroactiva de la ley penal dictada con posterioridad a la comisión del hecho, en caso de que ésta sea más favorable para el acusado, pues político criminalmente la valoración legal de dicha conducta al momento de sentenciar es menos gravosa que al momento de su comisión». BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, «La Ley Penal», *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, núm. 2, Santiago, 2005, p. 362.

[1262] HAAS, Evelyn, «Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2006, p. 1022.

[1263] *Ibidem*.

al Principio de proporcionalidad, dispone en el artículo 5: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes». Igualmente en el artículo 8: «Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley». La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano también contempla éste principio de acuerdo con el artículo 8: «La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias».

En este mismo cuadro, pero a nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce dicho principio en el artículo 7.3: «Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios». De igual manera de conformidad con el artículo 5 de la referida Convención: «1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...».

Como sostuvimos *supra* el Principio de proporcionalidad no se encuentra regulado en el ordenamiento constitucional de Bolivia, sin embargo está diseñado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La configuración de éste principio ha sido materializada al superarse gradualmente la definición tradicional del Debido proceso adjetivo y avanzar hacia la consolidación del Debido proceso sustantivo. Así lo ha establecido la Sentencia Constitucional 207/2013, de 28 de febrero de 2013 en el sentido propio de su texto: «...de esta manera no sólo se pretende que sólo los actos de poder sean racionales y justos, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto, es decir la existencia de proporcionalidad entre medios y fines (principio de proporcionalidad), así como la adecuación de estos actos de poder a la Constitución, sus principios y valores, y en especial, a los derechos y garantías contenidos en ella, que es el Principio de razonabilidad en sentido estricto. En ese entendido, el Debido proceso sustantivo, se relaciona con el Principio de razonabilidad y proporcionalidad de todo acto de poder, y particularmente de las sentencias o su equivalente en materia administrativa».

En esta línea, también indicamos las Sentencias Constitucionales 683/2013, de 3 de junio de 2013 y 950/2013-L, de 26 de agosto de 2013, que literalmente señalaron: «A diferencia del derecho al Debido proceso adjetivo, que resguarda la observancia de los presupuestos y formas procesales esenciales a los que debe regirse todo proceso judicial, administrativo o corporativo, para lograr así un proceso formalmente válido, el Debido proceso en su

dimensión sustantiva, está vinculado con el Principio de razonabilidad y proporcionalidad de los actos de poder y en particular de las sentencias judiciales».

En consecuencia, mediante el Principio de proporcionalidad se puede indicar con claridad si una actuación estatal es, o no, adecuada para perseguir una determinada finalidad. Por tanto, se trata de determinar en qué medida es admisible la intervención del Estado y si la misma no discuerda con el respeto mínimo de los derechos y garantías de la ciudadanía. En lo que atañe a los derechos debemos tomar en cuenta el artículo 13.I de la Constitución, que dice: «Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos».

Pero además en cuanto al Principio de proporcionalidad y los elementos que lo componen, la Sentencia Constitucional 0024/2018-S2, de 28 de febrero de 2018, notoriamente afirmó: «El Principio de proporcionalidad, de acuerdo a la SCP 2299/2012, se sustenta en la idea de vinculación de los poderes públicos a los Derechos fundamentales; por lo cual, una disminución en el ejercicio de los mismos debe tener una causa justificada y sólo en la medida necesaria, (...) tiene su fundamento en el carácter inviolable de los Derechos fundamentales reconocido en el art. 13.I de la CPE y es considerado como un criterio hermenéutico de imperativa observancia en el ejercicio de cualquier competencia pública, por cuanto el ejercicio de un Derecho fundamental no puede ser limitado más allá de lo que sea imprescindible para la protección de otro Derecho fundamental o bien jurídico constitucional, con la finalidad de evitar sacrificio innecesario o excesivo de los Derechos fundamentales».

Para concluir podemos afirmar que la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable vulnera los derechos y garantías del encausado, específicamente el derecho del Debido proceso y la garantía de presunción de inocencia. Por lo tanto, dicha retroactividad no es adecuada ni tampoco proporcional, desde el ángulo del Derecho penal. Efectivamente, el Principio de proporcionalidad proscribe todas las decisiones arbitrarias, que se expresan en leyes o sentencias judiciales, que atentan frontalmente el valor justicia, en los márgenes del Estado Democrático y de Derecho.

5.4. La doctrina jurisprudencial de la «Triple Dimensión»

Partiremos en esta ocasión recordando que el Debido proceso, a través de sus diferentes garantías jurídicas, fue reconocido en todas las Constituciones de la República de Bolivia. Subrayamos que la Constitución del año 2004 consagró el Debido proceso como derecho y garantía. Lo que fue modulado ampliamente por la jurisprudencia constitucional de ésta época.

En esta tónica puntualizamos que el Debido proceso está vinculado íntimamente al valor justicia. Así lo ha ordenado literalmente la Sentencia Constitucional 0999/2003-R, de 16 de julio de 2003, al afirmar expresamente: «La importancia del Debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba, los Derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico».

Al hilo de lo expuesto, la Constitución de 2009 regula el Debido proceso desde la perspectiva de la triple dimensión constitucional, por tanto, lo concibe como: *i*) principio, *ii*) derecho y *iii*) garantía. Así el Debido proceso se consagra como derecho en el artículo 115.II de la Constitución y artículos 8 de la CADH y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como garantía jurisdiccional en el artículo 117.I de la Constitución y como principio procesal en el artículo 180 del texto constitucional, por lo que nos remitimos a los artículos descritos en la «garantía institucional del Debido proceso». Remarcamos el hecho de que el Tribunal Constitucional ha desarrollado la doctrina jurisprudencial de la «Triple Dimensión» desde el mismo plano constitucional esquematizado, es decir como: *i*) Derecho fundamental, *ii*) principio procesal, y *iii*) garantía constitucional.

Precisamente la doctrina contemporánea admite el entendimiento de la triple dimensión del Debido proceso. De tal manera, en este punto específico, podemos contrastar con el criterio de BUSTAMANTE ALARCÓN, quien considera expresamente que «...la importancia del Debido proceso para la protección y tutela de los Derechos fundamentales y del

ordenamiento jurídico en su conjunto, ha dado lugar a que sea considerado como principio general del Derecho, como garantía constitucional y como Derecho fundamental»[1264]. Quedando configurado a través de las tres categorías mencionadas.

Seguido a lo anterior y apoyados en el ordenamiento constitucional, podemos afirmar que el Debido proceso considerado como Derecho fundamental[1265] implica naturalmente que las autoridades jurisdiccionales encuadran sus resoluciones judiciales y actuación judicial en las reglas del ordenamiento jurídico. Seguidamente el Debido proceso concebido como garantía jurisdiccional, constituye un mecanismo jurídico de protección de los Derechos fundamentales. Son derechos que forman parte del Debido proceso, como ser el derecho a la defensa, impugnación, *non bis in ídem*, valoración razonable de la prueba, entre otros, configurando el catálogo de derechos y garantías mínimos del Debido proceso. Por último el Debido proceso concebido como principio procesal supone que dicho instituto jurídico orienta la labor jurisdiccional, por consiguiente las sentencias judiciales deben observar no sólo las normas procesales, sino principalmente los derechos y garantías *conditio sine qua non* no serían justas[1266].

En el caso concreto de Bolivia, debemos puntualizar que el Tribunal Constitucional como órgano de cierre de la justicia ordinaria y constitucional, ha sido quien ha establecido la doctrina jurisprudencial de la «Triple Dimensión», con base a la norma constitucional que lo consagra como derecho, principio y garantía. Lo que implica que la naturaleza del

---

[1264] BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *op. cit., Derechos fundamentales...*, p. 183 y ss.

[1265] En el sentido indicado, debemos manifestar que la mayoría de la doctrina considera que los Derechos fundamentales se nomina a los Derechos humanos que han sufrido una trasposición a los ordenamientos constitucionales, donde han sido positivados, por lo que conforman un valor nuclear en estos órdenes constitucionales, justamente por la salvaguarda de la dignidad humana. En esta tónica DURÁN RIVERA dice «...es frecuente usar de manera indistinta la expresión Derechos fundamentales como Derechos humanos, si bien se los suele usar como términos sinónimos, los Derechos fundamentales constituyen Derechos humanos constitucionalizados, (...) bajo la expresión de Derechos fundamentales se designa a los derechos que se encuentran garantizados por la norma constitucional y, que en cambio, la denominación Derechos humanos, hace referencia a derechos garantizados por normas internacionales, por lo que en lo que concierne a su fuente de producción, los Derechos fundamentales emergen del legislador constituyente y los Derechos humanos, de los Estados y los organismos internacionales...». DURÁN RIVERA, Willman Ruperto, *Principios, Derechos y Garantías Constitucionales*, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2005, p. 99 a 102. Por su parte ROBLES puntualiza: «...una vez que los Derechos humanos o determinados Derechos humanos, son positivados, adquieren la categoría de verdaderos derechos que pueden ser protegidos procesalmente y, por tanto, pasan a ser Derechos fundamentales para un determinado ordenamiento jurídico». ROBLES, Gregorio, *Los Derechos Fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1997, p. 20 y ss. Para profundizar el estudio de los Derechos humanos y su defensa, remitimos a la obra: DE FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel; MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, y GÓMEZ GALÁN, Manuel, *Los derechos humanos en la sociedad global: mecanismos y vías prácticas para su defensa*, CIDEAL, Madrid, 2011.

[1266] Véase a propósito Sentencia Constitucional 0183/2010-R, de 24 de mayo de 2010.

Debido proceso se extrapola y manifiesta como Derecho fundamental, principio procesal y garantía jurisdiccional[1267].

En lo concerniente a los Derechos fundamentales, proclamados así en la Constitución Boliviana, conviene precisar que son de especial y obligada observancia por los poderes públicos y también por la ciudadanía, de conformidad además con la CADH, la DUDH, los Pactos de 1966, así como otros tratados internacionales de naturaleza específica. En este sentido, la Sentencia Constitucional 1756/2011-R, de fecha 7 de noviembre de 2011, estableció en su literalidad que el Debido proceso concebido como Derecho fundamental, no se satisface sólo con el cumplimiento mecánico de las reglas formales, sino que tiene una naturaleza protectora de fondo, que es velar por la realización de la justicia material.

De este modo, prevista inicialmente la naturaleza del Debido proceso, debemos proceder al análisis resumido de la doctrina jurisprudencial de la «Triple Dimensión», bajo cuya órbita constitucional se circunscribe la conceptualización de derecho, garantía y principio del Debido proceso. Para alcanzar este fin, extractaremos las líneas jurisprudenciales más representativas de la materia que venimos tratando.

La Sentencia Constitucional 531/2011-R, de 25 de abril de 2011, estableció que los derechos que componen el Debido proceso, son: el derecho al juez natural, derecho a la igualdad procesal de las partes, derecho a la presunción de inocencia, derecho a la defensa material y técnica, derecho a la motivación y congruencia de las sentencias, derecho a un proceso público, derecho a no declarar contra sí mismo. Por ello, constituyen derechos mínimos reconocidos en los tratados internacionales, que rigen el desarrollo del proceso penal y otorgan seguridad jurídica al encausado. Lista de derechos que no es limitativa, sino que por observancia del Principio de progresividad, se adicionan otros elementos que forman parte del Debido proceso. Prosiguió ésta Sentencia ordenando la consolidación

[1267] Véase la Sentencia Constitucional 1462/13, de 21 de agosto de 2013, de la que extractamos por su importancia en cuanto a la doctrina de la «Triple Dimensión», el siguiente fragmento: «...con relación a su naturaleza jurídica, la SC 0316/2010-R, de 15 de junio, señaló: 'La Constitución Política del Estado en consideración a la naturaleza y los elementos constitutivos del Debido proceso como instituto jurídico y mecanismo de protección de los Derechos fundamentales, lo consagra como un principio, un derecho y una garantía, es decir, la naturaleza del Debido proceso es reconocida por la Constitución en su triple dimensión: como Derecho fundamental de los justiciables, de quien accede reclamando justicia, la víctima y de quien se defiende el imputado. A la vez es un principio procesal, que involucra la igualdad de las partes art. 119.I CPE y una garantía de la administración de justicia, previniendo que los actos del proceso se ceñirán estrictamente a reglas formales de incuestionable cumplimiento».

de la doctrina de la «Triple Dimensión»: *i*) El Debido proceso reconocido como Derecho humano de acuerdo con los tratados internacionales, *ii*) El Debido proceso consagrado como derecho a tenor del artículo 115.II de la Constitución, y *iii*) El Debido proceso dispuesto como Derecho fundamental y garantía jurisdiccional de conformidad con el artículo 117.I de la Constitución. Donde claramente podemos evidenciar que su fuente normativa deviene de la Constitución y de los tratados internacionales sobre Derechos humanos.

De acuerdo con lo anterior, puntualizamos que la línea jurisprudencial comentada ha sido confirmada mediante las Sentencias Constitucionales 1913/2012, de 12 de octubre de 2012; 1483/2014, de 16 de julio de 2014; 1004/2015, de 14 de octubre de 2015; así como 1067/2015, de 16 de noviembre de 2015[1268].

Resulta necesario destacar que el Debido proceso igualmente ha sido configurado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Así el Auto Supremo 230/2014-RRC, de 9 de junio de 2014, determinó que el Debido proceso es un principio, cuya finalidad es garantizar un resultado justo y equitativo. Señaló también que el Debido proceso está conformado por distintos elementos, que representan esencialmente el cumplimiento de los principios, valores, derechos, deberes y garantías consagrados en la Constitución.

Según el Auto Supremo referido, entre los elementos que configuran el Debido proceso se identifican los siguientes: a) el derecho a la defensa, b) el derecho al juez natural, c) la garantía de presunción de inocencia, d) el derecho a ser asistido por traductor o intérprete, e) el derecho a un proceso público, f) el derecho a la conclusión del proceso dentro de un plazo razonable, f) el derecho a recurrir, g) el derecho a la legalidad de la prueba, h) el derecho a la igualdad procesal de las partes, i) el derecho a no declarar contra sí mismo y

[1268] Algunos de los fallos más representativos sobre esta materia fraguados por el Tribunal Constitucional, son: 0086/2010-R, de 4 de mayo de 2010; 0223/2010-R, de 31 de mayo de 2010; 0531/2011-R, de 25 de abril de 2011; 655/2015 S1, de 22 de junio de 2015 y 0708/2015 S2, de 22 de junio de 2015. Tales han manifestado de forma clara e inequívoca que: «...en el ámbito normativo, el Debido proceso se manifiesta en una triple dimensión, pues por una parte, se encuentra reconocido como un Derecho humano por instrumentos internacionales en la materia como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), que conforme el art. 410.II de la CPE forman parte del Bloque de constitucionalidad, y también se establece como un derecho en el art. 115 parágrafo II; al mismo tiempo, a nivel constitucional, se le reconoce como Derecho fundamental y como garantía jurisdiccional, configuración jurídica contemplada ya por el art. 16 de la Constitución Política del Estado abrogada, que se ha mantenido y precisado en el art. 117.I de la Constitución Política del Estado que dispone: 'Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un Debido proceso'».

a no confesarse culpable, j) el derecho a la motivación y congruencia de las resoluciones, k) la garantía del *non bis in idem*, l) el derecho a la valoración razonable de la prueba, ll) el derecho a la comunicación previa de la acusación; m) la concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa, n) el derecho a la comunicación privada con su defensor, y o) el derecho a que el Estado le otorgue un defensor proporcionado por el Estado cuando el imputado no tuviere medios o no nombrare un defensor particular.

El Auto Supremo 277, de 20 de agosto de 2014 estableció que el Debido proceso es un principio, derecho y garantía, por tanto, afirmó que la naturaleza del Debido proceso se manifiesta en la Constitución y en la doctrina jurisprudencial de la «Triple Dimensión», vale decir como: *i*) Derecho fundamental de los justiciables, *ii*) principio procesal, y *iii*) garantía de la administración de justicia. Asimismo ordenó que se debe buscar un proceso justo, respetando los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba. Del mismo modo acatando los Derechos fundamentales, derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo por autoridad alguna, por lo que dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en el ordenamiento jurídico.

5.5. Límite a la aplicación retroactiva de la ley desfavorable

Tras el análisis efectuado subrayamos que el Debido proceso sustantivo comporta que los actos de poder materializados en normas jurídicas, actos administrativos y resoluciones o sentencias judiciales sean respetuosos de los valores superiores, Derechos fundamentales y bienes jurídicamente protegidos. Resaltamos pues que tal dimensión del Debido proceso concretamente se pone de manifiesto en las leyes emitidas por el Órgano Legislativo, que deben enmarcarse en el sentido de la proporcionalidad, observando de modo esquemático los Derechos constitucionales, libertades fundamentales y valor justicia.

Por otra parte el Debido proceso adjetivo tiene la virtud de poseer múltiples garantías en la sustanciación del proceso penal, sólo por mencionar las más sobresalientes: *i*) garantía de presunción de inocencia, *ii*) derecho a ser informado en el idioma del inculpado de las causas de la acusación, *iii*) derecho a un abogado, *iv*) derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, *v*) derecho a la prueba y recurrir la sentencia y *vi*) derecho a la indemnización por error judicial. Pero como hemos tenido la oportunidad de observar, inferimos que esta nómina no constituye un *numerus clausus*, sino más bien apertura la inclusión de derechos

y garantías de otra índole, que tienden a asegurar la base sobre la que se asienta el Debido proceso.

El contexto analizado nos lleva a sostener que el Debido proceso en su faceta sustantiva y adjetiva imposibilita la aplicación retroactiva de la norma penal desfavorable, por lo que en esta materia, debe existir la observancia inexcusable de una ley previa. A esta línea se suma la doctrina jurisprudencial de la «Triple Dimensión», que expresamente prohíbe aplicar retroactivamente la ley penal desfavorable al encausado, por vulnerar justamente el Debido proceso concebido como derecho, principio, garantía y también como Derecho humano en el marco de los tratados internacionales sobre de Derechos humanos. Lo que se interconecta con el Bloque de constitucionalidad reconocido en la Constitución. Todo ello instituye un multinivel ordinamental de protección de la legalidad, irretroactividad y Debido proceso. Evidentemente, el Debido proceso impide la afectación de la garantía de presunción de inocencia y que la tramitación del proceso penal no se desarrolle acorde con las normas procesales y sin sujeción al conjunto de Derechos y garantías estipulados por la Constitución.

A la luz de lo expuesto es posible afirmar que los ordenamientos jurídicos internacional, regional y nacional conforman un bloque común en la materia relativa a la irretroactividad de la ley penal desfavorable. Recordemos pues que lo proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional». Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito» de lo que podemos extraer que el punto nuclear es la salvaguarda de la seguridad jurídica, de la garantía de presunción de inocencia y de la misma libertad en los cánones del Estado Democrático y de Derecho. Estado que en su esencia coexisten dos premisas fundamentales, por las que el legislador no podrá emitir una ley retroactiva y el juzgador tendrá impedimento jurídico constitucional para aplicar, en su caso, retroactivamente la ley penal desfavorable, prueba de ello son las premisas de: legalidad y democracia.

6. RECAPITULACIÓN

A la luz de las Constituciones y Códigos penales bolivianos hemos efectuado el análisis de los principios de legalidad e irretroactividad encuadrados en las garantías política, jurídica e institucional. Precisamos que la garantía política, en caso de ambos principios,

postula que únicamente el legislador tiene potestad para dictar leyes. En cuanto al examen de la garantía jurídica del Principio de legalidad hemos afirmado que comprende cuatro elementos fundamentales: *i*) reserva de ley, *ii*) irretroactividad de ley, *iii*) prohibición de analogía, y *vi*) mandato de taxatividad. Por su parte la garantía jurídica del Principio de irretroactividad comporta la regla de irretroactividad de la ley y la excepción de ésta regla referida a la retroactividad favorable.

Tal y como tuvimos ocasión de observar, las Constituciones bolivianas han reconocido la excepción a la regla de irretroactividad de la ley sólo en dos materias: laboral y penal. De modo que ha llamado nuestra atención que la Constitución de 2009 proclama una tercera excepción a la regla de irretroactividad de la ley relativa a materia de corrupción. Precepto completamente opuesto a los tratados internacionales en materia de Derechos humanos, que prohíben la retroactividad de la ley penal desfavorable en observancia de los principios de legalidad e irretroactividad.

Seguidamente hemos analizado el Debido proceso en lógica de complementariedad con los principios examinados, pues ha sido encuadrado en las garantías política, jurídica e institucional. Con relación a la garantía política del Debido proceso hemos establecido que sólo el Poder Legislativo tiene potestad para emitir leyes. Lo que se ha conectado con el Principio de proporcionalidad. Continuando esta tónica, hemos observado la garantía jurídica del Debido proceso, que contempla las garantías penales del proceso, como es la presunción de inocencia, que impiden la aplicación de la retroactividad de la ley penal desfavorable. Por último, examinamos detalladamente la doctrina jurisprudencial de la «Triple Dimensión», disgregado el Debido proceso como derecho, garantía y principio.

CAPÍTULO IV
LA PREVISIÓN CONSTITUCIONAL DE LA RETROACTIVIDAD PENAL EN EL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO: DISCUSIÓN

SUMARIO. 1.PLANTEAMIENTO GENERAL.- 2. LA PREVISIÓN CONSTITUCIONAL DE LA RETROACTIVIDAD PENAL EN BOLIVIA.- 2.1. El artículo 123 de la Constitución Política del Estado.- 2.2. La repercusión del artículo 123 en el ordenamiento jurídico boliviano.- 2.2.1. *El Código Penal*.- 2.2.2. *El Código de Procedimiento Penal*.- 2.2.3. *Leyes especiales de naturaleza penal*.- 3. LEY DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO E INVESTIGACIÓN DE FORTUNAS, LEY «MARCELO QUIROGA SANTA CRUZ».- 3.1. Naturaleza y contenido.- 3.2. Posición en el sistema jurídico.- 3.3. Experiencia práctica en la aplicación de la ley retroactiva desfavorable: casuística localizada en torno a la Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz».- 4. ¿ANTINOMIA JURÍDICA?- 5. LÍMITES Y GARANTÍAS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.- 5.1. El Sistema Internacional general.- 5.2. El Sistema Internacional regional.- 5.3. El Bloque de constitucionalidad y el Control de convencionalidad.- 6. ¿ES POSIBLE EL CONTROL CONVENCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO?- 7. ¿ES NECESARIA UNA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO?- 8. LA VÍA DE REFORMA CONSTITUCIONAL.- 9. LA PREVISIÓN DE LA RETROACTIVIDAD PENAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS AMERICANOS: MARCO COMPARADO.- 10. RECAPITULACIÓN.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El objetivo de este Capítulo será analizar la retroactividad penal contenida en el artículo 123 *in fine* de la Constitución de Bolivia. Para ello resultará de máxima importancia detenerse en el análisis de la *Ley de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas* «*Marcelo Quiroga Santa Cruz*», pues se sustenta en dicho precepto constitucional. Continuaremos resaltando la casuística localizada en torno a la retroactividad de la ley penal en materia de corrupción por medio del estudio de casos paradigmáticos materializados en el marco práctico del Derecho boliviano.

Cobra importancia en este estadio, y constituye el elemento sustancial de este trabajo, la cuestión referida a la posible existencia de antinomia jurídica entre las normas del orden jurídico nacional y el orden jurídico internacional. En mérito a ello, continuaremos aplicando la teoría monista bajo el fundamento de que no existen contradicciones lógicas

en el sistema, por lo que ante una eventual oposición entre ambas normas corresponderá aplicar el Principio *pro persona*.

Para concluir el presente Capítulo, trataremos de determinar si la Constitución puede ser, o no, objeto de control de convencionalidad. Continuando esta tónica analizaremos una posible reforma del artículo 123 *in fine* de la Constitución, enmarcado siempre en los presupuestos del Estado Democrático y de Derecho. Cuadro que, indefectiblemente, en su caso, nos conducirá a proponer la vía de reforma que consideremos adecuada.

2. LA PREVISIÓN CONSTITUCIONAL DE LA RETROACTIVIDAD PENAL EN BOLIVIA

Analizadas las líneas jurídicas en materia de irretroactividad de la ley penal desfavorable procede continuar revisando dicho instituto jurídico a nivel constitucional y la incidencia que ha presentado en el ordenamiento jurídico boliviano en el caso específicamente del Código penal, Código de procedimiento penal y leyes especiales de naturaleza penal. Así comprobaremos en términos fácticos esta problemática desde distintas perspectivas del Derecho, pero tomaremos en consideración especialmente tres ámbitos, tales son: penal, constitucional e internacional.

Trataremos de plasmar una idea del ordenamiento jurídico constitucional que lo sustenta desde la dimensión del Derecho boliviano, al hilo de estas variantes podremos determinar la experiencia práctica de la normativa que ha desarrollado la retroactividad desfavorable y atenderemos casos concretos de la realidad jurídica y social boliviana, clarificando que aparecieron en la palestra judicial a partir de la vigencia de la Constitución de 2009. Que es precisamente lo que cuestionamos en torno al contenido literal del artículo 123 de la Carta fundamental, como bien tendremos a exponer.

Para lograr este objetivo propuesto nos apoyamos en la visión aportada en los primeros capítulos puesto que al abordar teóricamente la problemática planteada y contrastarla con la información que poseemos, en definitiva se podrá extraer múltiples conclusiones muy esclarecedoras de la materia que venimos analizando.

Trazado anteriormente el esquema relativo a los principios de legalidad e irretroactividad y Debido proceso, se debe consecuentemente abordar el tratamiento que se destina a la retroactividad penal. Lo que nos conducirá a establecer si el ordenamiento constitucional

boliviano se encuadra en la legalidad y respeto de los Derechos fundamentales, en lo que constituye los márgenes del Estado Democrático y de Derecho.

En esta misma línea, determinados los resultados de la problemática planteada y tomando en cuenta toda la materia examinada, podremos extraer una secuencia de conclusiones, que una vez alcanzadas habríamos llegado a la finalización del presente estudio.

2.1. El artículo 123 de la Constitución Política del Estado

Iniciamos este apartado señalando que la Constitución de 2009 dispone expresamente en el artículo 123 que: «La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución». De la misma forma que hemos determinado en capítulos anteriores, las Constituciones bolivianas únicamente admitieron excepciones concretas al Principio de irretroactividad de la ley. De modo que se materializó en dos supuestos: *i*) en materia laboral, a favor de los trabajadores y *ii*) en materia penal, cuando beneficie al procesado o penado.

No obstante, tras la consecución del proceso constituyente boliviano y la aprobación de la Constitución de 2009, que obviamente abrogó la Constitución de 2004, llama nuestra atención que se introdujo una tercera excepción al Principio de irretroactividad de la ley, contenida en el artículo 123 *in fine*: «...en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado». Es más, a nuestro juicio, se reconoció por demás una cuarta excepción a éste principio provocando ciertamente una *legitimum incertitudinem* en la parte que textualmente reza: «...y en el resto de los casos señalados por la Constitución». Por ello, remitimos al análisis efectuado en el capítulo I, en el que comprobamos que existen dudas fundadas[1269] sobre

[1269] Se habrían materializado varias violaciones al redactar y aprobar el texto constitucional de 2009. En tal sentido, LAZARTE señala: «Violaciones al Reglamento General de la Asamblea Constituyente; Violación a la Ley 3728 (que ampliaba el plazo legal de la Asamblea Constituyente; Violación a la Constitución Política y Violaciones adicionales». LAZARTE ROJAS, Jorge, *op. cit.*, *Reforma del...*, p. 21 a 24. Por su parte MESA GISBERT sostiene: «¿Es posible concebir el funcionamiento democrático del país única y exclusivamente sobre los valores republicanos clásicos? La respuesta parecería obvia si leemos la Constitución de 2009, pero no lo es. La nueva Carta Magna, igual que la anterior, no ha logrado cerrar la brecha existente entre

una falta de legalidad y legitimidad en la aprobación de la Constitución Política de 2009 tanto por los vicios en el procedimiento de aprobación del texto constitucional como por la inexistencia de consenso para aprobar el nuevo texto en su estación en grande y en detalle.

Pero también la retroactividad de la ley penal en materia de corrupción, recogida en la Constitución de 2009, ha provocado un alejamiento del Estado de Derecho. Por lo demás, atendiendo especialmente al sentido propio y exacto de la Carta constitucional podemos constatar que la misma no recoge literalmente la palabra Estado de Derecho, sino Estado Plurinacional, a diferencia de anteriores Constituciones, como la del año 2004. Es así que, la conceptualización plurinacional no siempre resulta compatible con el acatamiento del *imperium* de la ley[1270]. Ejemplo paradigmático de ello constituye precisamente la tensión binómica: plurinacionalidad/legalidad.

En este contexto el Principio de legalidad forma parte ínsito del Estado de Derecho, por lo que su fuente única de producción es la ley, cuyos atributos son: *stricta*, *scripta*, *praevia* y *certa*. ROXIN indica expresamente que un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Por tanto, se refiere a los límites que debe existir a la potestad punitiva del Estado, para que el ciudadano no quede a merced del «Estado Leviatán»[1271]. Subraya, según los parámetros que precisa, que los instrumentos de protección que ofrece el Estado de Derecho a los individuos que sufren una amenaza por las sanciones, radica esencialmente en el Principio de legalidad, que tiene por función impedir una punición arbitraria y no calculable basada en una *ley retroactiva*[1272]. En esta línea se posiciona MAGGIORE, para quien el Estado de

---

Estado y sociedad y no ha logrado incorporar valores comunes aceptada por todos en la dirección de un horizonte compartido por un proyecto que sintamos todos como propio. La Constitución Política del Estado propone una inteligente combinación de valores acuñados por Bolivia a lo largo de su historia, esto es su raíz conceptual republicana nacida a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, con largas tradiciones de forma de vida en comunidad que datan del periodo prehispánico, pero esas premisas no han reordenado a la sociedad de tal modo que ésta se sienta representada y esté dispuesta a acatar las normas en actual vigencia. Curiosamente, no basta con tomar elementos de los tres periodos (prehispánico, colonial y republicano) para lograr la receta adecuada, hay que entender que la superposición, contradicción y absorción de diferentes componentes de los tres momentos mencionados, ha dado como resultado una realidad distinta que requiere de mayor elaboración. Esa elaboración debe aceptar que Bolivia funciona con rasgos de organización de cuerpo que -fascismo mediante- cuesta mucho aceptar como componentes de una democracia genuina, en otras palabras, la idea de ciudadanía individual y comunitaria es importante pero insuficiente, (...) es el gran desafío para la reformulación de las bases constitucionales del país». DE MESA GISBERT, Carlos, *op. cit.*, *Bolivia 1982*..., p. 141 y 142.

[1270] Véase en el sentido comentado la Sentencia Constitucional 0112/2012, de 27 de abril de 2012.

[1271] ROXIN, Claus, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 137.

[1272] *Ibidem*.

Derecho, es el Estado sometido al Derecho, ligado y limitado por la ley que él mismo ha dado. Así puntualiza que el Estado por más dueño de modificar o abrogar una determinada ley, debe obediencia, mientras ella exista, como los ciudadanos y sus órganos no pueden obrar sino dentro de los límites que la ley señala[1273]. Tomando en cuenta tales posiciones doctrinales podemos observar que el cambio de modelo de Estado asumido en Bolivia, ha sido crucial respecto a la vigencia del Estado de Derecho, por cuanto reconoce el carácter plurinacional como hecho fundante básico del Estado. Que pretende instaurar una concepción del Derecho boliviano en la que termina anteponiéndose lo cultural a la legalidad[1274].

Por último, destacamos que el artículo 33 de la Constitución abrogada disponía que la ley sólo tiene efecto para lo venidero y no así retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente. De donde se puede sustraer que uno de los principios más elementales que rigen la aplicación de la ley es el Principio de irretroactividad, que significa que la ley no debe tener efectos hacia atrás en el tiempo, sino que sus efectos sólo operan después de su promulgación. Por ello, afirmamos que dicho principio ha sido consagrado parcialmente en el artículo 123 de la Constitución de 2009.

2.2. La repercusión del artículo 123 en el ordenamiento jurídico boliviano

Como se señalaba anteriormente, la retroactividad de la ley en materia de corrupción se encuentra dispuesta en el artículo 123 *in fine* de la Constitución vigente. Haremos frente al análisis que mostrará los principios de legalidad e irretroactividad de la ley contenidos en el Código penal, Código de procedimiento penal y Ley de ejecución penal. Lo que nos debe permitir comprender exactamente la interconexión entre éstos Códigos. Tomamos en consideración que los tres Códigos referenciados líneas arriba tienen en común que su aprobación y entrada en vigor ha sido anterior a la vigencia de la Constitución de 2009.

[1273] MAGGIORE, Giuseppe, *op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 14.
[1274] Ejemplo paradigmático de ello ha sucedido en ocasión de que un magistrado del Tribunal Constitucional de origen indígena pretendió fraguar una Sentencia Constitucional acudiendo a la hechicería por medio de la lectura de la hoja de coca (tradición cultural), antes que someterse al imperio de la ley y obediencia de la Constitución. Tal magistrado justificaba su posición apelando a que la cultura reconocida en la Constitución lo permitía. Debemos recordar que este hecho se registró luego de posesionarse la primera magistratura del Tribunal Constitucional Plurinacional (2011).

Así localizaremos una discordancia entre los preceptos de los Códigos nombrados y el artículo 123 de la Carta constitucional.

A continuación nos detendremos brevemente en el análisis de los tres Códigos, con el objetivo de observar sus disposiciones relativas al Principio de irretroactividad de la ley. No obstante, queremos indicar expresamente que la influencia decisiva del artículo 123 ha sido en la Ley de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas, Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz». Esta ley será ampliamente examinada en el apartado 3 del presente capítulo. Por tanto, los Códigos penal, procesal y de ejecución de penas se encuentran exentos de dicha influencia por el factor de temporalidad.

2.2.1. *El Código penal*

Partiremos de forma lógica del artículo 123 de la Constitución de 2009, que literalmente ordena: «La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución». Los postulados que sirven de base para el tratamiento de la irretroactividad de la ley constituyen principalmente las dos excepciones al Principio de irretroactividad: materia penal y laboral. Por tanto, a nuestro juicio, la tercera excepción manifestada en materia de corrupción constituye un precepto *sine iure* porque carece de legitimidad.

La irretroactividad de la ley se encuentra tratada en la Constitución de 2009, pero también se encuentra convenientemente dispuesta en el Código penal boliviano, Ley 1768, de 11 de marzo de 1997, en el Libro Primero, Titulo I dedicado a La Ley penal, Capitulo Único de las Reglas para su aplicación de acuerdo con lo estipulado en el artículo 4:[1275] «Nadie podrá ser condenado o sometido a medida de seguridad por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni

[1275] Artículo 47 Código penal «Régimen penitenciario»: «Las penas se ejecutarán en la forma establecida por el presente Código y la ley especial para la aplicación del régimen penitenciario». Artículo 70 Código penal «*Nulla poena sine juditio*»: «Nadie será condenado a sanción alguna, sin haber sido oído y juzgado conforme al Código de Procedimiento Penal. No podrá ejecutarse ninguna sanción sino en virtud de sentencia emanada de autoridad judicial competente y en cumplimiento de una ley, ni ejecutarse de distinta manera que la establecida en aquella».

sujeto a penas o medidas de seguridad penales que no se hallen establecidas en ella. Si la ley vigente en el momento de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al dictarse el fallo o de la vigente en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más favorable. Si durante el cumplimiento de la condena se dictare una ley más benigna, será esta la que se aplique. No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, las leyes dictadas para regir sólo durante un tiempo determinado se aplicarán a todos los hechos cometidos durante su vigencia».

A tenor de éste precepto resaltamos que el Código penal boliviano estipula que ninguna persona puede ser condenada penalmente por un hecho que no se contempla como delito por la ley penal vigente al tiempo en que se perpetró. En este mismo orden, subrayamos que el legislador ha dispuesto expresamente la retroactividad favorable de la ley penal.

2.2.2. *El Código de procedimiento penal*

Junto a estos mandatos de la legislación penal ordinaria, debemos comentar sucintamente aquellas disposiciones contenidas en el Código de procedimiento penal, Ley 1970, de 25 de marzo de 1999. Aclarando que si bien no se regula la irretroactividad, por otra parte sí se ordena la legalidad penal, pues recordemos que ambos principios se encuentran íntimamente ligados. Se determina en la Parte I, Parte general, Libro I de los Principios y disposiciones fundamentales, Título I destinado a las Garantías constitucionales conforme al artículo 1: «Nadie será condenado a sanción alguna si no es por sentencia ejecutoriada, dictada luego de haber sido oído previamente en juicio oral y público, celebrado conforme a la Constitución, Convenciones y Tratados Internacionales vigentes y este Código» y en la misma tónica el artículo 2 establece: «Nadie será juzgado por comisiones o tribunales especiales ni sometido a otros órganos jurisdiccionales que los constituidos conforme a la Constitución y a la ley, con anterioridad al hecho de la causa».

De nuevo localizamos la legalidad penal en el Código de procedimiento penal, por lo que ordena expresamente que ninguna persona puede ser sancionada, si no es a través de una sentencia ejecutoriada, emitida después de haber sido oída previamente en juicio oral y público. En este sentido, resaltamos que los tribunales deben constituirse, sin excusa, con anterioridad al juzgamiento de la causa.

2.2.3. *Leyes especiales de naturaleza penal*

Completamos el análisis con la referencia de la irretroactividad en la Ley de ejecución penal y supervisión, Ley 2298, de 20 de diciembre de 2001, bajo la clarificación de que no se reconoce ninguna disposición expresa sobre la irretroactividad de la ley penal, no obstante se regula el Principio de legalidad. Se localiza en el Título I de los Principios y Normas Generales, Capítulo I dedicado a los Principios y Garantías de conformidad con el artículo 2: «Ninguna persona puede ser sometida a prisión, reclusión o detención preventiva en establecimientos penitenciarios, sino en virtud de mandamiento escrito emanado de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por causales previamente definidas por Ley. La privación de libertad obedece al cumplimiento de una pena o medida cautelar personal, dispuesta conforme a ley...». Seguidamente en el Título IV Régimen Disciplinario, Capítulo I destinado a las Disposiciones Generales conforme a lo estipulado en el artículo 119: «No hay infracción ni sanción disciplinaria, sin expresa y anterior previsión legal o reglamentaria impuesta por autoridad competente...».

De acuerdo con lo anterior, subrayamos que la Ley de ejecución de penas determina que toda prisión, reclusión o detención debe sustentarse en un mandamiento escrito librado por autoridad judicial competente, y por las causales previamente definidas por la ley. En este mismo contexto afirma que no existe infracción ni sanción disciplinaria impuesta a una persona, sin una anterior previsión legal, decretada por autoridad competente.

Finalmente, de los preceptos del Código penal, Código de procedimiento penal y Ley de ejecución penal, se manifiesta con absoluta certeza que el Principio de irretroactividad se desprende del Principio de legalidad en su vertiente procesal, comprendido como garantía jurisdiccional. En este sentido, garantiza que ninguna persona pueda ser sancionada sino en virtud de un proceso desarrollado de plena conformidad con las reglas establecidas en el procedimiento. Además implica el respeto de las garantías dispuestas por la ley. A esta misma línea añadimos el Auto Supremo 276/2014-RRC, de 27 de junio de 2014, que determinó expresamente: «...el Principio de legalidad se concibe en la máxima: *nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege*» por lo que el delito y la pena deben describirse *ad litteram* en una ley anterior a la perpetración del hecho catalogado como delito[1276].

[1276] Véase en el sentido expuesto el Auto Supremo 276/2014-RRC, de 27 de junio de 2014: «...el principio de legalidad en su vertiente procesal (garantía jurisdiccional), tiende a garantizar que nadie pueda ser

3. LEY DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO E INVESTIGACIÓN DE FORTUNAS, LEY «MARCELO QUIROGA SANTA CRUZ»

Procede en este apartado analizar la naturaleza y contenido de la Ley de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas «Marcelo Quiroga Santa Cruz», Ley 004, de 31 de marzo de 2010. Norma de aplicación nacional que admite y desarrolla la retroactividad de la ley en materia de corrupción a partir lógicamente de la viabilidad contenida en el artículo 123 *in fine* de la Carta constitucional. De manera que podremos observar que en el ordenamiento jurídico boliviano se reconoce la aplicación retroactiva de la ley en contraposición a los cánones de protección de Derechos humanos, instituidos ciertamente en el Derecho internacional de los Derechos humanos.

3.1. Naturaleza y contenido

En cuanto a la naturaleza de la Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz» cabe precisar que la estructura del sistema jurídico boliviano se consagra en el artículo 410 de la Constitución del siguiente modo: «...la aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: (...) 3. Las leyes nacionales...». En virtud de ello, se distingue las relaciones de las leyes entre sí: *i*) leyes aprobadas por dos tercios de votos, es decir aquellas que cumplen con el procedimiento legislativo establecido a tal efecto y *ii*) leyes aprobadas por mayoría absoluta, para las que nos remitimos a lo establecido en el artículo 163.4 de la Constitución, cuyo tenor literal expresa: «Cuando el proyecto haya sido informado por la comisión o las comisiones correspondientes, pasará a consideración de la plenaria de la Cámara, donde será discutido y aprobado en grande y en detalle. Cada aprobación requerirá de la mayoría absoluta de los miembros presentes». Básicamente podemos afirmar que la Constitución ordena, por regla, que las leyes serán aprobadas por mayoría absoluta, exceptuándose las

sancionado sino en virtud de un proceso desarrollado conforme a las reglas establecidas en el procedimiento en cuestión, en el que se respeten las garantías establecidas por ley, (...) el principio de legalidad en su vertiente penal (sustantiva), prohíbe que una conducta, por reprochable que parezca y por mucho que lesione un derecho, pueda conceptuarse como falta o delito, si la ley no la describe de manera taxativa como tal (...). La realización material del principio de legalidad también viene condicionada por la forma como se encare el proceso de subsunción de la conducta en el tipo descrito por la norma sancionadora; pues, todo el andamiaje que importan las garantías formales, quedarían reducidas a la nada, si fuera conforme a derecho, aplicar un precepto distinto, al de la conducta atribuida o imputada. En consecuencia, el Estado no puede castigar una conducta que no está descrita ni penada por la ley, cimentándose una doble garantía: por una parte, todas las personas conocen el ámbito de lo permitido y prohibido y, por la otra, el delincuente no puede ser castigado más que por las acciones legalmente descritas y sólo con la pena correspondiente».

leyes que por su naturaleza deben aprobarse por dos tercios de votos de los presentes y que dada la forma de su aprobación siempre tienden a afianzar mayor fuerza jurídica que las leyes ordinarias.

Al hilo de lo anterior, la Constitución dispone expresamente que las leyes aprobadas por dos tercios de votos son tres, a saber: *i*) las leyes expresas levantando la prohibición de asentamiento de extranjeros en la zona de seguridad fronteriza de conformidad con el artículo 262.I «Constituye zona de seguridad fronteriza los cincuenta kilómetros a partir de la línea de frontera. Ninguna persona extranjera, individualmente o en sociedad, podrá adquirir propiedad en este espacio, directa o indirectamente, ni poseer por ningún título aguas, suelo ni subsuelo; excepto en el caso de necesidad estatal declarada por ley expresa aprobada por dos tercios de la Asamblea Legislativa Plurinacional...», *ii*) la Ley Marco de Autonomías y Descentralización según el tenor del artículo 271.II: «La Ley Marco de Autonomías y Descentralización será aprobada por dos tercios de votos de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional», y *iii*) la Ley de reforma parcial de la Constitución según la disposición contenida en el artículo 411.II: «La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional...».

En efecto, las leyes aprobadas por dos tercios de votos, por un lado, tienen mayor fuerza jurídica que las leyes aprobadas por mayoría absoluta (leyes ordinarias). Por otra parte, las leyes ordinarias que legislan las materias sujetas al procedimiento de votación por dos tercios resultan inconstitucionales por infringir los preceptos de reserva del procedimiento en cuestión. En virtud de ello, señalamos que la ley rige para todo el territorio nacional conforme a lo estipulado en el artículo 145 de la Constitución: «La Asamblea Legislativa Plurinacional está compuesta por dos cámaras, la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, y es la única con facultad de aprobar y sancionar leyes que rigen para todo el territorio boliviano».

Por tanto, a la luz de lo analizado podemos manifestar que la Ley 004, de 31 de marzo de 2010 «Marcelo Quiroga Santa Cruz» es una ley ordinaria, al haber sido aprobada por mayoría absoluta de votos, siguiendo el procedimiento dispuesto constitucionalmente a tal efecto. De modo que, no es una ley aprobada por dos tercios de votos, que como hemos

visto son las leyes de: *i*) Levantamiento de la prohibición de asentamiento de extranjeros en la zona de seguridad fronteriza, *ii*) Marco de Autonomías y Descentralización, y *iii*) Reforma Constitucional. En definitiva, la Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz»[1277] al haber sido aprobada por la Asamblea Legislativa Plurinacional y no formar parte del acervo de las Entidades Territoriales Autónomas resulta ser una ley reservada al nivel nacional de gobierno y no a los niveles departamentales o municipales. Por ello, en estos márgenes rige para todo el territorio nacional.

Ahora bien, prevista inicialmente la naturaleza de la Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz», debemos proceder al análisis del contenido de la misma. En consecuencia, observamos que se trata de una norma no muy extensa por cuanto consta de 4 Capítulos, 40 artículos, una Disposición Derogatoria, dos Disposiciones Transitorias, así como dos Disposiciones Finales[1278].

En lo relativo al término «corrupción», éste proviene de la palabra latina *corruptio*, que significa decadencia moral, putrefacción, podredumbre o comportamiento malvado. Por

[1277] El contenido de la ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz» puede describirse de acuerdo con las siguientes notas: *i*) El objetivo de la ley es establecer mecanismos y procedimientos para prevenir, investigar, procesar y sancionar, actos de corrupción cometidos por servidores públicos, ex servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, y otras personas que comprometan o afecten recursos del Estado, así como recuperar el patrimonio del Estado; *ii*) En su ámbito personal, se aplica a servidores y ex servidores públicos de todos los Órganos del Estado, sus entidades e instituciones, en todos los niveles de gobierno. Así como, otras instituciones como Ministerio Público, Procuraduría General del Estado, Defensor del Pueblo, Banco Central de Bolivia, Contraloría General del Estado, Universidades, Fuerzas Armadas y Policía Boliviana. En el mismo sentido, entidades u organizaciones en las que el Estado tenga participación patrimonial, independientemente de su naturaleza jurídica. Y privados que causen daño económico al Estado. No reconoce inmunidad, fuero o privilegio alguno, debiendo ser de aplicación preferente; *iii*) El Consejo Nacional de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito y Legitimación de Ganancias Ilícitas está conformado por el Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha Contra la Corrupción, Ministerio de Gobierno, Ministerio Público, Contraloría General del Estado, Unidad de Investigaciones Financieras, Procuraduría General del Estado y Representantes de la Sociedad Civil Organizada. Entre sus atribuciones se encuentra: proponer, supervisar y fiscalizar políticas, evaluarlas, elaborar el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción. Así mismo, no tiene atribuciones de investigación, juzgamiento o persecución penal; *iv*) Creación de Tribunales y Juzgados anticorrupción para resolver procesos penales en materia de corrupción y delitos vinculados; *v*) Ampliación de las atribuciones de la Unidad de Investigaciones Financieras, para realizar actividad de inteligencia financiera y patrimonial, sobre presuntos hechos o delitos de corrupción; *vi*) Modificación del Código de procedimiento penal respecto de los delitos de corrupción, así los juicios pueden continuar si el acusado huye y es declarado rebelde, nombrando defensor de oficio; y *vii*) La retroactividad al estar reconocida en la Constitución Política del Estado, no amerita reglamentación.

[1278] La Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz» está compuesta por 40 artículos, Disposición Derogatoria Única, Disposiciones Transitorias Primera y Segunda, Disposiciones Finales Primera y Segunda. Éstos artículos se agrupan en cuatro capítulos, que son: Capítulo I «Disposiciones Generales» arts. 1 a 5; Capítulo II «De las Entidades encargadas de la Lucha contra la Corrupción» arts. 6 a 23; Capítulo III «Delitos de Corrupción» arts. 24 a 35; y Capítulo IV «Inclusiones y modificaciones al Código de Procedimiento Penal, Código Civil y Ley Orgánica del Ministerio Público» arts. 36 a 40.

su parte el Diccionario de la Real Academia Española, define el término «corrupción» en su primera acepción como «Acción y efecto de corromper o corromperse». Pero además en su cuarta acepción significa lo siguiente: «En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho económico o de otra índole, de sus gestores»[1279]. Y añadimos que el término «corrupción» desde el punto de vista moral implica: «el deterioro o decadencia moral; perversión o destrucción de la integridad en el cumplimiento de los deberes públicos por cohecho o clientelismo»[1280]. Elementos todos presentes en la palabra «corrupción» que es objeto de análisis en el marco de la Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz».

SABÁN GODOY lleva a cabo una aproximación a la delimitación conceptual de corrupción afirmando que: «Es la utilización de un poder otorgado por un tercero para el interés personal del cesionario, interés distinto del que persigue el titular del poder cedido. En el caso de la pública, es la utilización de potestades públicas para el interés privado cuando éste difiere del general a que toda actuación pública se debe por mandato del precepto constitucional mencionado»[1281]. A esta línea subraya que «toda conducta corrupta es una conducta ilegal y ello por oponerse siempre al tenor de la ley. También es preciso afirmar que los términos de corrupción y su antagónico de honradez sólo tienen cabida, tal y como los concebimos, dentro de un sistema prefijado de normas a las que se subordina la conducta pública»[1282]. Recordemos que a nivel internacional, se celebró la Convención

---

[1279] Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, disponible a través del enlace: https://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n?m=form (Fecha de consulta: 6-8-18).

[1280] Oxford English Dictionaty, 1978, p. 1024 y 1025.

[1281] SABÁN GODOY, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991, p. 16.

[1282] SABÁN GODOY, Alfonso, *op. cit., El marco...*, p. 17 y 18. Pero más allá de la corrupción en ámbito público también visibilizamos la corrupción en ámbito privado. En cuanto a este punto específico, FOFFANI considera expresamente: «En Italia, sin embargo, la corrupción tradicionalmente se ha considerado siempre como un delito típico y exclusivo del sector público: los varios tipos penales que el Código Penal destina a reprimir este fenómeno delictivo (arts. 317 a 332 ter CP) presuponen que una de las partes del intercambio ilícito que constituye el núcleo esencial de la infracción penal -es decir, aquel que pretende o recibe la dádiva o la promesa de dinero u otro favor- debe ser un sujeto que pueda ser considerado 'funcionario público' o 'encargado de un servicio público', según los criterios establecidos por los artículos 357 y 358 CP. Sin embargo, la praxis jurisprudencial de los últimos años, sobre todo en la época de los procesos llamados de 'tangentópolis' o 'manos limpias', ha mostrado una marcada tendencia a interpretar los requisitos constitutivos de esta calificación del sujeto en términos muy extensivos hasta el punto de reconducir dentro del ámbito de eficacia de los tipos de corrupción (y de otros delitos que regulan penalmente la actividad pública de la Administración Pública) también a algunos sectores de actividad económica privada: se ha considerado, por ejemplo, que constituía corrupción el pago de sumas de dinero ('tangenti') a los administradores de una sociedad constituida para la gestión, en régimen de concesión pública, de la construcción de las obras necesarias para la puesta en marcha de una línea de Metro...». Véase en FOFFANI, Luigi, «La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado», *Revista penal*, núm. 12, Madrid, 2003, p. 64.

Interamericana contra la Corrupción, ratificada por Bolivia mediante Ley 1743, de 15 de enero de 1997, así como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, ratificada por Bolivia mediante Ley 3068, de 15 de enero de 1997.

En esta tónica debemos resaltar que la Ley de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas «Marcelo Quiroga Santa Cruz», Ley 004, de 31 de marzo de 2010[1283] se cataloga como una norma vinculada a la teoría del Derecho penal del enemigo[1284]. Entre algunos autores que podemos destacar en orden a esta materia, se encuentra FERRAJOLI, quien indica expresamente: «...pues la concepción del terrorista, del delincuente como enemigo tiene capacidad bastante para arrollar todas las garantías del Derecho penal, desde el principio de legalidad al de culpabilidad, desde la presunción de inocencia hasta la carga de la prueba y los derechos de la defensa. Así las cosas, conviene distinguir dos significados, dos usos diversos de esta fórmula: a) uno de tipo empírico-descriptivo; descriptivo, entiéndase bien, de una perversión del Derecho penal, es decir, de prácticas punitivas y represivas -viendo en las jaulas de Guantánamo o en las torturas de Abu Ghraib- que se cubren con el manto del Derecho penal y son, por el contrario, su negación; y b) otro significado, podría decirse, de tipo teórico, merced al cual 'el Derecho penal del enemigo' resulta presentado o recomendado como un nuevo 'paradigma', un nuevo 'modelo', como tal normativo, de Derecho penal»[1285].

[1283] Cabe puntualizar que en el ámbito nacional se creó el Viceministerio de Transparencia y Lucha Contra la Corrupción, dependiente del Ministerio de Justicia, con las facultades reconocidas por la Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz». En este marco normativo se designó Fiscales anticorrupción, cuya labor específica ha sido la investigación de delitos de corrupción.

[1284] En cuanto a este punto AÑEZ NÚÑEZ afirma: «La Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas (Ley 004 de 31 de marzo de 2010) nace con ciertos matices, vinculada a la cuestionada y rebatida teoría de Günther Jakobs (1985) sobre Derecho penal del enemigo...». AÑEZ NÚÑEZ, Ciro, *Los Delitos de Corrupción*, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2013, p. 25. Localizamos así en la reciente historia contemporánea aquellas doctrinas iusfilosóficas que se consideran el precedente del denominado Derecho penal del enemigo, cuyo antecedente directo constituye el Derecho nacionalsocialista. Ésta investigación jurídica se atribuye a MUÑOZ CONDE, autor que de forma documentada ha develado aquella justificación iusfilosófica contenida en la política nacionalsocialista de la época nazi, descubriendo a su principal autor: Mezger. Para seguir profundizando en este estudio véase las obras de: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *La lista de Schindler. Abismos que el Derecho difícilmente alcanza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. En esta línea destaca WALZER, autor que ha elaborado lo que denomina como «doctrina de la emergencia suprema» puesta al servicio de la «teoría de la guerra justa» que paradójicamente según el propio autor «lleva implícita una teoría de la paz justa». Éstas formulaciones encuentran su sostenimiento jurídico en la «teoría del enemigo» que autoriza al Estado, a través de un Derecho penal especial, para poder sustraer de forma preventiva a todas aquellas personas de la barrera de garantías que suponen los Derechos fundamentales. Véase con especial atención la obra: WALZER, Michael, *Terrorismo y Guerra Justa*, Kazt, Buenos Aires, 2008, p. 68 y 69.

[1285] FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2010, p. 236. Por su parte Jakobs admite que el Derecho penal del enemigo se encuadra en unas reglas diferentes del Derecho penal estatal y asume

PORTILLA CONTRERAS afirma, criticando la teoría del Derecho penal del enemigo, que: «...si el Derecho penal de ciudadanos se sujeta a un proceso penal garantístico, en qué términos quedará concretada la notoria restricción a que se somete el contenido del Derecho penal de enemigos»[1286] y precisamente añade «En otras palabras, ¿qué significa, en puridad, un Derecho penal del enemigo? Jakobs lo ha resumido en virtud de las siguientes directrices; de un lado, un adelantamiento de la punición equivalente al estatus de un hecho consumado, sin que suponga, por tanto, una reducción de la pena; de otro, la transición de un Derecho penal a una legislación de lucha que implica la reducción de las garantías procesales. Junto a ello, Jakobs descarta otra alternativa al Derecho penal del enemigo, pues se trata de una guerra...»[1287].

Por su parte MUÑOZ CONDE sobre la teoría del Derecho penal del enemigo, subraya que: «1.Se trata de un Derecho penal excepcional, derogador de los principios básicos del Derecho penal liberal clásico, así como de los principios básicos del Derecho penal de un Estado de derecho. 2. Se muestra como un Derecho penal que recuerda al Derecho penal de autor que propugnaron los penalistas nazis para el cual, el hecho penal no es lo relevante, sino lo es, la peligrosidad del autor. 3. Se trata de un régimen de dureza extrema. 4. Es una construcción valorativamente ambigua, pues lo mismo vale para un sistema democrático como para uno totalitario. 5. No genera seguridad cognitiva, sino solamente normativa, puesto que ningún sistema puede garantizar la seguridad total»[1288].

De acuerdo con lo anterior es posible afirmar que la teoría del Derecho penal del enemigo se opone a los preceptos fundamentales que sustentan el Estado Social y Democrático de Derecho y, por consiguiente, conlleva la negación de la teoría de los Derechos humanos.

---

la incertidumbre que efectivamente se trate de una rama jurídica al cuestionarse su naturaleza como Derecho. Concuerda con esta idea también DONINI, véase en tal sentido la obra: DONINI, Massimo, «*Diritto penale di lotta vs. Diritto penale del nemico*», *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, a cura di GAMBERINI A-ORLANDI R., Monduzzi, Bologna, 2007. Asimismo sobre la teoría del Derecho penal del enemigo y los argumentos expuestos en torno a ella que representan la escisión del Derecho penal consúltese: JIMÉNEZ RUIZ, Juan Luis, «Reflexiones sobre política y Derecho: ¿la política del enemigo como Derecho en la globalización?, *Nuevo Foro Penal*, núm. 75, p. 106 y ss.

[1286] PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal penal del enemigo», *Jueces para la Democracia*, núm. 49, 2004, p. 44.

[1287] *Ibidem*.

[1288] MUÑOZ CONDE, Francisco, «De nuevo sobre el derecho penal del enemigo», *Claves de Derecho Penal*, núm. 5, 2005, p. 15 y ss.

Asimismo emprende una ofensiva al propio concepto de «dignidad humana». Dicha teoría evidentemente no podría ser contenida en los márgenes de los sistemas democráticos, que formalmente se materializan en las Cartas constitucionales, por cuanto es negadora de las mismas.

Al hilo de lo dicho, resaltamos también que esta teoría niega los Derechos fundamentales, íntimamente ligados a la «dignidad humana». Además infringe el Principio de legalidad cuando se manifiestan decisiones *contra legem* emitidas por esferas políticas sin ningún control democrático, así como los principios de presunción de inocencia y universalidad. Cuadro en el que definitivamente se menoscaba el sistema de defensa y de promoción de los Derechos fundamentales.

Constatada la existencia del Derecho penal del enemigo, observamos que la Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz» asume dicha teoría. Ello atendiendo especialmente a la Disposición Final Primera de ésta norma, que literalmente ordena: «Las acciones de investigación y juzgamiento de *delitos permanentes de corrupción* y vinculados a esta, establecidos en el artículo 25 numerales 2) y 3) de la presente ley, deben ser aplicados por las autoridades competentes en el marco del artículo 123 de la Constitución». Precepto que se desprende del artículo 123 de la Constitución, no obstante transgrede el Principio de legalidad penal dispuesto en el artículo 116.II del texto constitucional: «Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible» y el Principio de presunción de inocencia estipulado en el artículo 116.I de la Constitución: «Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado». En la misma tónica esta disposición legal quebranta el sistema de Derechos fundamentales contenido en la Constitución.

Por último, cabe señalar que si bien los delitos de corrupción se hallan fusionados en el Código penal boliviano, no obstante la Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz» ordena tres clases de delitos de corrupción, éstos son: *i*) delitos de corrupción propiamente dichos, *ii*) nuevos tipos penales de corrupción, y *iii*) delitos vinculados con corrupción, que han agravado el *quantum* de la sanción[1289]. Como vemos el legislador sólo ha establecido la

[1289] Los delitos de corrupción propiamente dichos, cuyas sanciones han sido agravadas, son: Peculado; Malversación; Cohecho Pasivo Propio; Uso Indebido de Influencias; Beneficios en razón del cargo; Omisión de declaración de bienes y rentas; Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas; Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas por particulares; Concusión; Exacciones; Nombramientos Ilegales; Cohecho Activo; Receptación proveniente de delitos de corrupción;

retroactividad de la ley en los delitos de enriquecimiento ilícito y enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado. Para lo que ha tomado en cuenta el artículo 123 de la Constitución, así como la gravedad de la tipificación y la sanción penal. Lo que es, *prima facie*, anticonstitucional y anticonvencional.

3.2. Posición en el sistema jurídico

Partamos de la premisa relativa a que la supremacía implica una graduación jerárquica del orden jurídico derivado, que se escalona en planos jurídicos distintos. Los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se subordina a la Constitución[1290]. En consecuencia, si esta relación se quiebra, existe un vicio o defecto denominado «inconstitucionalidad» o «anti-constitucionalidad»[1291].

Ahora bien, en el Derecho boliviano, la jerarquía normativa se establece en el artículo 410.II de la Constitución, cuyo tenor literal reza: «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. 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes». Así la Constitución se sitúa en el centro del ordenamiento jurídico desde una doble posición jurídica. Por un lado conforma su núcleo, y por otro plantea el núcleo organizativo de las normas que lo componen. Dicha posición ciertamente se encuadra en la concepción kelseniana de norma fundamental. En efecto, es la *lex superior* o *norma normarum* en la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico boliviano. La virtud de esta norma consiste en que irradia de validez y contenido

Prevaricato; Cohecho pasivo de la jueza, juez o fiscal; Consorcio de jueces, fiscales y/o abogados; Contratos Lesivos al Estado; Incumplimiento de Contratos y Conducta Antieconómica e Infidencia Económica. Los nuevos tipos penales de corrupción, son: Uso indebido de bienes y servicios públicos; Enriquecimiento ilícito; Enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado; Favorecimiento al Enriquecimiento ilícito; Cohecho activo transnacional; Cohecho pasivo transnacional; Obstrucción de la justicia y Falsedad de declaraciones juradas de bienes y rentas. Los delitos vinculados con corrupción, que han agravado el *quantum* de la sanción, son: Asociación delictuosa; Organización criminal; Peculado culposo; Resoluciones contrarias a la Constitución y a las leyes; Incumplimiento de deberes; Negativa o retardo de justicia; Legitimación de ganancias ilícitas; Contribuciones y ventajas ilegítimas; Contribuciones y ventajas ilegítimas de servidores públicos; Sociedades o Asociaciones ficticias, así como Franquicias y liberaciones o privilegios ilegales.

[1290] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit.*, *Manual de...*, p. 334.

[1291] *Ibidem*.

al resto del ordenamiento jurídico, que se supedita a ella, en atención al Principio de supremacía.

En este contexto cabe puntualizar que el texto constitucional dispone: «La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales». Lo que significa que la relación de «especialidad» entre las distintas Entidades Territoriales se define por el sistema de distribución de competencias consignado en la Constitución[1292]. En el caso específico que tratamos, el nivel central del Estado sanciona las leyes nacionales conforme a lo estipulado en los artículos 298.I y 299.II de la Constitución, de modo que cualquier otro nivel (departamental, municipal o indígena originario campesino) que sancione leyes en las materias de competencia del nivel central, incurriría en una invasión inconstitucional[1293]. Del mismo modo ocurre con relación a los niveles territoriales departamental, municipal o indígena, por lo que sólo estos niveles sancionan leyes en las materias de su competencia. En idénticos términos, el nivel central está imposibilitado de invadir ninguna materia reservada a legislación de los tres niveles pues *a contrario sensu* invadiría inconstitucionalmente competencias que no le fueron asignadas[1294].

Seguido a lo anterior, la Ley de Lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas «Marcelo Quiroga Santa Cruz», Ley 004, de 31 de marzo de 2010 resulta ser una ley ordinaria, por cuanto ha sido aprobada por mayoría absoluta en la Asamblea Legislativa Plurinacional, asimismo tiene aplicación en todo el territorio nacional. En mérito a ello, su posición en la jerarquía normativa, se determina en el tercer nivel según el tenor del artículo 410.II de la Constitución: «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...». Cláusula de la cual se extrae que dicha ley se ubica por debajo de la Constitución y de los tratados internacionales.

Por último, esta norma pertenece al nivel de las leyes nacionales sancionadas con mayoría no agravada de votos en la Asamblea Legislativa Plurinacional. Recordemos a este tenor que las leyes nacionales se subordinan a la Constitución por la supremacía constitucional,

---

[1292] ALARCÓN MONDONIO, Carlos, *op. cit.*, «Análisis y...»..., p. 234.
[1293] *Ibidem*.
[1294] *Ibidem*.

consecuentemente, si una norma es manifiestamente contraria al texto constitucional, se afecta de inconstitucionalidad. Sirva de ejemplo la inconstitucionalidad de la Disposición Final Primera de la Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz».

3.3. Experiencia práctica en la aplicación de la ley retroactiva desfavorable: casuística localizada en torno a la Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz»

En cuanto a la casuística localizada en torno a la Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz» se describen dos casos emblemáticos en los que se confirma la violación a los Derechos fundamentales y a los principios elementales de legalidad e irretroactividad de la ley. A continuación procede su contextualización.

Caso 1: Síntesis del caso «Antonio Morales, ex presidente del Banco Central de Bolivia»[1295].

Iniciamos afirmando que una de las causas de procesamiento registrada en contra del ex presidente del Banco Central de Bolivia, Juan Antonio Morales, ha sido la acusación del Ministerio Público por concepto de percepción de recursos económicos de la partida del Estado asignada a los «Gastos Reservados»[1296]. En referencia a la situación de los «Gastos Reservados» en Bolivia, remarcamos que con anterioridad al año 2007, un conjunto de leyes, decretos y resoluciones regularon los recursos económicos del Estado, lo que se materializó en la partida de «Gastos Reservados». Fundamenta su necesidad en aspectos de orden estrictamente estatal[1297]. En este marco, examinaremos de forma resumida el tracto de Decretos que dispusieron los «Gastos Reservados», y que por otro punto, nos permitirá encuadrar los antecedentes de hecho y de derecho del caso que venimos comentando.

i) Decreto Supremo 09860, de 20 de agosto de 1971 emitido durante la presidencia de Juan José Torres González, literalmente dispuso: «Autorizase al Tesoro General de la

[1295] El presente caso constituye un resumen de hechos ocurridos en el marco de la administración de justicia boliviana. Fuente: FERRUFINO MORATÓ, Javier, «Análisis de casos emblemáticos de violaciones a los Derechos Humanos Caso: Juan Antonio Morales», *Observatorio Boliviano de Derechos Humanos*, Fundación Nueva Democracia, núm. 2, Santa Cruz, septiembre de 2016.
[1296] FERRUFINO MORATÓ, Javier, *op. cit.*, «Análisis de...»..., p. 13.
[1297] *Ibidem.*

Nación, entregar a la Presidencia de la República, la suma de un millón cien mil 00/100 pesos bolivianos ($b.1.100.000), con cargo a la Cuenta 1-19 del Tesoro General de la Nación, para cubrir gastos reservados que hubiera. Los señores Ministros de Estado en sus respectivos Despachos, quedan encargados de la ejecución y cumplimiento del presente Decreto»[1298].

ii) Decreto Supremo 17558, de 18 de agosto de 1980 emitido durante la presidencia de Luis García Meza Tejada, según el artículo único ordenó: «Autorizase la asignación de un soporte presupuestario a la Presidencia de la República, por la suma de dos millones 00/l00 pesos bolivianos ($b. 2.000.000.-), con cargo a la Partida 262 'Asignaciones Globales' del Presupuesto vigente del Ministerio de Finanzas, con destino a gastos reservados. El señor Ministro de Estado en el Despacho de Finanzas, queda encargado de la ejecución y cumplimiento del presente Decreto Supremo»[1299].

iii) Decreto Supremo 20975, de 30 de julio de 1985 dictado durante la presidencia de Víctor Paz Estensoro, que autorizó expresamente: «Un presupuesto adicional para cubrir todos los gastos de emergencia que demanden las ceremonias de transmisión del Mando en la suma de $b. 60.000.000.000»[1300].

iv) Decreto Supremo 27055, de 30 de mayo de 2003 expedido en la presidencia de Gonzalo Sánchez de Lozada, cuyos preceptos más importantes son: artículo 1. (Objeto) «El presente Decreto Supremo tiene por objeto establecer los mecanismos de asignación presupuestaria y control de recursos del Estado, consignados en la Ley del Presupuesto General de la Nación, bajo la partida de Gastos Específicos de la Administración Central», artículo 3. (Alcance) «Los Gastos Específicos de la Administración Central son destinados a cubrir los requerimientos en que incurre el Gobierno, exclusivamente para preservar la soberanía nacional, la seguridad interna, las relaciones internacionales y la estabilidad del Estado de Derecho, incluyendo gastos que demande la seguridad especial del Presidente de la República y otros Dignatarios Nacionales, así como Dignatarios Extranjeros de visita en el País» y artículo 5. (Administración) «Los Gastos Específicos de Administración Central serán administrados exclusivamente por el Ministro de

[1298] *Ibidem.*
[1299] *Ibidem.*
[1300] *Ibidem.*

Gobierno, para cuyo fin se inscribirán los recursos correspondientes en la partida respectiva del Ministerio de Gobierno»[1301].

Del mismo modo señalamos el artículo 6. (Rendición de cuentas) «Para la fiscalización de los recursos asignados a Gastos Específicos de la Administración Central, se establecen los siguientes mecanismos: (...) 3) Es responsabilidad del Contralor General de la República convocar con carácter trimestral al Ministro de Gobierno para realizar la recepción del descargo respectivo. Cada vencimiento de trimestre se computará a partir del 1 de junio de 2003 (...) 7) Cuando el informe sea aceptado, el Contralor General de la República procederá en el acto, en presencia del Ministro de Gobierno, a destruir todos los documentos de los gastos aceptados, rubricando un acta donde solo conste el monto total de los Gastos Específicos de la Administración Central acreditados» y artículo 7. (Confidencialidad) «Toda la información relacionada al manejo de los Gastos Específicos de la Administración central tiene el carácter de secreto en el ámbito de la seguridad del Estado. La violación a la confidencialidad de la misma dará lugar al procesamiento de los responsables de acuerdo a disposiciones legales en vigencia»[1302].

v) En la misma presidencia de Gonzalo Sánchez de Lozada se emitió el Decreto Supremo 27213, de 17 de octubre de 2003, que contenía normas tendentes a complementar la regulación de los Gastos Específicos: artículo 1. (Objeto) «El presente Decreto Supremo tiene por objeto complementar el alcance y la aplicación del Decreto Supremo 27055, de 30 de mayo de 2003» y artículo 2. (Situación de emergencia) «Existiendo una situación de emergencia, originada por la conmoción interna que sobrepasa la capacidad normal de manejo administrativo del Estado, se autoriza de manera excepcional, que el control de Gastos Específicos de la Administración Central será efectuado ante el Presidente de la República; por lo que, los mecanismos de Rendición de Cuentas determinados en el Artículo 6, del Decreto Supremo 27055, quedan suspendidos en su aplicación, por el trimestre correspondiente a los meses de septiembre, octubre y noviembre de la gestión 2003. En el caso de que algún descargo específico no sea aceptado por el Presidente de la República, comunicará por escrito al Contralor General de la República dicho extremo,

[1301] FERRUFINO MORATÓ, Javier, *op. cit.*, «Análisis de...»..., p. 13 y 14.
[1302] *Ibidem*.

para dar curso a las acciones, en el marco de la Ley 1178 de Administración y Control Gubernamentales, de 20 de julio de 1990»[1303].

vi) Decreto Supremo 27345, de 31 de enero de 2004, cuyas disposiciones relevantes sobre esta materia son las siguientes: artículo 1. (Objeto) «El presente Decreto Supremo tiene por objeto regular la formulación, aprobación, ejecución y control de la partida de Gastos Específicos, denominada como 'Gastos Reservados'», artículo 2. (Alcance) «El Clasificador por Objeto del Gasto, que anualmente presente el Ministerio de Hacienda para la aprobación del Presupuesto General de la Nación, tendrá una partida para atender necesidades emergentes de la seguridad interna y externa del Estado, la que se consignara bajo Gastos Específicos», artículo 3. (Administración) «Esta medida solamente estará reconocida a favor de los Ministerios de la Presidencia y de Gobierno, consiguientemente sólo podrá ser utilizada por estas dos Carteras de Estado» y artículo 4. (Asignación) «Para cada gestión financiera el Poder Ejecutivo podrá prever un monto con destino a la partida de Gastos Específicos - 'Gastos Reservados', acorde con la política presupuestaria y los límites máximos de asignación definidos por el Ministerio de Hacienda y aprobados en el Presupuesto General de la Nación»[1304].

A este tenor añadimos el artículo 10. (Documentación) «La documentación presentada en la rendición de cuentas será clasificada como 'secreta'. Los documentos que prueben la erogación de los gastos bajo la partida 'Gastos Específicos-Gastos Reservados', que sean aceptados por el Contralor, deberán ser destruidos o incinerados por este en presencia del Ministro respectivo, debiendo dejarse constancia en acta de este hecho»[1305].

vii) Decreto Supremo 27327, de 31 de enero de 2004, que dispuso la austeridad de los gastos del presupuesto al tenor del artículo 6. (Reducción gastos específicos) «La partida 261 'Gastos Específicos' (Gastos Reservados) se reduce en 58%, de Bs.143.000.000, 00.- (ciento cuarenta y tres millones 00/100 bolivianos) presupuestados para la gestión 2003 a Bs.60.000.000, 00.- (sesenta millones 00/100 bolivianos) para la gestión 2004»[1306].

viii) Decreto Supremo 27472, de 29 de abril de 2004 emitido durante la presidencia de Carlos Mesa Gisbert. En relación a dicho Decreto destacamos los siguientes preceptos:

[1303] *Ibidem*.
[1304] *Ibidem*.
[1305] *Ibidem*.
[1306] FERRUFINO MORATÓ, Javier, *op. cit.*, «Análisis de...»..., p. 15.

Artículo 1. «Se complementa el alcance del artículo 2 del Decreto Supremo 27345, de 31 de enero de 2004, estableciendo que la partida presupuestaria Gastos Específicos de la Administración Central, podrá también utilizarse para gastos contingentes no considerados en los presupuestos institucionales, resultantes de emergencias nacionales, departamentales y locales, así como gestiones especiales de los Ministerios de Gobierno y Presidencia» y artículo 2. «Se amplía y modifica el alcance y texto del artículo 5 del Decreto Supremo 27345 de la siguiente manera: Se prohíbe la utilización de los Gastos Específicos de la Administración Central, 'Gastos Reservados', en los siguientes conceptos: Pago campañas electores y actividades político-partidarias - Remuneraciones extraordinarias, sobresueldos o pago adicional a funcionarios públicos, legisladores o magistrados - Obsequios personales a servidores públicos o terceras personas nacionales y padrinazgos - Festejos institucionales y agasajos - Concesión de préstamos a servidores públicos o particulares»[1307].

ix) Decreto Supremo 28686, de 24 de abril de 2006, que sustancialmente ordenó en el artículo 1: (Objeto) «El presente Decreto Supremo tiene por objeto abrogar todos los Decretos Supremos que respaldaban de manera irregular las cuentas denominadas como Gastos Reservados», artículo 2. (Eliminación de gastos reservados) «Se elimina la cuenta que permitía el uso de Gastos Reservados, los que eran administrados de manera indiscriminada, irracional y una fuente de corrupción total» y artículo 3. (Responsables de la administración). «El Ministro de la Presidencia en coordinación con el Ministro de Gobierno y el Ministro de Defensa Nacional, en un plazo no mayor a treinta (30) días, deberán presentar un proyecto que permita establecer una cuenta que permita atender los asuntos de seguridad del Estado y emergencias nacionales, los que deben ser manejados de manera transparente y abiertas al control social, que ejerce cada uno de los ciudadanos. Los saldos presupuestarios de la partida suprimida deberán ser transferidos al Ministerio de Hacienda, hasta que se determine la funcionalidad de la cuenta definida en el parágrafo anterior»[1308].

x) Ley 3391, de 10 de mayo de 2006, que según el artículo 13 ordenó: «1. Se deja la partida 26100 'Gastos Específicos de la Administración Central' (Gastos Reservados)

[1307] *Ibidem.* Cabe señalar que durante la presidencia de Mesa Gisbert se dictó el Decreto Supremo 27345, de 31 de enero de 2004. Su objeto fue regular y transparentar el manejo de los Gastos Reservados.
[1308] FERRUFINO MORATÓ, Javier, *op. cit.*, «Análisis de...»..., p. 19.

con el Monto que se hubiere ejecutado hasta el 23 de enero de 2006. Se autoriza al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Hacienda a transferir los saldos existentes de la partida 26100 'Gastos Específicos de la Administración Central' a la partida 71600 de la entidad Tesoro General de la Nación, como previsión que permita traspasar a otras partidas de gasto a fin de transparentar aquellos gastos que se financiaban imputando a esta partida, y adicionalmente le permita al Estado, atender las necesidades sectoriales que se requieran en la presente gestión y que no pueden ser atendidas dentro de su presupuesto institucional. I. Los saldos existentes en la partida 26100 'Gastos Específicos de la Administración Central' con fuente diferentes al TGN, cuya administración es de responsabilidad del Ministerio de Gobierno, deben ser transferidos a la partida 71600 'Transferencias Corrientes por Subsidios y Donaciones a Instituciones Privadas sin Fines de Lucro', como previsión que permita traspasar a otras partidas de gasto a fin de transparentar gastos que se financiaban imputando a esta partida, y adicionalmente le permita al Ministerio de Gobierno atender necesidades de acuerdo a su responsabilidad institucional. El Ministerio de Hacienda debe presentar, a las Comisiones de Hacienda de la Cámara Alta y Baja, un informe mensual sobre la ejecución de los recursos económicos mencionados en los parágrafos I y II. Debiendo estos recursos ser asignados dentro de las partidas de gastos correspondientes, antes de la presentación del Presupuesto General de la Nación reformulado de la Gestión 2006 al Congreso Nacional de la República»[1309].

Del análisis de la normativa señalada podemos afirmar que la inscripción de la partida 26100, constituía la partida destinada a la utilización de recursos económicos para cubrir los requerimientos en que incurría el Gobierno, como son: *i*) preservar la soberanía nacional, *ii*) seguridad interna, *iii*) relaciones internacionales y *iv*) estabilidad del Estado de Derecho, conforme a lo estipulado en el Decreto Supremo 27213, de 17 de octubre del 2003[1310]. En tal contexto resulta ser que la utilización de los recursos económicos de las partidas presupuestarias de «Gastos Reservados» ha sido el elemento jurídico que ha promovido el inicio de acciones legales en contra del ex presidente del Banco Central de Bolivia.

Seguido a ello y en atención a la complejidad legal, se aperturaron dos casos: «Los Gastos Reservados 1» y «Los Gastos Reservados 2». Los fiscales que conocieron estos casos,

[1309] FERRUFINO MORATÓ, Javier, *op. cit.*, «Análisis de...»..., p. 16 y 17.
[1310] FERRUFINO MORATÓ, Javier, *op. cit.*, «Análisis de...»..., p. 18.

decidieron renunciar al cargo o apartarse del conocimiento de esta investigación. Aunque, en el año 2011 dentro de la investigación del caso denominado «Gastos Reservados 2», en el que se encontraban imputados José Luis Harb, Mauricio Antezana, Bernardo Wayar Caballero, Guido Nayar, Guillermo Fortún, Leopoldo López y Juan Antonio Morales, el fiscal asignado al caso determinó la aprehensión de Juan Antonio Morales Anaya ante una supuesta existencia de riesgos procesales de fuga y obstaculización de la justicia[1311]. Lo que en los hechos no concurría ni se probaba fehacientemente.

En este marco, la Fiscalía señaló que Juan Antonio Morales Anaya habría cobrado dineros de la partida «Gastos Reservados» según estos términos: «Se desprende de dos recibos de caja del Ministerio de Gobierno, Dirección Nacional Administrativa, por la suma de Bs. 48.482 de fecha de 10 de junio de 1997 y Bs. 48.563 sin fecha, desembolsados por concepto Banco Central a Juan A. Morales se habría cometido irregularidades»[1312]. Por lo que, se imputaba a Juan Antonio Morales por los delitos de peculado, uso indebido de influencias, beneficio en razón del cargo, incumplimiento de deberes y enriquecimiento ilícito[1313]. De modo que Morales asumió defensa en el proceso penal aludido, en el que tiempo después se emitió una medida sustitutiva a la detención preventiva, concretamente arresto domiciliario y la obligación de presentarse ante el juez de la causa semanalmente. Medida cautelar que también fue levantada en su contra[1314] por ausencia de fundamento fáctico.

[1311] FERRUFINO MORATÓ, Javier, *op. cit.*, «Análisis de...»..., p. 20 y ss.
[1312] *Ibidem.*
[1313] *Ibidem.* Delitos insertos en el Código penal boliviano, cuyo texto y penas han sufrido modificación por el artículo 34 de la Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz» son los siguientes: Artículo 142 «Peculado»: «La servidora o el servidor público que, aprovechando del cargo que desempeña se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado con privación de libertad de cinco a diez años y multa de doscientos a quinientos días». Artículo 146 «Uso Indebido de Influencias»: «La servidora o el servidor público o autoridad que directamente o por interpuesta persona y aprovechando de las funciones que ejerce o usando indebidamente de las influencias derivadas de las mismas, obtuviere ventajas o beneficios, para sí o para un tercero, será sancionado con presidio de tres a ocho años y multa de cien a quinientos días». Artículo 147 «Beneficios en razón del cargo»: «La servidora o el servidor público o autoridad que en consideración a su cargo admitiere regalos u otros beneficios, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de cien a doscientos cincuenta días». Artículo 154 «Incumplimiento de deberes»: «La servidora o el servidor público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de sus funciones será sancionado con privación de libertad de uno a cuatro años. La pena será agravada en un tercio, cuando el delito ocasione daño económico al Estado». Artículo 27 «Enriquecimiento ilícito»: «La servidora o servidor público que hubiere incrementado desproporcionalmente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos y que no pueda ser justificado, será sancionado con privación de libertad de cinco a diez años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos, multa de doscientos hasta quinientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente».
[1314] FERRUFINO MORATÓ, Javier, *op. cit.*, «Análisis de...»..., p. 22.

Como vemos estos hechos contravinieron frontalmente el Principio de irretroactividad de la ley, tomando en cuenta la vigencia y aplicación de la Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz». Norma que contempla la retroactividad de la ley penal en materia de corrupción. Todos estos hechos obran en contra de lo que está mandado en el artículo 9 de la CADH: «Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello» igualmente lo ordenado en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional» y contraviene lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención Interamericana contra la corrupción: «Con sujeción a los principios constitucionales, al ordenamiento interno de cada Estado y a los tratados vigentes entre los Estados parte, el hecho de que el presunto acto de corrupción se hubiese cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención, no impedirá la cooperación procesal penal internacional entre los Estados parte. La presente disposición en ningún caso afectará el principio de la irretroactividad de la ley penal ni su aplicación interrumpirá los plazos de prescripción en curso relativos a los delitos anteriores a la fecha de la entrada en vigor de esta Convención».

En esta tónica subrayamos que la aplicación retroactiva de nuevas conductas tipificadas como delito colisiona con el estándar mínimo de protección de los Derechos humanos en atención al Principio *nulla poena sine lege*. Por ello, no correspondía denunciar a Juan Antonio Morales con una nueva tipificación penal, que no habría sido conocida en la época de ejecución de los hechos[1315]. Marco que ilustra la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso «Argüelles y otros *vs*. Argentina», de 20 de noviembre de 2014, párrafo 207: «En este sentido, la jurisprudencia constante de la Corte al respecto ha sostenido que la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. El Tribunal

[1315] *Ibidem*.

también ha indicado que el principio de irretroactividad tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible».

A esta misma línea se suma el caso «Fermín Ramírez *vs*. Guatemala», de 20 de junio de 2005, párrafo 90: «El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática. Al establecer que 'nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable', el artículo 9 de la Convención obliga a los Estados a definir esas 'acciones u omisiones' delictivas en la forma más clara y precisa que sea posible» y seguidamente la Corte declara: «En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo. En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico».

De acuerdo con lo anterior, hemos podido comprobar que las actuaciones realizadas por el ex presidente del Banco Central de Bolivia, Juan Antonio Morales, se encuadraban en el complejo entramado normativo (Leyes de Presupuesto General y Decretos Supremos) orientado a la regulación de las partidas presupuestarias de aquella época[1316]. Con base en ello, el ex presidente no habría cometido ningún delito, por cuanto esta normativa sustentaba los actos ejercidos en los márgenes de su mandato. Cabe puntualizar que en la actualidad ningún delito imputado a Morales ha sido debidamente sustanciado y resuelto. Tampoco ha sido demostrado elemento probatorio alguno de los delitos que le fueron atribuidos[1317]. Por contrapartida, observamos una violación sistemática de los principios fundamentales de legalidad e irretroactividad, garantía de presunción de inocencia y

[1316] *Ibidem*.
[1317] *Ibidem*.

Debido proceso. Definitivamente, estas acciones se desmarcaron absolutamente de los cánones del Estado Democrático y de Derecho.

Concluimos señalando que la aplicación de las normas sustantivas en materia penal debe ser encuadrable en la Constitución y la CADH. Aunque, como vimos el artículo 123 de la Constitución de 2009 abre la compuerta a un entendimiento contrario pues reconoce la retroactividad de la ley penal en materia de corrupción, de manera que se convierte en un precepto *sine iure*, sumado a ello las disposiciones contenidas en la Ley 004. Pero además la prohibición de la retroactividad de las normas penales sustantivas se refuerza por la jurisprudencia interamericana y esencialmente por los principios del Derecho y de la democracia.

Caso 2: Contextualización del caso: «Manfred Reyes Villa, ex Alcalde de Cochabamba».

Procede el análisis de la acción de inconstitucionalidad concreta promovida por Manfred Reyes Villa, la misma que ha derivado en la expedición de la Sentencia Constitucional 0770/12, de 13 de agosto de 2013. Para alcanzar este objetivo, a continuación acotaremos los hechos y los fundamentos de derecho de la antedicha acción en orden cronológico.

i) La Fiscalía acusó ante el Tribunal de Sentencia a Manfred Reyes Villa Bacigalupi ex Alcalde del Departamento de Cochabamba por la presunta comisión de los delitos de incumplimiento de deberes y conducta antieconómica. Delitos previstos en los artículos 154 y 224 del Código penal, modificados por el artículo 34 de la Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz» con relación al artículo 123 de la Constitución de 2009.

ii) La defensa legal de los acusados Manfred Reyes Villa Bacigalupi y otros formalizó una acción de inconstitucionalidad concreta. Dicha acción fue promovida por el Tribunal Cuarto de Sentencia Penal del Departamento de Cochabamba, por la que se demandó la inconstitucionalidad de los artículos 24, 34, 36, 37 y la Disposición Final Primera de la Ley 004, de 31 de marzo de 2010 con relación a los artículos 90, 91 bis y 344 bis del Código de procedimiento penal, por la supuesta violación de los artículos 1, 115.II, 116.II, 117.I, 119.II y 123 de la Constitución.

iii) Existía duda razonable sobre la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, específicamente la Disposición Final Primera de la Ley 004, que dispone la aplicación

retroactiva de las disposiciones legales para el juzgamiento de los delitos de corrupción y vinculados a éste, pues según el accionante desnaturalizaría el Estado de Derecho previsto en el artículo 1 de la Constitución e infringiría el derecho al Principio de legalidad penal consagrado en los artículos 116.II de la Constitución, en el mismo sentido 9 de la CADH y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

iv) El accionante argumentó que la Disposición Final Primera de la Ley 004 infringiría los artículos 1, 116.II y 178 de la Constitución, que garantizan la irretroactividad de la ley. Según la alegación del accionante este precepto legal determinaría, *a contrario sensu*, la aplicación retroactiva de las normas sustantivas para la investigación y juzgamiento de los delitos de corrupción o delitos vinculados a la corrupción. En mérito a ello, el Tribunal Cuarto de Sentencia Penal promovió la respectiva acción de inconstitucionalidad concreta por lo que dictaminó elevar antecedentes en consulta al Tribunal Constitucional.

v) Compulsados los antecedentes ante el Tribunal Constitucional, se emitió la Sentencia Constitucional 0770/12, de 13 de agosto de 2013. Fallo que ordenó que los principios de irretroactividad y legalidad se encuentran reconocidos en el Estado de Derecho. En virtud de ello afirmó expresamente que: «se aplica la norma penal sustantiva vigente al momento de cometer el acto presuntamente delictivo y se encuentra vedada la aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa, en cuyo caso debe aplicarse la ley penal sustantiva vigente a momento de cometer el ilícito de forma ultractiva. Se aplica la norma adjetiva vigente 'retrospectividad'».

Con el objetivo de intentar una aproximación más precisa al contenido de esta Sentencia, extractaremos los fundamentos jurídicos que han sido desarrollados por el juez. Para ello debemos proceder al análisis de los apartados nucleares del citado fallo. Trataremos de huir de postulados ideológicos o políticos y, en su caso, atenderemos muy especialmente a los parámetros constitucionales, en lo que se refiere principalmente a los principios de legalidad e irretroactividad, así como el respeto de los Derechos fundamentales.

Partiremos de forma lógica manifestando que el accionante a través de su defensa ha cuestionado la constitucionalidad de la Disposición Final Primera de la Ley 004 debido a que este precepto determina la aplicación retroactiva de las normas legales para el juzgamiento de los delitos de corrupción y vinculados a éstos, alegando la vulneración del Principio de legalidad penal previsto en el artículo 116.II de la Constitución y el

artículo 70 del Código penal boliviano. En el mismo sentido, invocando la violación del artículo 123 de la Constitución y el artículo 4 del Código penal que reconoce el Principio de retroactividad de la ley penal más favorable.

En lo relativo al control de constitucionalidad efectuado por el Tribunal Constitucional, corresponde clarificar a la luz de la dogmática penal, si este fallo se ajusta al estándar mínimo de protección de los Derechos fundamentales. En este contexto resulta ser que el Tribunal Constitucional *inaplica* el artículo 123 *in fine* de la Constitución con relación al artículo 11.2 de la DUDH, artículo 9 de la CADH y artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos compulsados todos ellos con los artículos 13.IV y 256 de la Constitución. De este modo el Tribunal Constitucional habría llegado a resolver que la aplicación retroactiva de la ley penal no puede ser desfavorable o gravosa en mérito a los artículos convencionales citados, pero *previamente inaplicando* la literalidad del artículo 123 de la Constitución, que reza: «...en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución». El juez constitucional inaplica el artículo 123 por cuanto no tiene otro recurso legal para resolver la inconstitucionalidad y además evitar exhortar una posible reforma de tal disposición. Ante ello, aclaramos que la figura de inaplicación de la Constitución no existe en el Derecho boliviano porque sólo se reconoce la declaración de inconstitucionalidad o de constitucionalidad de la ley. Por tanto, el término «inaplicación» es un término *sine iure* o carente de derecho en el contexto boliviano.

Observemos que el mismo argumento ha sido utilizado por el juez constitucional en el caso de fundamentar el polémico fallo 084/2017, de 28 de noviembre de 2017, que avaló la reelección presidencial, inaplicando para ello el artículo 168 de la Constitución con relación a las normas de los tratados internacionales y un supuesto Derecho humano a la reelección. Hecho que ha provocado una conmoción social y derrocamiento del anterior presidente de Estado más procesamiento en vía penal de los magistrados que fraguaron dicho fallo. En efecto, la inaplicación es un invento que contraviene la seguridad jurídica y hace incurrir a los jueces en el delito de prevaricato.

Al hilo de lo anterior, notoriamente el cuestionado fallo constitucional acude a ficciones jurídicas para establecer la razón de la declaración de constitucionalidad de la Disposición Final Primera de la Ley 004. Paradójicamente esta disposición ha sido demandada

justamente por su evidente inconstitucionalidad e inconvencionalidad, pues no convence completamente en los márgenes del Derecho penal y constitucional, por qué el Tribunal Constitucional ha ordenado su constitucionalidad. En consecuencia, es oportuno develar los fundamentos jurídicos del citado fallo, para contrastarlos con los criterios de verdad material, proporcionalidad y eticidad del Derecho.

i) El fallo en su fundamento jurídico III.4.1 afirma que el artículo 123 de la Constitución no puede ser entendido en el sentido de que permita la aplicación retroactiva de la ley, por tanto literalmente expresa: «...el artículo 123 de la CPE, se encuentra en el Título IV, Capítulo Primero relativo a las garantías jurisdiccionales, por lo que debe entenderse como una garantía de seguridad del Estado a favor de los ciudadanos, pues no resultaría lógica la interpretación del establecimiento de garantías a favor del propio poder público. En este sentido para este Tribunal no resulta admisible que una garantía de los procesados en materia de corrupción sea que se les aplique retroactivamente la ley penal sustantiva desfavorable».

No obstante al margen del reconocimiento de la ubicación del artículo 123, observamos que esta localización dificulta una eventual reforma de dicho artículo, por enmarcarse el Capítulo Primero de las «Garantías Jurisdiccionales» específicamente en la Parte Primera «Bases Fundamentales del Estado, Derechos, Deberes y Garantías». Únicamente procede la modificación del artículo 123 mediante la reforma total de la Constitución y no parcial. En el sentido que indicamos, el artículo 411.I de la Constitución con relación a la reforma total claramente establece que: «La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo

constitucional aprobatorio»[1318]. Situación que como vemos dificulta *in extremis* cualquier pretensión de reforma del citado precepto por motivo de violación de la irretroactividad.

ii) Seguidamente este fallo ordena que: «1. Se aplica la norma penal sustantiva vigente al momento de cometer el acto presuntamente delictivo. 2. Por el principio de seguridad jurídica se encuentra vedada la aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa de forma retroactiva en cuyo caso debe aplicarse la ley penal sustantiva vigente a momento de cometer el ilícito de forma ultractiva. 3. Es posible la aplicación retroactiva de la ley penal sustantiva más favorable. 4. Se aplica norma adjetiva vigente (retrospectividad). 5. Cuando el delito de corrupción o vinculado a ella es permanente -aspecto determinado por la afectación al bien jurídico que depende en el tiempo de la voluntad del imputado- es aplicable la norma penal vigente a la comisión del hecho. Ello impele por tanto a que todo juez o tribunal diferencie en cada caso los delitos permanentes de los delitos con efecto permanente».

De acuerdo con este apartado, si bien por un lado el Tribunal reconoce los principios de legalidad e irretroactividad disponiendo que se prohíbe la aplicación retroactiva de la ley desfavorable. Por otro lado, introduce un párrafo ordenando que el delito de corrupción o vinculado a ella es *permanente*: *es aplicable la norma penal vigente a la comisión del hecho*. Dicha línea literal cambia rotundamente la interpretación del fallo respecto a la retroactividad de la ley en materia de corrupción. Conviene recordar que el legislador con base al artículo 123 de la Constitución ha efectuado justamente un desarrollo normativo de la retroactividad de la ley en materia de corrupción materializado en la Ley 004. Norma que precisamente regula el delito de corrupción como *delito permanente* según el tenor de su Disposición Final Primera: «Las acciones de investigación y juzgamiento de *delitos permanentes* de corrupción y vinculados a ésta, establecidos en el Artículo 25 numerales 2) y 3) de la presente Ley, deben ser aplicados por las autoridades competentes en el marco del Artículo 123 de la Constitución Política del Estado».

Para completar la acotación de delitos permanentes, es necesario especificar la diferencia que existe entre delitos permanentes e instantáneos. Desde este punto de vista podemos observar que en los delitos instantáneos la ley penal aplicable será siempre anterior al

[1318] Para profundizar en cuanto a la reforma del artículo 123 *in fine* de la CB 2009 véase el epígrafe 8. «La vía de reforma constitucional» del presente capítulo de este estudio.

hecho delictivo, en cambio, en los delitos permanentes surgen nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello implique aplicación retroactiva de la ley[1319]. Las Sentencias Constitucionales 1332/2010-R, de 20 de septiembre de 2010 y 0283/2013, de 13 de marzo de 2013, sostuvieron que en los delitos instantáneos la acción coincide con el momento de la consumación del delito, entre tanto que en los delitos permanentes la consumación del delito se prolonga en el tiempo. Subrayan además que los delitos instantáneos y permanentes se definen sólo de modo indirecto a través del artículo 30 del Código de procedimiento penal en relación al momento en que comienza a computarse el término de la prescripción. Por tanto, en los delitos instantáneos el cómputo inicia desde la media noche en que se cometió el delito y en los delitos permanentes desde que cesó su consumación.

En este mismo sentido, en atención a la clasificación de los delitos por el momento de su consumación y la duración de la ofensa al bien jurídico protegido, la legislación penal boliviana no establece la clasificación de delitos instantáneos y permanentes, y éstos sólo son deducibles indirectamente del artículo 30 del Código de Procedimiento Penal y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En idéntica forma la Ley 004 tampoco regula la clasificación de los delitos por el momento de su consumación y duración, sino que el legislador admite los delitos de enriquecimiento ilícito y enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado *ex novo* como *delitos permanentes de corrupción y vinculados a ésta*. Así es como lo establece su Disposición Final Primera: «Las acciones de investigación y juzgamiento de delitos permanentes de corrupción y vinculados a ésta, establecidos en el Artículo 25 numerales 2) y 3) de la presente Ley, deben ser aplicados por las autoridades competentes en el marco del Artículo 123 de la Constitución Política del Estado»[1320].

[1319] VERGARA TEJADA, José Moisés, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ángel Editor, México, 2002, p. 417. Pero además este autor precisa: «El delito permanente tiene como principal característica su actividad consumativa, que no cesa al perfeccionarse el mismo, sino que dicha actividad se prolonga indefinidamente, sin que pueda decirse por ello, que existe pluralidad de acciones o conductas, o que momento a momento se realiza o se consuma el mismo delito. La última etapa del delito es la de 'ejecución', que pertenece a la fase externa del mismo; en el delito permanente es ésta la etapa que se prolonga en el tiempo, de modo que todos los momentos de su duración, pertenecen solamente a la etapa de la consumación o ejecución del delito». *Ibidem*.

[1320] Véase en el sentido expuesto la Sentencia Constitucional 0770/2012, de 13 de agosto de 2012 en la que se reafirma esta ficción jurídica a través del siguiente fragmento: «...5. *Cuando el delito de corrupción o vinculado a ella es permanente* -aspecto determinado por la afectación al bien jurídico que depende en el tiempo de la voluntad del imputado- *es aplicable la norma penal vigente a la comisión del hecho*...».

iii) En el contenido de la Sentencia específicamente en el apartado «Informe del personero legal, Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia y Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional» se reafirma la posición descrita anteriormente: «Con relación a la Disposición Final Primera de la Ley 004, expresa que dicha Ley no determina la retroactividad de los nuevos tipos penales establecidos en el art. 25, pues hace notar que los incs. 2) y 3) del citado artículo son delitos de carácter permanente y menciona que el objeto de la Disposición Final Primera es de cumplir con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado boliviano; y, f) Luego de determinar el bien jurídico protegido de los tipos penales de enriquecimiento ilícito y enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado, indica que los mismos tiene la característica de ser delitos permanentes en el tiempo, en consecuencia, no existe retroactividad alguna por lo que la norma impugnada no vulnera el art. 116.II de la Norma Suprema»[1321].

Argumento nada más contrario a la verdad, ello porque pretender aplicar retroactivamente los delitos del artículo 25, incisos 2) y 3) de la Ley 004 implica que Bolivia incurra en el incumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas. Además no podemos olvidar que el Estado boliviano, a la fecha, no ha ratificado la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, y por lo tanto su artículo 27. Esto unido a que si bien ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el contexto indicado no ha materializado ninguna acción conducente a la adopción de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos plenamente los derechos y libertades consagrados en la CADH, en lo que atañe la observancia de los principios de legalidad e irretroactividad en la norma constitucional y en la Ley 004. Situación que deriva en la responsabilidad internacional del Estado. En atención a lo anterior, es posible afirmar que los preceptos cuestionados de la Ley 004 son inconstitucionales porque quebrantan los principios de legalidad e irretroactividad recogidos de modo expreso en el artículo 116.II y parte del artículo 123 de la Constitución, respectivamente.

Finalmente, el fallo declara la constitucionalidad de la Disposición Final Primera de la Ley 004 según el siguiente tenor: «1. Declarar la Constitucionalidad de la Disposición Final Primera, siempre y cuando se interprete conforme a los criterios expuestos en el Fundamento Jurídico III.4.1 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional...».

[1321] *Cfr. in extenso* Sentencia Constitucional 0770/2012, de 13 de agosto de 2012.

Queremos hacer notar que el Tribunal Constitucional como máximo órgano de cierre de la justicia y en respeto del Estado de Derecho tenía que declarar la inconstitucionalidad de la Disposición Final Primera de la Ley 004 y seguidamente exhortar a la Asamblea Legislativa Plurinacional el inicio del análisis de una propuesta de reforma[1322] del artículo 123 *in fine* de la Constitución tomando en consideración los compromisos internacionales asumidos por Bolivia, que en el caso de los Derechos humanos, tienen aplicación siempre preferente. Como vemos la presente cuestión ha sido tratada desde su perspectiva jurídica y no política, en otros términos como un acto con repercusión jurídica y no como un acto de guerra contra el enemigo.

En cuanto a esta problemática localizada en la Constitución Boliviana, remarcamos las palabras de DURÁN, quien muy acertadamente afirma: «...la primera parte del artículo 123 de la Constitución; consagra el Principio de irretroactividad en la aplicación de la ley; estableciendo dos supuestos en los que es posible aplicar la ley retroactivamente (materia laboral y penal); conforme al siguiente texto: Artículo 123. 'La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado', (...) la garantía transcrita, cuya finalidad es proveer certidumbre en los ciudadanos de que el Estado no aplicará ninguna ley penal de manera retroactiva desfavorable, tiene un aditamento que destruye el núcleo esencial de la garantía proclamada en el artículo 116.II de la Constitución; al establecer a renglón seguido que la excepción de aplicación retroactiva de la ley penal, se extenderá: '... en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución'»[1323].

En efecto, dicho autor establece que «...esta ambigüedad, que a todas luces es contraria a la exigencia de taxatividad que tiene por finalidad delimitar el campo de acción del Estado y garantizar las libertades individuales, ha sido utilizada en franca contradicción con la jurisprudencia constitucional, para fundamentar la creación de normas punitivas que lesionan de manera grosera el Principio de legalidad y el debido proceso, proclamadas

[1322] Nos referimos solamente al estudio de una propuesta de reforma por parte de la Asamblea Legislativa para cumplir con los cauces legislativos. Pero no olvidemos que para la reforma del artículo 123 de la CB se necesita una Asamblea Constituyente inexcusablemente.
[1323] DURÁN RIVERA, Willman Ruperto, *op. cit., Principios, Derechos*..., p. 19 y ss.

por la Constitución y consagrados en los tratados internacionales»[1324]. Como podemos observar el autor corrobora la vulneración del Principio de irretroactividad afirmando los extremos que han sido expresados clara y determinadamente en el presente estudio. Por tanto, es posible asegurar que el problema originalmente radica en el texto constitucional al tenor de su artículo 123 y termina anclándose en la Ley 004, según su Disposición Final Primera.

Finalizamos subrayando que el Principio de irretroactividad materializa la premisa según la cual se prohíbe que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, con excepción de las circunstancias que tiendan a favorecer al encausado. Dicho principio se recoge parcialmente en el ordenamiento jurídico boliviano, lo que menoscaba el sistema de Derechos fundamentales y sistema democrático.

4. ¿ANTINOMIA JURÍDICA?

Como se ha manifestado hasta aquí, el artículo 123 *in fine* de la Constitución dispone la retroactividad de la ley penal desfavorable según el siguiente tenor: «...en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado...». Precepto claramente contrario al artículo 11.2 de la DUDH, artículo 9 de la CADH y artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Al hilo de la teoría monista fraguada por KELSEN, plenamente aplicable al sistema jurídico boliviano, podemos constatar que no existen dos órdenes separados, sino un sólo orden. Sobre este punto resaltamos las palabras de SCHILLACI, quien comenta: «*Secondo la ricostruzione gradualista dell'ordinamento giuridico, infatti, il problema della relazione fra diritto internazionale e diritto interno viene risolto attraverso la riconduzione dei due sistemi normativi ad un modello nel quale l'impostazione in termini monistici delle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale e la concezione formalistica della relazione di validità tra norme giuridiche costituiscono due momenti di un'unica sistemazione teorico-generale, solidamente fondata sulla premessa metodologica della purezza della scienza giuridica*»[1325]. Efectivamente, este autor considera expresamente que las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho internacional, y la relación de

[1324] *Ibidem*.
[1325] SCHILLACI, Angelo, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio*, Jovene, Napoli, 2012, p. 152.

validez entre las normas legales constituyen pues dos momentos de una sola disposición teórico-general, sólidamente fundada en la premisa metodológica de la pureza de la ciencia jurídica.

El autor puntualiza que la *Grundnorm* resuelve la cuestión de la validez normativa y así asegura la unidad del sistema, y por tanto, se extiende al perfil de las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional. A propósito de las palabras de SCHILLACI: «*La norma fondamentale risolve la questione della validità normativa arrestando il regressus ad infinitum implicato dalla costruzione piramidale del sistema e garantendo in tal modo l'unità del sistema stesso, la quale, come vedremo, si estende al profilo dei rapporti tra diritto interno e internazionale e appare peraltro strettamente legata alla stessa premessa metodologica dell'autonomia dell'oggetto della conoscenza giuridica: ancora una volta, ciò che interessa non è tanto il reale fondamento della Grundnorm, quanto la sua funzione fondativa*»[1326] asimismo afirma: «*Sul piano delle fonti del diritto, l'affermata unità di diritto interno e diritto internazionale si traduce nell'inclusione dei trattati internazionali nell'unico processo di produzione normativa che, 'iniziando nella sfera dell'ordinamento giuridico internazionale, superiore a tutti gli ordinamenti statali, continua nella costituzione, per concludersi, infine, attraverso i momenti successivi della legge e del regolamento e poi della sentenza e dell'atto amministrativo, con gli atti di esecuzione materiale di questi ultimi*»[1327].

Contextualizado que el orden jurídico nacional y orden jurídico internacional conforman un sólo orden de acuerdo con el postulado kelseniano, resulta apropiado continuar con el análisis de la oposición jurídica que existe entre el artículo 123 *in fine* de la Constitución y los tratados internacionales de Derechos humanos, ratificados por el Estado boliviano. En el sentido que indicamos, afirmamos que la retroactividad de la ley penal en materia de corrupción contenida en el artículo 123 de la Constitución colisiona directamente con las normas de los tratados internacionales en materia de Derechos humanos (artículo 11.2 de la DUDH, artículo 9 de la CADH y artículo 15.1 del PIDCP), no obstante que a raíz del artículo 256.I de la Constitución tales tratados ostentan un valor supra-constitucional.

En los márgenes del Principio de legalidad debemos plantear las siguientes cuestiones: ¿es posible la existencia de antinomia jurídica entre el artículo 123 *in fine* de la

[1326] SCHILLACI, Angelo, *op. cit.*, *Diritti fondamentali*..., p. 158.
[1327] SCHILLACI, Angelo, *op. cit.*, *Diritti fondamentali*..., p. 160.

Constitución y los tratados internacionales de Derechos humanos que prevean normas más favorables en la materia?, ¿se aplica el Principio de favorabilidad ante una oposición entre la norma constitucional y la norma internacional?, ¿Bolivia -que no forma parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969- puede incumplir la norma internacional alegando su derecho interno?, ¿es realmente respetuoso este precepto constitucional con los presupuestos de un Estado de Derecho?, ¿es el sistema constitucional boliviano realmente respetuoso con los Derechos humanos y los Derechos fundamentales?

Debemos responder que no existe antinomia jurídica pues no existe contradicción entre los preceptos de la norma interna y la norma internacional, sino en todo caso oposición, por lo que se recurre no a las usuales formas de resolución de antinomias jurídicas como la nulidad o anulabilidad, por citar sólo algunas, sino al Principio de complementación normativa[1328] entre el Derecho interno y el Derecho internacional o también denominado Principio *pro persona* de optimización de los derechos[1329]. En el caso que tratamos del artículo 123 corresponderá aplicar la norma del tratado internacional que posea mayor favorabilidad para los derechos y libertades que las disposiciones de la Constitución[1330]. La jurisprudencia constitucional ordena que en mérito al principio *pro persona* recogido en el artículo 5 del PIDCP, 29 de la CADH y los artículos 13.IV y 256.I de la Constitución el juzgador deberá aplicar las normas que resulten más favorables para la libertad y los derechos. Del mismo modo, deberá seleccionarse la interpretación más favorable para los derechos y no la interpretación restrictiva que establezca límites en el ejercicio de los derechos[1331]. Específicamente consiste en la interpretación maximizadora en cuanto a la protección de los Derechos y Libertades Fundamentales.

[1328] ALARCÓN MONDONIO, Carlos, *op. cit.*, «Análisis y...»..., p. 231.
[1329] *Ibidem.*
[1330] Véanse artículo 29. b) CADH y artículo 5.2 PIDCP.
[1331] ALARCÓN MONDONIO, Carlos, *op. cit.*, «Análisis y...»..., p. 231. Este Principio fue concretado en la Sentencia Constitucional 1369/2010-R, de 20 de septiembre de 2010: «...en ese sentido, conforme a los fundamentos desarrollados en la SC 0006/2010-R de 6 de abril, partiendo del principio *pro hómine*, contenido en los arts. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 13.IV y 256 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE), el juzgador debe aplicar aquellas normas que resulten más favorables para la persona, su libertad y derechos, así como interpretar esas normas de manera más amplia. En similar sentido, de acuerdo al principio de interpretación progresiva de la norma, entre varios entendimientos posibles, debe optarse por aquél que limite en menor medida el derecho o garantía que se denuncia como vulnerado; es decir, se debe elegir la interpretación más extensiva en cuanto al reconocimiento de derechos y una interpretación más restringida cuando se establezcan límites al ejercicio de los mismos. Conforme a dichos principios, siendo, por regla general, más garantista la Ley Fundamental vigente, es natural aplicarla; empero, en cada

En efecto, apelando al criterio de favorabilidad en la aplicación del Derecho internacional respecto del Derecho nacional[1332] concluimos que no existe antinomia jurídica en el caso del artículo 123 *in fine* del texto constitucional boliviano. A este tenor recordemos las palabras de ANDALUZ que reafirman absolutamente la posición explicitada en el presente apartado: «...el sistema jurídico boliviano está compuesto por un subsistema estatal en relación al sistema de Derecho internacional general, por ello el Derecho es considerado como un solo sistema de acuerdo a lo establecido por KELSEN»[1333].

Siguiendo este hilo conductor, es posible afirmar que el ordenamiento jurídico boliviano se encuadra en la teoría del monismo jurídico. Para ello hemos determinado en qué estrato del Derecho interno boliviano se sitúa el Derecho internacional después de incorporarlo a él. A este respecto BIDART CAMPOS manifiesta: «No es, por eso, un problema de fuentes (¿cómo ingresa o penetra?) sino del lugar jerárquico (¿dónde se ubica?) una vez que está dentro»[1334] y sentencia: «La primera relación se traba entre la Constitución y el Derecho internacional. ¿Qué prevalece?. El monismo absoluto coloca al Derecho internacional por encima de la Constitución: es decir, facilita la supremacía del Derecho internacional»[1335]. Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico boliviano constatamos una primacía del Derecho internacional respecto al Derecho nacional corroborada por los artículos 13.IV y 256.I de la Constitución.

Por último, queremos hacer constar que Bolivia, hasta la fecha no ha ratificado la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 de modo que no se encuentra compelida al cumplimiento del artículo 27 de la misma[1336]. No obstante esta situación descrita puede ser remediada jurídicamente por cuanto no se presentan problemas de soberanía territorial tras el contundente fallo en contra de Bolivia emitido

---

caso concreto, se realizará el análisis de las normas constitucionales para dar preferencia a aquellas que resulten más favorables para el recurrente, actual accionante».

[1332] Distinto es el caso de antinomia entre ley y tratado internacional. Para profundizar sobre este aspecto véase ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *op. cit.*, *Aplicación Judicial*..., p. 50 a 53.

[1333] *Ibidem*.

[1334] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit.*, *Manual de*..., p. 370 y 371.

[1335] *Ibidem*.

[1336] Un hecho similar de contradicción entre norma interna e internacional ha ocurrido en el caso del delito de desacato, que ha sido objeto de un trabajo de investigación y acción constitucional, en el que se repite esta tensión que existe entre la aplicación de Derecho interno y Derecho internacional. Finalmente, por un fallo constitucional, se ha dado lugar a la eliminación del delito de desacato del ordenamiento jurídico penal boliviano por ser contrario a los tratados internacionales sobre Derechos humanos suscritos por el Estado. Véase a propósito Sentencia Constitucional 1250/2012-AIC, de 20 de septiembre de 2012, especialmente su fragmento III.

por la Corte Internacional de Justicia de La Haya (2018) sobre una salida soberana al mar[1337].

5. LÍMITES Y GARANTÍAS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Iniciamos indicando que siempre debe tenderse a una maximización de la protección de los derechos y las libertades. En este contexto las normas que limitan los derechos deben ser interpretadas y aplicadas de forma restrictiva.

En opinión de BIDART CAMPOS el Pacto de San José y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresan: «a) una ideología integral que responde a la 'filosofía' de los Derechos humanos, y que se trasplanta a las normas internacionales; b) una referencia de base, y constante, a la sociedad 'democrática', en la que opera el sistema de Derechos humanos; c) una procura de conciliación entre cada derecho de cada hombre, y el sistema integral de todos los derechos personales de todos los hombres»[1338] y continúa dicho autor puntualizando que: «...tanto por el carácter mínimo que ostenta el Derecho internacional de los Derechos humanos, como por las alusiones a la implicitud de derechos y a sus ampliaciones, tiende y aspira a su maximización y optimización, lo que apunta a que todos los hombres, estén en condiciones reales y efectivas de acceder al goce de sus derechos, de ejercerlos, de situarse en un ámbito de libertad disponible que les permita disfrutarlos sin marginamientos ni sectorializaciones»[1339].

En este cuadro los tratados internacionales de Derechos humanos también prevén posibles limitaciones a los derechos. Ello evidencia el artículo 32.2 de la CADH, cuyo tenor literal reza: «Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática». BIDART CAMPOS considera que el citado precepto tiene una pauta liminar y afirma: «repárese en que no se dice que los derechos pueden o deben ser limitados, sino que están limitados»[1340]. Continúa el autor afirmando: «...la naturaleza constitutivamente

---

[1337] Fallo completo de la Corte Internacional de Justicia sobre: «La Obligación de Negociar el Acceso al Océano Pacífico (Bolivia *vs*. Chile)» de 1 de octubre de 2018, visítese la web: https://www.dipublico.org/110786/fallo-completo-de-la-corte-internacional-de-justicia-sobre-la-obligacion-de-negociar-el-acceso-al-oceano-pacifico-bolivia-vs-chile-01-10-2018/.

[1338] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit., Tratado elemental...*, p. 263.

[1339] *Ibidem*.

[1340] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit., Tratado elemental...*, p. 264.

limitada de cada derecho personal, diríamos que ontológicamente cada derecho, y todos, son limitados, porque son derechos 'del hombre en sociedad', o sea, en la convivencia con otros hombres, y no derechos de un hombre aislado y solitario que pueda haber existido o exista antes o fuera de la convivencia social políticamente organizada»[1341] por lo que enfatiza: «están limitados (*ab initio*) significa, que también es viable 'imponerles' limitaciones razonables que den operatividad a la naturaleza constitutivamente limitada que revisten»[1342].

En relación al artículo 32 apartado 1 de la CADH, cuyo tenor dice: «Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad» BIDART CAMPOS afirma que «...en la convivencia hay obligaciones, hay deberes. Y si el Pacto los menciona, aunque no diga cuáles son, parece indicarnos que son obligaciones no puramente morales o éticas, sino además jurídicas»[1343] y asevera que en este precepto reside la noción limitativa de los derechos: «el mismo bien común, el valor solidaridad, y la idea de que hay un sistema integral de derechos de todos y de cada uno, pero no derechos de cada hombre como si él fuera el único y no conviviera con su prójimo, sino derechos de cada uno que para los demás irrogan deberes y límites[1344].

En esta tónica el artículo 30 de la CADH prevé: «Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas»[1345]. BIDART CAMPOS

[1341] *Ibidem.*
[1342] *Ibidem.*
[1343] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit., Tratado elemental...*, p. 264 y 265.
[1344] *Ibidem.* A este tenor BIDART CAMPOS puntualiza: «En el PIDCP no hallamos un artículo equivalente al de la CADH, pero su ausencia no nos desconcierta, al menos para el caso argentino, en cuyo derecho interno están integrados ambos pactos, y en el que la interpretación de uno no puede desgajarse de la del otro, ni de la común a los dos en armonía con el mismo derecho interno, especialmente con la Constitución. En cambio, el PIDCP contiene en el artículo 5.1 una disposición que se acerca a la del artículo 29 inc. a) de la CADH. Ninguna norma del pacto puede interpretarse en el sentido de conferir al Estado, a un grupo social, o a un individuo, el derecho de realizar actividad o acto encaminado a destruir un derecho, o a limitarlo en mayor grado que el previsto en el mismo pacto. Y la CADH estipula que tampoco puede interpretársela como concediendo al Estado, a un grupo, o a una persona, la supresión de los derechos, o la limitación en mayor medida que la prevista en ella. Son dos normas análogas que, aun cuando enfocan una pauta interpretativa, se enderezan a regular el marco de las limitaciones -posibles o imposibles- y a prohibir la destrucción de los derechos». *Ibidem*.
[1345] Véase Opinión Consultiva 6/86, de 9 de mayo de 1986, de la que literalmente extractamos el siguiente fragmento: «...la 'ley' que es indispensable dictar para someter a restricciones los derechos equivale a la norma emanada del órgano legislativo del Estado que inviste competencia legiferante, con el agregado de que esa norma debe haberse dictado conforme al procedimiento previsto para la elaboración de las leyes».

indica expresamente que el artículo 30 de la CADH emplea el vocablo «restricciones» para referirse concretamente «a las que afectan al goce y ejercicio de los derechos» por lo que asegura «consigna que su aplicación debe atenerse a leyes que tomen en cuenta el interés general (asimilable al bien común mentado en el artículo 32) y que se dicten con el propósito para el que son establecidas»[1346]. Afirma que, en su opinión «hay aquí un atisbo del principio de razonabilidad en las normas reglamentarias de los derechos que encarnan limitaciones a su ejercicio. Y a la vez una pauta de igualdad: razones de interés general, y propósito acorde con el que preside el dictado de la normativa...»»[1347].

A juicio de BIDART CAMPOS las normas de la CADH que reconocen derechos y libertades deben interpretarse con amplitud y holgura, en tanto las que disponen limitaciones a los mismos deben interpretarse con criterio estricto[1348]. Vinculado a esto último, recordemos que el plexo de derechos de la Constitución Boliviana no es taxativo conforme lo dispone literalmente el artículo 13.2 de la misma: «Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados». Precisamente en lo que se refiere a los derechos implícitos o derechos no enumerados, BIDART CAMPOS, enfatiza que: «en este espacio es donde hospedamos sin esfuerzo, al modo como lo hacen los pactos, todos los que surgen de fuente de Derecho internacional, especialmente de los tratados que son parte de Derecho interno»[1349].

Desde esta perspectiva sólo mediante «leyes» puede restringirse un derecho o una libertad dentro del marco autorizado por la CADH[1350]. Así lo establece el artículo 30 de la CADH: «Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes»». En cuanto a qué debemos entender por ley, BIDART CAMPOS, aclara que: «La Corte Interamericana interpretó que el vocablo 'leyes' que en el artículo 30 usa el Pacto, significa, dentro del contexto de las restricciones admisibles, únicamente las normas emanadas del órgano legislativo investido de competencia legiferante por la Constitución de cada Estado y democráticamente elegido conforme a ella, con el añadido de que la

---

[1346] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit., Tratado elemental...*, p. 265 y 266.
[1347] *Ibidem*.
[1348] *Ibidem*. En este contexto BIDART CAMPOS enfatiza: «La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-5/1985 sostuvo que no es suficiente para legitimar una restricción que ella sea útil para el fin protector, sino que debe ser necesaria, o sea, que ese fin de protección no se pueda alcanzar a través de otro medio menos restrictivo para el derecho afectado con la limitación». *Ibidem*.
[1349] *Ibidem*.
[1350] *Ibidem*.

norma dictada por tal órgano ha de haber transitado por el procedimiento o mecanismo previsto para la elaboración de las leyes»[1351]. De lo que podemos extraer que sólo por vía de una ley se puede restringir derechos y libertades que la CADH admite su limitación, por tanto no podrá imponerse restricciones acudiendo a otra categoría de normas, que no se encuentren revestidas de la formalidad de ley. Tómese en cuenta que en el Derecho boliviano los derechos sólo se limitan por ley según lo establecido en el artículo 109.II de la Constitución: «Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley».

Finalizamos este epígrafe, afirmando que las restricciones a los derechos y las libertades procedentes de la ley son legítimas en atención a los parámetros dispuestos por la CADH. A esta línea citamos a BIDART CAMPOS con el que coincidimos cuando dice: «quedarían aceptadas las restricciones que devienen de la Constitución toda vez que si es válida la restricción que proviene de una ley (inferior a la Constitución) puede serlo cuando dimana de la Carta constitucional, que es la suprema norma del ordenamiento jurídico»[1352] de tal modo que las restricciones a los derechos provienen de ambas unidades normativas, claro está de forma legítima. En los siguientes apartados analizaremos los límites y garantías de los derechos en el Sistema Internacional general y Sistema Internacional regional, para finalmente avanzar mediante el estudio dedicado especialmente al instituto del Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad. Llegados a este punto, se examinará la propuesta de eventual reforma constitucional según el orden dispuesto a tales efectos en el presente trabajo.

5.1. El Sistema Internacional general

Con el fin de completar el estudio de los límites y garantías en el Sistema Internacional de Derechos humanos, una vez observadas las premisas básicas que rigen dicho sistema, comentaremos, brevemente, a continuación, el Sistema Internacional general encuadrado en ONU.

En tal sentido, recordemos que la Carta de Naciones Unidas situó a los Derechos humanos como elemento nuclear en el ámbito de las obligaciones internacionales. Constituye pues el primer instrumento internacional que empleó la terminología «Derechos humanos»[1353].

[1351] *Ibidem*.
[1352] *Ibidem*.
[1353] STEINER, Christian y URIBE, Patricia, *op. cit*., «Introducción general»..., p. 5.

Al hilo de lo expresado, esta Carta en su artículo 1.3 declara que uno de los propósitos de la Organización es «realizar la cooperación internacional, (...) en el desarrollo y estímulo del respeto a los Derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión». En el contexto indicado se creó la Comisión de Derechos Humanos (1946) y el Alto Comisionado de Naciones Unidas por los Derechos Humanos (1994) [1354].

Por su parte la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 según el tenor de su artículo 1 declara: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». Cabe puntualizar que dicha Declaración proclama expresamente los valores de libertad, igualdad y fraternidad, que constituyen los mismos principios que fueron reconocidos en la propia Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, dispuesta en el Preámbulo de la primera Constitución Francesa de 1791.

En esta tónica la misma Declaración establece el reconocimiento de los derechos a toda persona sin ninguna clase de distinción en atención a lo dispuesto en su artículo 2: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía».

Resulta apropiado poner de relieve que la antedicha Declaración proclama los deberes de las personas, así como el alcance de la protección de derechos y libertades según el tenor de su artículo 29: «1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática...». Del

[1354] DERMIZAKY PEREDO, Pablo, *op. cit.*, «Derecho constitucional...»..., p. 834.

mismo modo la disposición contenida en su artículo 30: «Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración».

En este cuadro debemos señalar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que garantiza a todas las personas el goce de todos los derechos civiles y políticos, además de regular las limitaciones a los derechos de conformidad con lo dispuesto en su artículo 3: «Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto» y artículo 5 del mismo Pacto: «1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado».

De igual modo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 garantiza tales derechos y regula sus limitaciones conforme a lo estipulado en su artículo 4: «Los Estados parte en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática». En el mismo sentido, conviene puntualizar la disposición contenida en el artículo 5 de dicho Pacto: «1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado». Como podemos

observar ambos Pactos de 1966 disponen de manera taxativa por un lado la garantización de los derechos, y por otro lado, la regulación expresa del sistema de límites y garantías de tales derechos. Preceptos que son plenamente aplicables y de observancia obligatoria para todos aquellos Estados que son parte de dichos Pactos.

En definitiva, ONU, a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los dos Pactos de 1966 instituyen un auténtico marco ordinamental del que se puede extraer los siguientes postulados: *i*) reconoce y garantiza los derechos para todas las personas, *ii*) reconoce las limitaciones o restricciones a los derechos y *iii*) ordena que las limitaciones a los derechos no pueden ser otras que las dispuestas taxativamente en la Declaración y en los dos Pactos, por lo que no pueden transgredir tales márgenes. Así estas limitaciones operan inexcusablemente desde el respeto a los Derechos humanos.

5.2. El Sistema Internacional regional

Por último nos vamos a ocupar del Sistema Internacional regional. Desde esta perspectiva efectuaremos algunas apreciaciones relevantes en cuanto a la interpretación y aplicación de los Derechos humanos se refiere. En tal sentido, BIDART CAMPOS afirma que el artículo 29 de la CADH se presenta como una norma expresa[1355] pero que no significa que en esa norma se agoten las pautas interpretativas, de modo que adiciona lo siguiente: «a) toda su normativa queda sometida a una interpretación objetiva y valorativa por parte del órgano de aplicación (como ampliación de derechos no enumerados, limitaciones, restricciones, suspensiones); b) Convención de Viena de Derecho de los Tratados; c) diferentes fuentes internacionales e internas del sistema de Derechos humanos»[1356].

En este contexto la CADH establece los parámetros interpretativos según el tenor literal de su artículo 29: «Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan

[1355] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit., Tratado elemental...*, p. 273 y ss.
[1356] *Ibidem*.

de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza».

Por su parte la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre regula los límites a los derechos según la disposición contenida en su artículo 28: «Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático» y en mérito a su artículo 30: «Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración».

Siguiendo este hilo conductor BIDART CAMPOS manifiesta expresamente que las reglas de interpretación contenidas en la CADH permiten «...favorecer y a ampliar el sistema de derechos y libertades, tanto como a integrar lagunas normativas en sesgo tutelar de los mismos: a) para facilitar y propender a un acrecimiento del plexo de derechos; b) para frenar eventuales restricciones, limitaciones, o suspensiones a su goce»[1357]. En relación a las dos afirmaciones señaladas puntualiza que: «en a) de la convención se desprende que hay más derechos que los enunciados en su texto; en b) no hay ni puede haber limitaciones más severas que las que ella prevé»[1358]. A este tenor BIDART CAMPOS postula «el Derecho interno que da ingreso a la Convención Americana tiene que acomodarse a su tónica si es que el Estado parte aspira a no incurrir en infracciones a su obligación internacional»[1359]. Efectivamente, el artículo 29 de la CADH «limita la interpretación de la convención, en un sentido restrictivo ya que la supresión de los derechos y libertades consagrados en la misma, iría en contra de su objeto y fin como tratado de Derechos humanos»[1360].

Según apunta BIDART CAMPOS en los tratados internacionales sobre Derechos humanos «los Estados se someten, a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, hacia los individuos sujetos a su jurisdicción, creando una garantía objetiva que es oponible a los Estados parte. Los Estados no pueden limitar ni restringir

[1357] *Ibidem*.
[1358] *Ibidem*.
[1359] *Ibidem*.
[1360] *Ibidem.*

los derechos consagrados en la Convención en otro sentido y supuestos distintos a los establecidos por la misma»[1361]. Pero indica también este autor que «los Estados miembros de la Convención Americana están vinculados por otros tratados de Derechos humanos tanto regionales como universales, además que su Derecho interno consagra derechos y garantías, por lo que si en una misma situación son aplicables, la Convención Americana, otro u otros tratados y la ley interna del Estado, deberá prevalecer la norma más favorable a la persona humana (principio *pro persona*)»[1362]. En estas palabras podemos advertir lo que hemos especificado en el epígrafe 4 del presente capítulo, cuando nos referíamos precisamente a que el Principio *pro persona* rige ante una eventual oposición entre la norma interna y la norma internacional, por lo que nos remitimos a este punto señalado *in extenso*.

Seguido a lo anterior y apoyados en la Convención Americana, es posible afirmar que las limitaciones a los derechos se encuentran específicamente nominadas en las leyes y en los tratados internacionales. Ello fundado en el más escrupuloso respeto a la democracia, al Estado de Derecho y al *imperium* de la ley. Por lo que parece ser obligación prioritaria de las personas, en los márgenes del Sistema Internacional regional, el respeto mínimo de los derechos. Desde la perspectiva del Estado esta obligación implica respeto pero sobre todo la adopción de todas las medidas necesarias para lograr materializar esta obligación. Lo que de modo significativo se encuentra estipulado en las disposiciones contenidas en los artículos 1 y 2 de la CADH.

En este orden de ideas, resulta que el artículo 32 de la CADH que dice: «1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática» se constituye en un parámetro que permite determinar si las limitaciones concuerdan o no con los mandatos de la CADH, y en su caso, establecer responsabilidad internacional cuando el Estado restrinja el ejercicio de un derecho sobrepasando los límites dispuestos por la ley y por el tratado internacional[1363]. De este modo, toda limitación a los derechos si no se manifiesta de manera explícita en la Convención, deberá entonces supeditarse a lo dispuesto por los

[1361] *Ibidem*.
[1362] *Ibidem*.
[1363] Rodríguez, Gabriela, «Artículo 29. Normas de interpretación», en AA.VV., *op. cit.*, *Convención Americana*..., p. 712 y ss.

artículos 30 y 32 de la misma, *a contrario sensu*, la Corte IDH podría afirmar que la restricción es ilegítima por cuanto ha sido violatoria de un tratado internacional[1364]. Por otra parte, recordemos que la limitación o restricción de los derechos encuadrados en la ley o en el tratado será una faceta más de la obligación de garantía consagrada en los artículos 1 y 2 de la CADH, respectivamente[1365].

Indica BIDART CAMPOS, a este tenor, que el apartado 1 del artículo 1 de la Convención Americana «hace asumir a los Estados parte el compromiso obligatorio de respetar los derechos y libertades que el Pacto reconoce, y de garantizar su libre y pleno ejercicio a todos, sin discriminación»[1366]. Al hilo de lo dicho, afirma BIDART CAMPOS, suscribiendo la tesis de Nikken (juez de la Corte IDH), que el artículo 1 de la CADH es la piedra angular de la Convención. En efecto, este autor puntualiza que «...este artículo, como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece el compromiso de los propios Estados parte de 'respetar los derechos y libertades' reconocidos en la Convención y de 'garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción'»[1367].

Ofrece además BIDART CAMPOS esta apreciación: «...si por cualquier circunstancia (un derecho protegido) no pudiera ser ejercido por 'toda persona' sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos»[1368]. BIDART CAMPOS según señala la opinión de Nikken, reflexiona en torno al artículo 2 de la CADH, a propósito de sus palabras: «si el artículo 2 es leído a la luz de lo dispuesto por el artículo 1, se concluye, como lo ha hecho la misma Corte Interamericana, que dicha disposición no hace más que recoger una regla básica del Derecho internacional, según la cual todo Estado parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole»[1369]. Evidentemente el artículo 1 de la CADH «es la piedra angular sobre la cual descansa el

[1364] *Ibidem*.
[1365] *Ibidem*.
[1366] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit., Tratado elemental...*, p. 128.
[1367] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit., Tratado elemental...*, p. 137.
[1368] *Ibidem*.
[1369] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit., Tratado elemental...*, p. 137 y 138.

sistema de derechos y libertades de dicho instrumento y, en gran medida, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos»[1370].

A tenor de estas líneas puntualizamos que la obligación de adoptar las disposiciones de Derecho interno, sean legislativas o de otro orden, para otorgar efectividad a los derechos y libertades contenidos en los tratados internacionales resultan ser complementarias a las distintas obligaciones que se originan en el artículo 1.1. de la CADH relativas al deber de respeto y garantía de los derechos y libertades previstos en la misma Convención[1371]. Ello en la medida de que pueden generar responsabilidad internacional a los Estados parte de la CADH[1372]. Por último, la obligación de adoptar las disposiciones de Derecho interno que estipula el artículo 2 de la CADH constituye una de las diferencias más importantes respecto al Sistema Europeo, por la razón de que el CEDH no reconoce ninguna cláusula de similar naturaleza[1373].

Resaltamos pues, para finalizar, que los tratados internacionales sobre Derechos humanos no sólo establecen los derechos de las personas sino además sus limitaciones por parte de los Estados. Las restricciones implican todas aquellas limitaciones que en la normalidad democrática se imponen a los derechos en razón del interés público o el bien común de la sociedad. En el ámbito internacional regional es la Convención Americana el instrumento internacional fundamental que determina expresamente tales restricciones legítimas de los derechos.

5.3. El Bloque de constitucionalidad y el Control de convencionalidad

Partamos naturalmente en este punto del artículo 256.I de la Constitución, cuyo tenor literal reza: «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». Del mismo modo el artículo 13.IV de la Constitución ordena: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa

[1370] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María, *op. cit.*, «Artículo 1...»..., p. 46.
[1371] *Ibidem*.
[1372] *Ibidem*.
[1373] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María, «Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno», en AA.VV., *op. cit.*, *Convención Americana*..., p. 72 y 73.

Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno...».

Como vimos en anteriores capítulos la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable está prohibida por los tratados internacionales en materia de Derechos humanos, que para el ordenamiento constitucional boliviano forman parte del Bloque de constitucionalidad según el tenor del artículo 410.II de la Constitución: «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...». A esta línea se suman los fallos de la Corte IDH sobre irretroactividad de la ley penal desfavorable fraguados en los casos específicos «De La Cruz Flores *vs.* Perú», sentencia de 18 de noviembre de 2004[1374], y «Vélez Loor *vs.* Panamá», sentencia de 23 de noviembre de 2010[1375]. Además, debemos precisar que la antedicha jurisprudencia interamericana también forma parte del Bloque de constitucionalidad en atención al artículo 410.II de la Constitución.

En este contexto las sentencias de la Corte IDH poseen carácter de autoridad conforme lo dispone el artículo 67 de la CADH: «El fallo de la Corte será definitivo e inapelable». En consecuencia, estas sentencias son vinculantes y un entendimiento contrario violaría la CADH por cuanto la misma ha consagrado el carácter autoritativo de la Corte IDH. Así

[1374] Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párrs. 80, 81 y 82: «80. En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo. 81. En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. 82. En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico».

[1375] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 183: «En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo. El Tribunal ya ha tenido oportunidad de expedirse en cuanto a la aplicación del artículo 9 de la Convención a la materia sancionatoria administrativa. A este respecto ha precisado que en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva».

lo ha reconocido la Sentencia Constitucional 0110/2010-R, de 10 de mayo de 2010[1376] que ha incorporado las sentencias de la Corte IDH al Bloque de constitucionalidad. Cabe destacar que el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados responde al principio de buena fe o *pacta sunt servanda*. Principio que irradia el contenido de las sentencias de la Corte IDH o denominado *efecto útil*. Precisamente por este efecto las sentencias interamericanas forman parte del Bloque de constitucionalidad. Remitimos al capítulo segundo de este estudio en el que se ha analizado con detalle la evolución y vigencia del Bloque de constitucionalidad, además hemos visto su importancia para lo que se refiere la protección de los derechos recogidos en los tratados internacionales sobre Derechos humanos.

De acuerdo con lo anterior señalamos que la retroactividad de la ley penal desfavorable se encuentra reconocida en el artículo 123 *in fine* de la Constitución[1377] «...en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución». Precepto que resulta inconstitucional por ser contrario a las disposiciones

[1376] Véase la Sentencia Constitucional 0110/2010-R, de 10 de mayo de 2010: «En efecto, al ser la CIDH el último y máximo garante en el plano supranacional del respeto a los Derechos humanos, el objeto de su competencia y las decisiones que en ejercicio de ella emanan, constituyen piedras angulares para garantizar efectivamente la vigencia del 'Estado Constitucional', que contemporáneamente se traduce en el Estado Social y Democrático de Derecho, cuyos ejes principales entre otros, son precisamente la vigencia de los Derechos humanos y la existencia de mecanismos eficaces que los hagan valer, por eso es que las Sentencias emanadas de este órgano forman parte del Bloque de constitucionalidad y fundamentan no solamente la actuación de los agentes públicos, sino también subordinan en cuanto a su contenido a toda la normativa infraconstitucional vigente. Asimismo, otra razón para sustentar, en el orden interno, la jerarquía constitucional de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la llamada doctrina del efecto útil de las Sentencias que versan sobre Derechos humanos, la misma que fue desarrollada por la propia Corte Interamericana. En efecto, las Sentencias emitidas luego de una constatación de vulneración a Derechos humanos, generan para el Estado infractor responsabilidad internacional, premisa a partir de la cual, el Estado asume obligaciones internacionales de cumplimiento ineludibles e inexcusables. Desde la óptica del Derecho internacional de los Derechos humanos, el cumplimiento de estas obligaciones internacionales, responde a un principio esencial que sustenta el propio sistema interamericano de protección de Derechos humanos, que es el de 'buena fe', llamado también '*pacta sunt servanda*', en virtud del cual, los Estados deben atender sus obligaciones internacionales, fundamento por demás sustentado para argumentar que los Estados miembros de este sistema, no pueden por razones de orden interno dejar de asumir esta responsabilidad internacional. Por lo expuesto, se puede afirmar que es precisamente el principio de buena fe, el que reviste a las Sentencias de la CIDH el efecto útil o de protección efectiva, siendo por tanto plenamente justificable la ubicación de estas Sentencias dentro del llamado Bloque de constitucionalidad. En el marco del panorama descrito, se colige que inequívocamente las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del Bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este Bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno...».

[1377] Es importante precisar que en los debates de la Asamblea Constituyente no se registró el planteamiento y propuesta de la irretroactividad de la ley penal perjudicial en materia de corrupción.

de la Constitución. Prueba de ello es el artículo 116.II de la misma Carta, cuyo tenor dice: «Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible». Pero además es inconvencional por ser contrario a los tratados internacionales en materia de Derechos humanos, de tal modo que infringe el artículo 11.2 de la DUDH, artículo 9 de la CADH y artículo 15.1 del PIDCP.

Resaltamos, a este tenor, que en el caso de oposición entre el artículo 123 *in fine* y los tratados internacionales de Derechos humanos el Estado debe modificar y encuadrar la disposición cuestionada en las normas de los tratados internacionales sobre Derechos humanos[1378] considerando que han sido ratificados por el Estado boliviano y forman parte del Bloque de constitucionalidad. Medida que se justifica ante la evidente vulneración de los principios de legalidad e irretroactividad. Lo que ocasiona el quebrantamiento de las reglas del Debido proceso y del sistema de Derechos Humanos/Fundamentales. Se trata de un precepto constitucional manifiestamente contrario a las normas y al espíritu mismo de la CADH.

De este modo el artículo 123 *in fine* de la Constitución quebranta la CADH generando responsabilidad internacional del Estado. En el sentido que indicamos, el Estado vulnera la Convención cuando expide o mantiene disposiciones frontalmente discordantes con la misma. Así el artículo 2 de la CADH determina claramente una obligación legislativa o constitucional de suprimir toda norma que infringe la CADH, ello para evitar que los tribunales nacionales continúen materializando la disposición vigente en el ordenamiento jurídico constitucional[1379]. Por tanto, la vigencia del artículo 123 *in fine* de la Constitución genera responsabilidad internacional del Estado pues se le imputa la responsabilidad por sus actos u omisiones en lo que se refiere la violación de los derechos consagrados en la Convención[1380].

En efecto, sobre el control de convencionalidad nos remitimos al capítulo segundo de este trabajo donde hemos efectuado un análisis exhaustivo sobre la referida doctrina a la luz

---

[1378] Criterios interamericanos contrastados en Corte IDH, *Caso «La Última Tentación de Cristo»* (*Olmedo Bustos y otros*) *vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrs. 114, 118, 119, 120, 121 y 123.

[1379] *Cfr*. Corte IDH, *Caso «La Última Tentación de Cristo»* (*Olmedo Bustos y otros*) *vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

[1380] *Cfr*. Corte IDH, *Caso «La Última Tentación de Cristo»* (*Olmedo Bustos y otros*) *vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

de la jurisprudencia interamericana diferenciando el control concentrado y difuso en este ámbito. No obstante, es necesario recordar que el control de convencionalidad realizado *ex officio* requiere de una institucionalidad muy fortalecida en cuanto al cuerpo de la magistratura que lo compone. Ello debido a la responsabilidad de la autoridad judicial a momento de realizar el control de convencionalidad o el control de constitucionalidad y de convencionalidad a la vez. Por lo que, el juez en este caso será juez nacional y juez interamericano, de tal manera que la idoneidad judicial será crucial para efectivizar los estándares mínimos interamericanos. Cabe señalar, a nuestro juicio, que la legitimidad a la que hacemos referencia se cuestiona desde sede nacional por la polémica modalidad de elección de magistrados dispuesta en la Constitución de 2009, donde podemos constatar que es la única Carta constitucional en el continente que prevé la elección de magistrados de altos cargos mediante sufragio universal. A este respecto no podremos profundizar, pero si constar que es un elemento definitivo para cumplir los apelativos de imparcialidad y meritocracia en el marco de la administración de justicia.

Para finalizar esta breve contextualización de Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad, debemos reafirmar, que como vimos en el capítulo segundo, el control de convencionalidad se efectúa no sólo de leyes, decretos y otras unidades normativas de orden infraconstitucional, sino también de la norma constitucional cuando evidentemente contiene preceptos contrarios a la CADH en función a la protección de los Derechos y Libertades fundamentales consagrados en la misma Convención y todo ello enmarcado en un esquema democrático y respetuoso de los cánones del Estado de Derecho.

6. ¿ES POSIBLE EL CONTROL CONVENCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO?

En este punto es en el que surge la cuestión relativa a si la Constitución puede someterse, o no, al control de convencionalidad. A lo que estamos en condiciones de responder afirmativamente, pues consideramos que la Constitución sí puede ser objeto de control de convencionalidad. En este supuesto, *a priori*, la CADH asumiría un valor de supraconstitucionalidad. Encontramos un ejemplo notable de ello en el caso específico de «La última tentación de Cristo» donde la Corte IDH ordenó a Chile la modificación de una cláusula de su Constitución contraria a la CADH referida concretamente a la libertad de expresión. Ilustran las palabras de SAGÜÉS, a este respecto, pues asevera que en el caso

de confrontación entre una cláusula de la Constitución y la Convención Americana podrá en todo caso la Constitución someterse a control convencional[1381].

En este contexto, podemos afirmar que la Constitución reconoce la aplicación del control de convencionalidad. De este modo Bolivia es parte de la CADH por cuanto se adhirió a dicho instrumento internacional mediante Decreto Supremo 16575, de 13 de junio de 1979. Decreto que fue elevado a rango legal según Ley 1430, de 11 de febrero de 1993. El Estado boliviano efectuó el depósito del instrumento de adhesión a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos en fecha 19 de julio de 1979. En este sentido, Bolivia se somete a la competencia de la Corte IDH como lo ha afirmado la Sentencia Constitucional 1250/2012, de 20 de septiembre de 2012 que literalmente dispuso: «...los Estados al suscribir una convención o tratado se convierten en Estado parte, en consecuencia adquieren derechos y obligaciones en cumplimiento del principio fundamental del Derecho Internacional reflejado en el denominado *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga) tal y como lo señala la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969. Por tanto al haber suscrito Bolivia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también se somete a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos».

De donde es posible apreciar que la CADH forma parte del Bloque de constitucionalidad, pero además tiene aplicación preferente cuando declara derechos más favorables a los contenidos en la Constitución según lo estipula el artículo 256.I de la Constitución: «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». Se encuadra la competencia de la Corte IDH en el artículo 62.1 de la CADH en los siguientes términos: «Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención». Por tanto, debemos especificar que Bolivia al adherirse a la CADH ha reconocido como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial

[1381] SAGÜÉS NÉSTOR, Pedro, *op. cit.*, «Obligaciones internacionales...»..., p. 284.

la competencia de la Corte IDH. Lo que conlleva al Estado a cumplir con sus fallos que son vinculantes y que interpretan las normas de la propia Convención.

En consonancia con la suscripción de la CADH el Estado boliviano debe cumplimiento estricto a los artículos 1 y 2 de ésta Convención, cuyos postulados básicos son: *i*) respetar los Derechos y Libertades declarados en la CADH, así como garantizar su libre y pleno ejercicio a todas las personas sin ninguna discriminación ni exclusión y *ii*) la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para asegurar los Derechos y Libertades Fundamentales consagrados en ella.

En palabras de SAGÜÉS «en el supuesto de oposición entre una cláusula de la Constitución y la Convención Americana, el Estado debe cumplir con la Convención a todo costo, y no puede alegar su Constitución para incumplir al Pacto, esto provoca, como resultado concreto final, que el Pacto está jurídicamente por encima de la Constitución»[1382]. Así mismo señala este autor, al hilo de GARCÍA RAMÍREZ que «...la consecuencia del control de convencionalidad, es que la regla constitucional que lesiona al Pacto debe quedar inaplicada, o si se prefiere, de aceptarse la expresión de *Sudré*, 'paralizada'; lo mismo acaece con las normas subconstitucionales violatorias del Pacto»[1383]. A lo que dicho autor añade puntualmente «desde otra perspectiva, puede constatarse que en tanto que el Pacto puede lesionar jurídicamente a la Constitución, en tanto que su Derecho puede acarrear la inaplicación de la regla constitucional que se le oponga, o exigir la modificación de ella ('La última tentación de Cristo') en cambio la Constitución no puede válidamente lesionar al Pacto. Si ello no implica superioridad de la Convención sobre la Constitución, francamente no sabemos cómo denominar de otro modo a tal estado de cosas»[1384].

En virtud del reconocimiento de esta posición de superioridad jurídica de la Convención respecto a la Constitución, podemos reafirmar que dicho valor se encuentra especialmente reforzado en el ordenamiento constitucional boliviano según lo dispuesto en el artículo 13.IV de la Constitución: «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...» y según el tenor del artículo 256.I de la Constitución: «Los tratados e instrumentos internacionales

[1382] *Ibidem*.
[1383] *Ibidem*.
[1384] *Ibidem*.

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». En nuestra opinión, se trata, de que la CADH cuando declara derechos más favorables que los contenidos en la propia Constitución, adquiere un valor supra-constitucional, por lo que tiene autoridad suficiente para determinar que se inaplique o se modifique la cláusula constitucional contraria a su tenor. Por tanto, la virtud de la CADH en el plano jurídico convencional es que la misma efectúa el control de compatibilidad entre sus normas y las normas constitucionales, y hace prevalecer sus normas cuando sean más protectoras de los Derechos y Libertades.

PÉREZ LUÑO afirma que: «...no solamente habría que reputar inválidas, por considerarse inconvencionales, las normas constitucionales y subconstitucionales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, sino que también deberían, interpretarse de acuerdo o de conformidad a dicho Pacto»[1385] seguidamente indica que esto es así «por analogía con la doctrina de la interpretación de las normas subconstitucionales, con la Constitución»[1386]. Por su parte SAGÜÉS matiza que «...si una cláusula de una Constitución nacional, permite por ejemplo dos o tres interpretaciones, el operador deberá preferir la que coincida, y no la que se oponga, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *a contrario sensu*, significa que deberá desechar las interpretaciones de la norma constitucional, que resulten incompatibles con la Convención Americana»[1387].

Resulta especialmente relevante dada su ejemplaridad el caso «Olmedo Bustos y otros *vs*. Chile», sentencia de 5 de febrero de 2001, denominado «La última tentación de Cristo», donde la Corte IDH enfáticamente señaló que el Estado chileno, al mantener la censura cinematográfica en su ordenamiento jurídico (específicamente artículo 19, apartado 12 de su Constitución y Decreto Ley 679), incumplía con el deber de adecuar su Derecho interno a la CADH, para hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, tal y como estipulan los artículos 2 y 1.1 de la Convención[1388]. De modo que la Corte IDH resolvió que el Estado no cumplió con los deberes generales de respetar y garantizar los derechos

[1385] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ta. Edición, Tecnos, Madrid, 1995, p. 282.
[1386] *Ibidem*.
[1387] SAGÜÉS NÉSTOR, Pedro, *op. cit.*, «Obligaciones internacionales...»..., p. 285.
[1388] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María, *op. cit.*, «Artículo 2...»..., p. 86.

consagrados en la CADH y principalmente de encuadrar su ordenamiento jurídico interno en las disposiciones de la referida Convención[1389].

Desde esta perspectiva es posible determinar que el control de convencionalidad no sólo recae sobre las leyes internas, decretos, reglamentos u ordenanzas, sino también la propia Constitución. En el último supuesto se materializa cuando los preceptos constitucionales son contrarios a los derechos consagrados en la Convención. Dicho control es plenamente aplicable en el caso boliviano máxime que la Constitución privilegia la aplicación de los tratados internacionales en materia de Derechos humanos, que reconocen derechos más favorables a los dispuestos en el ordenamiento constitucional. Así el artículo 123 *in fine* de la Constitución es manifiestamente contrario a la CADH por transgredir los principios de legalidad y de irretroactividad consagrados en la misma. Por lo tanto, resulta plenamente viable el control de convencionalidad ejercido sobre éste precepto constitucional.

Recordemos, a este respecto, que el Estado boliviano no ha ratificado la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, que en su artículo 26 establece el Principio *Pacta sunt Servanda*, regulando que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de *buena fe*. En el mismo sentido, el artículo 27 que estipula que las partes no podrán invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado internacional. Como dijimos *ut supra* Bolivia al no formar parte de la Convención de Viena bien podría, eventualmente, incumplir aquellas normas amparadas en la CADH bajo el argumento de que el artículo 123 *in fine* es producto de la soberanía popular plasmada en la Constitución. En efecto, la no suscripción de la citada Convención abre la compuerta a diferentes situaciones jurídicas no siempre compatibles con los principios elementales del Derecho internacional.

De este modo la responsabilidad internacional del Estado se genera por actos u omisiones de cualquier poder u órgano, independientemente de su jerarquía, que vulneran la CADH. En otros términos, todo acto u omisión imputable al Estado, en violación de las normas internacionales en materia de Derechos humanos implica la responsabilidad internacional del Estado. En el caso particular que venimos tratando esta responsabilidad se materializa en atención al artículo 123 *in fine* de la Carta constitucional, por cuanto se quebrantan los

[1389] *Ibidem*.

principios de legalidad e irretroactividad y las reglas del Debido proceso consagrados en la Convención. Subrayamos además, que el Estado boliviano no ha adoptado «las medidas legislativas necesarias para garantizar y hacer efectivos los derechos y libertades» que se estipulan en el artículo 9 de la CADH.

Ahora bien, el artículo 123 *in fine* de la Carta constitucional no se adecúa a los estándares del artículo 9 de la CADH, debido a que reconoce la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable en materia de corrupción, agravando la situación jurídica del encausado y la condena penal del mismo. Situación que en Derecho penal sólo ha sido solventada en los regímenes autoritarios y alejados del Estado Democrático y de Derecho. En consecuencia, es posible especificar que el Estado transgrede el artículo 2 de la Convención. Ante ello, el Estado boliviano debió dictar las normas constitucionales y legales respectivas con el fin de reformar este precepto por ser evidentemente contrario al artículo 9 de la CADH. No obstante, llamativamente se ha procedido a la aprobación de la Ley 004, «Marcelo Quiroga Santa Cruz». Norma que reafirma la retroactividad de la ley en los delitos de enriquecimiento ilícito y enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado. De manera que el Estado omite el cumplimiento de la regla prescrita en el artículo 2 de la CADH «los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha generado responsabilidad internacional para el Estado mediante la Sentencia Constitucional 0770/2012, de 13 de agosto de 2012 porque no ha considerado las disposiciones de la CADH en lo relativo a la legalidad y retroactividad. La referida Sentencia declara la constitucionalidad de la Disposición Final Primera de la Ley 004 «Marcelo Quiroga Santa Cruz» que prevé la retroactividad de los delitos de corrupción, por tanto, en última instancia, es el Estado quien incumple con la obligación de adoptar «las medidas de otro carácter» necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades que se determinan de forma clara e inequívoca en la CADH.

Además tómese en cuenta que el Estado boliviano no ha manifestado intención alguna de observar y cumplir con las normas internacionales en materia de Derechos humanos. En esta tónica, tampoco ha propuesto una alternativa de modificación del artículo 123 *in fine* de la Constitución, siendo ciertamente contrario a la CADH. De este modo ha demostrado falta de adecuación de las normas y desenvolvimiento de la actuación de los Órganos del

Estado en lo que atañe el cumplimiento de la CADH. Lo que corrobora la posición de que el Estado vulnera la Convención en los extremos que han sido pormenorizados.

En efecto, el Estado boliviano es responsable de la violación de los derechos protegidos en los artículos 9 y 2 de la Convención con relación al artículo 1.1 de la misma. A tenor de estas líneas, recordemos que los Estados deben respetar y garantizar todos los derechos y libertades reconocidos en la Convención a las personas bajo su jurisdicción, en el mismo sentido deben cambiar o adecuar su legislación para hacer plenamente efectivo el goce y el ejercicio de tales derechos y libertades. Al hilo de lo manifestado, conviene puntualizar que el Estado evidentemente vulnera el artículo 9 de la CADH, por lo que, en definitiva, incumple con el deber de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y además de garantizar su libre y pleno ejercicio de conformidad con lo estipulado en el artículo 1.1 de la referida Convención.

Por último, señalamos que de continuar vigente el artículo 123 *in fine* de la Constitución, es posible sostener que Bolivia incumple los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y esencialmente de encuadrar su ordenamiento jurídico interno en las disposiciones de la Convención, conforme lo ha estipulado en su artículo 2. «Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno»: «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

Por ello, Bolivia debe adoptar las medidas apropiadas para reformar su ordenamiento jurídico constitucional en observancia y cumplimiento de los principios elementales del Derecho: legalidad e irretroactividad de la ley penal, que se encuentran taxativamente consagrados en la Convención. Subrayamos, por tanto, que es necesario activar un procedimiento de reforma constitucional, que se materialice en los márgenes del Estado Democrático y de Derecho y al amparo del sistema de Derechos fundamentales, que salvaguardan la dignidad de las personas. En el presente caso examinado, la dignidad viene casada al respeto de la libertad y la garantía de presunción de inocencia, atribuidas a todo justiciable penalmente, por el sólo hecho de su naturaleza humana.

7. ¿ES NECESARIA UNA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO?

Anunciada la posibilidad de una reforma de la norma constitucional, debemos plantearnos la necesidad de la misma y cuál es el mecanismo jurídico indicado para su realización. *A priori*, partamos de que el artículo 123 de la Constitución se localiza claramente en el Título IV destinado a las «Garantías Jurisdiccionales y Acciones de Defensa», Capítulo Primero dedicado exclusivamente a las «Garantías Jurisdiccionales». De acuerdo con esta ubicación, es posible afirmar que el artículo 123 se presenta como una garantía de carácter constitucional y jurisdiccional en favor de las personas sin ninguna forma de exclusión. Cuya institución también responde, en cierta medida, al encuadramiento en el Principio de legalidad regulado por la misma Carta constitucional. No obstante, dicho precepto en su parte *in fine* dispone la retroactividad de la ley penal en materia de corrupción del siguiente modo: «...en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución».

De este modo la retroactividad en materia de corrupción se contrapone al Principio de legalidad determinado en el artículo 116.II de la Constitución: «Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible» así como al Principio de irretroactividad previsto sólo en la parte primera del artículo 123 de la Carta constitucional: «La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado...». Por lo tanto, cualquier intento de legitimar la retroactividad desfavorable resulta absolutamente inaceptable en los límites establecidos por el Estado social y democrático de Derecho. En el caso que tratamos la retroactividad de la ley en materia de corrupción quedaría manifiestamente desvirtuada jurídico-constitucionalmente y situada al margen del orden jurídico. Ello es así porque el sistema constitucional se fundamenta de manera esencial en la democracia y la legalidad. Premisas que se proclaman en todos los textos de Derechos humanos del orden multinivel.

Pero además esta retroactividad, no sólo es contrapuesta a la luz del orden constitucional, sino que es imposible de admitirla desde la concepción del orden penal democrático, por cuanto no se trataría de un Derecho penal de resultado, sino más bien de un Derecho penal de autor que termina convirtiendo los delitos en actos de guerra. Resaltamos en este punto

fundamental que todas las Constituciones de la *República* de Bolivia sólo han consagrado la retroactividad favorable. Retroactividad que opera en beneficio del imputado o en favor del trabajador de acuerdo con los cánones del Estado de Derecho y al tenor de los tratados internacionales sobre Derechos humanos.

En virtud de lo expuesto cabe precisar que el artículo 123, si bien está ubicado en el Título IV destinado a las «Garantías Jurisdiccionales y Acciones de Defensa», Capítulo Primero «Garantías Jurisdiccionales» de la Constitución, no es menos cierto que dicho precepto infringe los principios de legalidad e irretroactividad y Debido proceso localizados del mismo modo en este capítulo. Por tanto, podemos afirmar que el artículo 123 *in fine* es inconstitucional por transgredir el Principio de legalidad establecido taxativamente en el artículo 116.II de la Constitución: «Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible» y por quebrantar el Debido proceso consagrado en el artículo 115.II de la norma fundamental: «El Estado garantiza el derecho al debido proceso...» así como el artículo 117.I: «Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso...». Lo que venimos afirmando quiere decir que es irrelevante, en última instancia, el argumento de la ubicación del artículo 123 en el texto constitucional, pues su contenido manifiesta con absoluta claridad la retroactividad de la ley en materia de corrupción. En este sentido, parece que no estamos frente a una garantía instituida en favor de los ciudadanos, sino más bien una garantía *sine iure* en favor del propio Estado.

Frente a todo lo anterior añadiremos que para modificar el artículo 123 parte *in fine* de la Constitución debemos acudir necesariamente al mecanismo de la reforma total del texto constitucional. Aunque, no han faltado algunos autores que han propuesto defender la retroactividad de la ley en materia de corrupción según diferentes elucubraciones. En esta línea se sitúa ROJAS TUDELA quien propone lo siguiente: «una alternativa, que supondría una excepción al Bloque de constitucionalidad dispuesto en el artículo 410, y artículos 256 y 13, sería la modificación del artículo 123 estableciendo una reserva expresa que señale que en materia de corrupción, no es aplicable, por decisión soberana del Estado, el Derecho internacional de los Derechos humanos que limiten específicamente esta acción, encomendando al Órgano Ejecutivo la renegociación de esta reserva en los tratados internacionales respectivos. Sin embargo, pese a que esta podría ser una alternativa, se

debilitaría la noción misma del Bloque de constitucionalidad»[1390]. Como vemos este autor concluye con la imposibilidad de plasmar la solución propuesta desde la perspectiva del Bloque de constitucionalidad. Lo que evidentemente sería un despropósito, desde nuestra opinión, pretender efectuar reservas a los tratados internacionales de Derechos humanos en lo que se refiere materia de corrupción, considerando el valor supra-constitucional que adquieren tales tratados por mandato de la Constitución y en observancia del Bloque de constitucionalidad que se encuentra expresamente recogido en la norma fundamental. Por otra parte afirmamos que es sumamente difícil admitir este planteamiento en observancia del Principio *pacta sunt servanda* toda vez que Bolivia como Estado parte de los tratados internacionales en materia de Derechos humanos debe cumplir de *buena fe* con las normas contenidas en los mismos.

Ha de precisarse que debe reformarse el artículo 123 *in fine* del texto constitucional «...en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución», bajo determinados argumentos que justifican ésta necesidad de reforma. Al hilo de lo contextualizado, para que exista una reforma constitucional deben concurrir dos elementos esenciales: *i*) un texto constitucional, escrito y rígido y *ii*) el imperativo de introducir modificaciones al documento constitucional[1391]. En este sentido, fundamentalmente debe existir la necesidad del cambio normativo constitucional. Por lo tanto, tal como puntualiza TIERNO GALVÁN: «El primer momento de la relación dialéctica inmediata entre Constitución y realidad social tiene que proceder de cambios en la realidad social, a partir de la cual aparece la necesidad de dar una respuesta normativa a los cambios que se ha producido en la realidad socio-política»[1392]. Completando su exposición con las siguientes palabras «cuando ya no bastan las proposiciones normativas formuladas en los textos o cuando cualquier solución al problema implicaría contradecir alguna decisión normativa expresa, no queda otra vía que un nuevo pronunciamiento normativo constituyente que pone en actividad al Poder Constituyente que, en un sistema democrático, convoca la manifestación de la voluntad popular como voluntad constituyente»[1393].

[1390] ROJAS TUDELA, Farit, *op. cit.*, «Análisis y...»..., p. 293.
[1391] DÍAZ RICCI, Sergio, *Teoría de la Reforma Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 355.
[1392] *Ibidem.*
[1393] DÍAZ RICCI, Sergio, *op. cit.*, *Teoría de...*, p. 364.

En virtud de lo expresado cabe trazar las líneas generales de la función constituyente que se refiere a la reforma total del texto constitucional, que se compone materialmente de cuatro fases primordiales, tal como observaremos a continuación.

Primera Fase: iniciativa constituyente, es decir la actividad de aquel sector de la sociedad que formula o presenta una propuesta constituyente, o en otros términos que emprende una iniciativa constituyente. Situación que por el número significativo de voluntades se revestirá de autoridad[1394]. En el caso boliviano, según el tenor literal del artículo 411.I de la Constitución están habilitados para promover la convocatoria a referendo, que active una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria: *i*) iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado, *ii*) por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional y *iii*) por la Presidenta o el Presidente del Estado.

Segunda Fase: formación de un cuerpo representativo, es decir elaborar un único proyecto normativo que reúna amplia adhesión de carácter popular[1395]. Encuadrada esta fase al caso particular de Bolivia resulta de especial importancia que el número de asambleístas constituyentes, que representan a los diferentes componentes políticos de la sociedad, deberá ser determinado por una Ley de Convocatoria a la Asamblea Constituyente.

Tercera Fase: elaboración de la enmienda constitucional como tal. Esta fase corresponde al momento preciso de deliberación para las decisiones constituyentes y de elaboración de la normativa correspondiente en el seno del cuerpo de representantes[1396]. En el caso que tratamos de Bolivia, nos remitimos nuevamente al artículo 411.I de la Constitución, que dispone que la Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por *dos tercios* del total de sus miembros presentes.

Cuarta Fase: ratificación popular. Etapa en la que se supone que ha concluido el trabajo del cuerpo de representantes constituyentes y corresponde la ratificación popular de la normativa por parte de la participación popular[1397]. En el sentido indicado, conforme lo

[1394] DÍAZ RICCI, Sergio, *op. cit.*, *Teoría de...*, p. 164.
[1395] DÍAZ RICCI, Sergio, *op. cit.*, *Teoría de...*, p. 171.
[1396] DÍAZ RICCI, Sergio, *op. cit.*, *Teoría de...*, p. 182.
[1397] DÍAZ RICCI, Sergio, *op. cit.*, *Teoría de...*, p. 186.

estipulado en el artículo 411.I de la Constitución, resaltamos que la vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio indefectiblemente.

Apuntada sucintamente la necesidad de una reforma del artículo 123 de la Constitución, pasamos a continuación a elaborar a través de la investigación los fundamentos de orden jurídico constitucionales que encuadran la reforma total de la Constitución. De este modo seguiremos la línea propuesta por la norma fundamental referida a los parámetros de esta modalidad de reforma que involucra un cambio total. Ello debido a la localización del artículo 123 en el texto constitucional, que como vimos *ut supra* pertenece al Título IV destinado a las «Garantías Jurisdiccionales y Acciones de Defensa», Capítulo Primero «Garantías Jurisdiccionales». Lo que únicamente puede ser objeto de una reforma total.

8. LA VÍA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Iniciamos en este punto recordando la definición dada de reforma de la Constitución por BIDART CAMPOS, que conceptualizaba el término del siguiente modo: «se plasma en el poder constituyente derivado, es decir del que se ejerce para reformar la Constitución, habilitado por ella misma»[1398] por lo que podemos afirmar que el poder constituyente derivado encuentra su norma base en el artículo 411.I y II de la Constitución. En efecto, tomando en consideración el tipo escrito y rígido de la Constitución formal, su revisión se efectúa mediante la materialización de un procedimiento agravado. Por ello, es posible apostillar que la Constitución es rígida y no flexible, lo que en última instancia, garantiza su supremacía. Naturalmente, el procedimiento agravado de reforma difiere de modo sustancial del procedimiento de reforma de layes ordinarias.

Desde la perspectiva comentada, la Constitución prevé dos tipos de reforma: una total y otra parcial. En el caso de la reforma parcial no puede afectarse las bases fundamentales de la Constitución, los derechos, deberes y garantías, o la primacía. En tanto, que en la reforma total de la Constitución, efectuada a través de una Asamblea Constituyente con carácter de originaria y plenipotenciaria, no existen cláusulas pétreas o inmodificables en el proceso de reforma total de la norma fundamental.

La reforma total aparece recogida expresamente en el artículo 411.I de la Constitución, en los siguientes términos: «La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a

[1398] BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit., Manual de...*, p. 377.

sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio». Como vemos, el referido precepto establece de forma clara e inequívoca que la reforma total está destinada a modificar las bases fundamentales, los derechos, deberes y garantías, así como la primacía y la reforma de la Constitución.

De lo que podemos extraer, a la luz de dicha cláusula, que la reforma total tiene por objeto los artículos comprendidos desde el artículo 1 hasta el 140 del texto constitucional (Bases fundamentales, derechos, deberes y garantías) y los artículos 410 y 411 de la Constitución (primacía y reforma de la Constitución) ya sea que se efectué la modificación de una sola de estas disposiciones o todas en conjunto[1399]. En el caso específico que tratamos, resulta especialmente relevante que el artículo 123 *in fine* se encuentra localizado en la Primera Parte de las «Bases Fundamentales del Estado, Derechos, Deberes y Garantías», Título IV «Garantías Jurisdiccionales y Acciones de Defensa», Capítulo Primero «Garantías Jurisdiccionales». En consecuencia, desde este punto nuclear, es imposible que opere una reforma parcial, por cuanto el artículo 123 se encuentra enmarcado en la Primera Parte «Bases Fundamentales y Garantías». Por consiguiente, para modificarse el artículo 123 *in fine* del texto constitucional debe materializarse indefectiblemente una reforma total, pues *a contrario sensu*, se provocaría la inconstitucionalidad de la pretendida reforma.

Efectivamente, lo descrito supone que la convocatoria a referendo para instalación de una Asamblea Constituyente se lleva a cabo por los siguientes sujetos: *i*) electorado mediante iniciativa ciudadana con la firma de al menos el 20 por ciento de electores, *ii*) Asamblea Legislativa Plurinacional según decisión adoptada por mayoría absoluta de sus miembros y *iii*) Presidenta o Presidente del Estado.

[1399] Alarcón Mondonio, Carlos, *op. cit.*, «Análisis y...»..., p. 237 y ss.

Al hilo de lo expresado, en caso de efectuarse la convocatoria a Asamblea Constituyente a través del electorado mediante referendo, cabe precisar que la Constitución no establece cuál es la mayoría de votos que se requiere para la aprobación de dicho referendo. A juicio de ALARCÓN «siguiendo el principio democrático, debería entenderse que se trata de una mayoría absoluta de votos válidos emitidos»[1400]. Pero además, dada la naturaleza de dicho referendo, se debe anexar una Ley de Convocatoria a Asamblea Constituyente por la que se regule aspectos concernientes a la convocatoria y los alcances de la reforma, más la manifestación de que se trata de un mandato expreso para que la Asamblea Constituyente proceda a la redacción de un nuevo texto completo de Constitución, o en su caso, sólo los artículos relativos a los contenidos principales del texto, que efectivamente constituyen objeto de la reforma[1401].

En esta misma tónica, para la redacción y aprobación del texto constitucional, se requiere la aprobación de dos tercios de votos del total de los miembros presentes de la Asamblea Constituyente[1402]. En cuanto a la vigencia de la reforma constitucional, será el electorado en vía de referendo constitucional aprobatorio, quien determine la aprobación o no de la reforma del texto constitucional. Subrayamos, por tanto, las palabras de ALARCÓN en este mismo sentido: «La Constitución no indica cuál es la mayoría de votos que se requiere para aprobar este referendo. Siguiendo el principio democrático, debería entenderse que se trata de una mayoría absoluta de votos válidos emitidos»[1403].

Por último, con relación a la autorregulación de la Asamblea Constituyente, resulta que la Constitución no determina la cantidad de votos necesarios para aprobar su reglamento y constituir *quórum* a este efecto. ALARCÓN se ha pronunciado de forma expresa acerca de este punto, pues afirma: «Siguiendo el principio democrático y por tratarse de un acto de la mayor importancia para el funcionamiento de la Asamblea Constituyente debería exigirse por lo menos la mayoría absoluta del número total de constituyentes, tanto para el *quórum* necesario, como para la aprobación del reglamento»[1404].

Asimismo otra alternativa de reforma del artículo 123 *in fine,* sería acudir al Sistema interamericano de Derechos humanos con la pertinente demanda contra el Estado

[1400] *Ibidem*.
[1401] *Ibidem*.
[1402] *Ibidem*.
[1403] *Ibidem*.
[1404] *Ibidem*.

boliviano por la vulneración de los principios de legalidad e irretroactividad reconocidos en los tratados internacionales sobre Derechos humanos, para que a través de una Sentencia de la Corte IDH se ordene al Estado boliviano la modificación del artículo 123 parte *in fine* de la Constitución, para lo que deberían activarse los mecanismos internos de una reforma total de la Constitución. En otros términos, nos encontramos, ahora sí, frente al control convencional de la Constitución nacional en relación directa con los derechos consagrados en la CADH. Resaltamos que la vía para hacer valer tal pretensión es la contenciosa de la Corte IDH.

En cuanto a este supuesto comentado, existe jurisprudencia de la Corte IDH que efectúa control convencional de la Constitución, citamos el caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 5 de febrero de 2001. No obstante, debemos subrayar que en el referido caso, Chile activa una reforma parcial de su Constitución porque transgredía el Derecho de libertad de expresión recogido expresamente en la Convención. Cuestión que sería completamente diferente en el caso boliviano, por cuanto la modificación del artículo 123 *in fine*, sólo es posible en vía de una reforma total. Lo que llama especialmente nuestra atención, máxime que en la amplia jurisprudencia interamericana no se registra ninguna Sentencia de la Corte IDH, que promueva el inicio de una reforma total de la Constitución local. Lo que implicaría una tensión, evidentemente, entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción interamericana en lo que se refiere principalmente la soberanía.

Queremos hacer constar que el problema de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del artículo 123 *in fine* se origina en el proceso constituyente boliviano. Aunque no se pretende declarar la inconvencionalidad del proceso constituyente como tal, recordemos a este tenor, que ha sido refrendado mediante voto popular, sino más bien la modificación de un precepto que es inconvencional. Es en este contexto que constituye deber primordial del Estado (artículos 1.1 y 2 de la CADH) asumir las medidas necesarias para encuadrar su ordenamiento jurídico constitucional en la Convención. Por tanto, *a contrario sensu*, el Estado violaría permanentemente la Convención y los tribunales continuarían aplicando la norma jurídica cuestionada apelando a su «vigencia». De manera que se desconocería las normas internacionales sobre Derechos humanos, que tienen por objeto la salvaguarda de los Derechos y Libertades fundamentales de todas las personas.

En definitiva, podemos concluir, que ante el supuesto de reforma total de la Constitución necesariamente tendrá que establecerse una Asamblea Constituyente y para tales efectos deberá fraguarse una Ley de Convocatoria a Asamblea Constituyente que determine de modo expreso los puntos importantes de este proceso constitucional. Lo que se llevará a cabo observando siempre los principios de legalidad y constitucionalidad, elementales en cualquier democracia moderna, quien debe siempre atender las reglas que prescribe su ordenamiento constitucional, si su pretensión es seguir configurándose como democracia. Lo que conlleva a la consolidación del Estado Democrático y de Derecho del que resulta, piedra angular: el Principio de legalidad.

9. LA PREVISIÓN DE LA RETROACTIVIDAD PENAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS AMERICANOS: MARCO COMPARADO

Manifiesta la enorme importancia que suscita en los Estados de Iberoamérica la previsión de los principios de legalidad e irretroactividad en sus Constituciones. Al hilo de lo dicho, proponemos elaborar un resumido análisis de las líneas constitucionales de determinados Estados de América del Sur en cuanto al reconocimiento de los principios de legalidad e irretroactividad. Ello a objeto de determinar si la casuística de Bolivia es, o no, un caso particular en el contexto latinoamericano. En consecuencia, utilizaremos como parámetro los países que conforman América del Sur. Subrayamos, además, que las Constituciones y los Códigos penales de la región seleccionada tienen similitudes en sus ordenamientos constitucionales y también en la jurisprudencia emitida por sus diferentes tribunales. De modo que es posible afirmar que mantienen similares estándares de promoción y protección de los Derechos humanos.

Concretamente tomaremos como ejemplo para extraer la línea constitucional común en materia de legalidad e irretroactividad de la ley penal los casos de Argentina, Brasil, Ecuador, Colombia, Chile, Uruguay, Paraguay, Perú, Venezuela, Guayana Francesa y República de Suriname. Lo que nos permitirá comprobar si Bolivia es el único país de ésta región que reconoce en su Constitución la retroactividad de la ley penal desfavorable en materia de corrupción. Tal como examinamos, *in extenso*, la disposición contenida en el artículo 123 *in fine* de la Constitución de 2009 es incompatible con la Convención Americana y su permanencia en el ordenamiento jurídico constitucional ocasiona que el Estado vulnere los artículos 1.1, 2 y 9 de la CADH e incurra en responsabilidad internacional.

Con tal propósito comentaremos a continuación una breve explicación de los preceptos de legalidad e irretroactividad de la ley penal localizados en las Constituciones y Códigos penales de los Estados señalados.

-*República Argentina*: la Constitución Nacional Argentina de 1994, en su artículo 18, consagra: «Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa».

El Código penal de la Nación Argentina, en su Libro Primero, Disposiciones Generales, Título I «Aplicación de la Ley Penal», al tenor de su artículo 2, dispone: «Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho».

-*República Federativa del Brasil*: la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1998, en su Capítulo de Derechos y Garantías Fundamentales, según su artículo 5 XXXIX, señala: «No hay delito sin ley anterior que lo defina, ni pena sin previa conminación legal». Además en su apartado XL estipula: «La ley penal no será retroactiva salvo para beneficiar al reo».

El Código penal brasilero, en su Parte General, Título I «De la Aplicación de la Ley Penal», de conformidad con su artículo 1, ordena «No hay delito sin una ley previa que lo defina. No hay penalidad sin previo acuerdo legal. (Redacción dada por la Ley 7.209, de 11.7.1984). Párrafo único: la ley posterior, que de alguna manera favorece al agente, se aplica a los hechos anteriores, incluso si se decide por una sentencia final. (Redacción dada por la Ley 7.209, de 11.7.1984)».

-*República del Ecuador*: la Constitución Política del Ecuador de 2010, entre los llamados «Derechos de Libertad» previstos en su artículo 66.29, apartado d) reconoce: «Ninguna persona puede ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley». Más adelante en su artículo 76.3, enmarcado en los «Derechos de Protección», señala: «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley». En esta

tónica en su apartado 5 estatuye: «En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora».

El Código penal ecuatoriano, en su Libro Primero «De las Infracciones, de las Personas Responsables de las Infracciones y de las Penas en General», Título I «De la Ley Penal», Capítulo Único, al tenor de su artículo 2, dispone: «Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la Ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto. Deja de ser punible un acto si una Ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse. Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa. En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada». Del mismo modo en su artículo 4 establece: «Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la Ley. En los casos de duda se la interpretará en el sentido más favorable al reo».

-*República de Colombia*: la Constitución Política de Colombia de 1991, en su Capítulo de los «Derechos, Garantías y Deberes», de conformidad con su artículo 29, establece: «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable».

El Código penal colombiano, en su Libro Primero, Parte General, Título I «De las Normas Rectoras de la Ley Penal Colombiana», conforme a su artículo 6, dispone: «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin

excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. La analogía sólo se aplicará en materias permisivas».

-*República de Chile*: la Constitución Política de Chile de 2005, en su Capítulo de los «Derechos y Deberes constitucionales», al tenor de su artículo 19.3, consagra: «Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella».

El Código penal chileno, según su Libro Primero, Título I «De los Delitos y de las Circunstancias que eximen Responsabilidad Criminal, la atenúan o la agravan», en mérito a su artículo 18, ordena: «Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o aplique una menos rigorosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento. Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal de primera instancia que hubiere pronunciado dicha sentencia deberá modificarla, de oficio o a petición de parte y con consulta a la Corte de Apelaciones respectiva. En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades».

-*República Oriental del Uruguay*: la Constitución Política de la República Oriental del Uruguay de 1967, en su Capítulo «Derechos, Deberes y Garantías», según su artículo 10, prevé: «Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

El Código penal uruguayo, en su Libro I, Parte General, Título I «De los Delitos», Capítulo I «Principios Generales», conforme a su artículo 15, ordena: «Cuando las leyes penales configuran nuevos delitos, o establecen una pena más severa, no se aplican a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia. Cuando se suprimen, en cambio, delitos existentes o se disminuye la pena de los mismos, se aplican a los hechos anteriores a su vigencia, determinando la cesación del procedimiento o de la condena en el primer caso, y sólo la modificación de la pena, en el segundo, en cuanto no se hallare ésta fijada, por

sentencia ejecutoriada». De igual modo en su Título V «De las Penas», Capítulo III «De su Aplicación», según su artículo 85, establece: «No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia, emanada de los jueces en cumplimiento de una ley, ni hacerse sufrir de distinta manera que como ella lo haya establecido».

-*República del Paraguay*: la Constitución Política de la República del Paraguay de 1992, en su Capítulo «De la Libertad», al tenor de su artículo 14, señala: «Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, salvo que sea más favorable al encausado o al condenado». Asimismo, en su artículo 17, apartado 3, inciso a) sobre «Los Derechos Procesales» dispone: «Que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales».

El Código penal paraguayo, en su Libro Primero, Parte General, Título I «La Ley Penal», Capítulo I «Principios Básicos», de conformidad con su artículo 1, dispone: «Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción». Asimismo, en su artículo 2, prevé: «1. No habrá pena sin reprochabilidad. 2. La gravedad de la pena no podrá exceder los límites de la gravedad del reproche penal. 3. No se ordenará una medida sin que el autor haya realizado, al menos, un hecho antijurídico».

-*República del Perú*: la Constitución Política de la República del Perú de 1993, en su Capítulo dedicado a la «Libertad y a la Seguridad Personal», en atención a su artículo 24, inciso c) dispone: «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe» y su inciso d) ordena: «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley».

El Código penal peruano, en su Libro Primero, Parte General, Título I «La Ley Penal», Capítulo I «Principios Básicos», conforme a su artículo 1, prevé: «Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella».

-*República Bolivariana de Venezuela*: la Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999, en su Capítulo dedicado a los «Derechos Humanos y Garantías», según su artículo 24, señala: «Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron. Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea».

El Código penal venezolano, en su Libro Primero «Disposiciones Generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables y las penas», Título I «De la aplicación de la Ley Penal», de conformidad con su artículo 1, prevé: «Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente. Los hechos punibles se dividen en delitos y faltas» además su artículo 2 indica: «Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo, aunque al publicarse hubiere ya sentencia firme y el reo estuviere cumpliendo la condena».

-*Guayana Francesa*: la Constitución Francesa de 4 de octubre de 1958, en su Preámbulo, expresa: «El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2003». En este sentido, recordemos que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en atención a su artículo 8 proclama expresamente: «La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente».

El Código penal francés, en su Libro I, Disposiciones Generales, Título I de la Ley Penal, Capítulo I de los Principios Generales, en su artículo 111-3, ordena: «Nadie será castigado por un crimen o delito cuyos elementos no estén definidos por la ley, ni por una falta cuyos elementos no estén definidos por el reglamento. Nadie será castigado con una pena que no sea la prevista por la ley, si la infracción es un crimen o un delito, o por el reglamento, si la infracción es una falta». Asimismo, en su artículo 112-1, dispone: «Sólo serán punibles los hechos constitutivos de infracción en la fecha en que fueron cometidos.

Sólo podrán imponerse las penas legalmente aplicables en esa misma fecha. No obstante, las nuevas disposiciones se aplicarán a las infracciones cometidas antes de su entrada en vigor, que no hayan dado lugar a una condena dictada con efecto de cosa juzgada, cuando sean menos severas que las disposiciones anteriores».

Resaltamos también que por su vinculación con Francia[1405] los principios de legalidad e irretroactividad se consagran literalmente en los artículos 47 y 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como los artículos 6 y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

-*República de Suriname*: la Constitución Política de la República de Suriname de 1987, con reformas de 1992, en su artículo 131. 2, declara: «Ningún acto será castigado sino en virtud de una norma legal previamente determinada...» en esta tónica su artículo 136.1 dispone: «Todos los juicios se indicarán los motivos por los que se decidió, y en los casos penales que se indicarán también los artículos de las normas legales en que se basa la condena».

El Código penal de Suriname, de 14 de octubre de 1910, en su Primer Libro, Disposiciones Generales, Título I «Alcance del efecto de la ley penal», al tenor de su artículo 1, estipula: «Ningún acto es punible sino en virtud de la disposición estatutaria pena anterior. Con el cambio en la ley después de la hora en que fue cometida, el acusado por las disposiciones favorables aplicadas».

[1405] Sobre los vínculos de Guayana Francesa con Francia, nos remitimos al cuaderno de investigación del Observatorio de Política Internacional del Senado argentino, que también evoca el caso de la presencia británica en las Islas Malvinas: «Como territorio colonial desde el siglo XVII y bajo la figura jurídica de Departamento de Ultramar desde 1946, la Guayana Francesa se mantiene de manera ininterrumpida bajo los mandatos y ordenamientos franceses, participa de forma directa en su vida política y mantiene los usos y costumbres heredados de la metrópoli gala (...). A partir de 1852, Francia decidió que en la Guayana se establezca una colonia penitenciaria, donde se deportaban a los presos políticos y quienes habían cometido crímenes de extrema gravedad. Hacia el año 1938, se abolió la deportación de condenados, aunque la repatriación de los últimos presidiarios se dio hasta 15 años después. La Guayana Francesa pasó a ser considerada Departamento de Ultramar a partir del año 1947, articulando la estructura político-administrativa de la nación francesa en igualdad de condiciones a los demás departamentos. Esta decisión se tomó previo referéndum con los habitantes de la colonia, celebrado en el año 1946 y cuyos resultados determinaron dicho cambio, en sintonía con los criterios de descolonización de la naciente Organización de Naciones Unidas (ONU). Véase en: Francia en Suramérica. El caso de la Guayana francesa, Cuadernos de trabajo del observatorio de política internacional, Honorable Senado de la Nación Argentina, diciembre de 2015, p. 7.

10. RECAPITULACIÓN

Como hemos podido determinar la retroactividad de la ley penal en materia de corrupción está reconocida en el artículo 123 *in fine* de la Constitución. En esta tónica hemos establecido expresamente que no existe antinomia jurídica entre el artículo 123 *in fine* del texto constitucional y los tratados internacionales en materia de Derechos humanos, sino que debe aplicarse el criterio *pro persona*, en otros términos la norma que salvaguarda mejor los Derechos y Libertades.

Del mismo modo, hemos analizado la casuística localizada en torno a la Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz» postulando la necesidad de replantear la vigencia del artículo 123 *in fine* de la Carta constitucional pues se opone literalmente a los tratados internacionales en materia de Derechos humanos suscritos por Bolivia, y además a la jurisprudencia de la Corte IDH, que tiene efecto vinculante.

Concluye el análisis proponiendo la necesidad de una posible reforma del artículo 123 *in fine* de la Constitución en atención a los artículos 1, 2 y 9 de la CADH. De esta forma se ha determinado que opera la reforma total y no parcial, pues el artículo 123 se localiza en la Primera Parte de la norma fundamental. Finalmente, hemos efectuado un examen de la retroactividad de la ley en las Constituciones de América del Sur, lo que nos ha permitido afirmar que ningún sistema constitucional de la región admite la retroactividad de la ley penal desfavorable. Ello en razón, de que se encuadran en los presupuestos del Estado de Derecho, así como los principios de legalidad e irretroactividad.

CONCLUSIONES

De modo preliminar y en el marco del proceso de investigación llevado a cabo, se constata que el tratamiento de esta materia ha tenido como punto de partida el análisis crítico del constitucionalismo boliviano, a raíz del advenimiento de la Constitución de 2009, que ha sido producto final de un proceso constituyente, convocado directamente por el presidente de la Nación durante el primer periodo de su gobierno.

Sin duda, esto último comentado, deja avizorar con meridiana claridad, que las fases pre-constituyente y constituyente no se han desenvuelto con independencia de la influencia gubernamental, y menos aún es posible sostener, que se trataba de un proceso «originario» pues por las condiciones que rodearon los estadios de concertación y aprobación del nuevo texto constitucional, no queda duda, que injerencia actuó en diferentes etapas, y que finalmente dio a luz una nueva Constitución.

Tampoco significa una cuestión menor, afirmar que no todos los presidentes fueron instituidos mediante dictaduras y golpes de Estado. La historia demuestra, que también han existido presidentes democráticos que han introducido reformas estatales importantes en progreso de la nación. Que el elemento Cultural ha sido un componente predominante para iniciar este nuevo curso, es cierto, no obstante la ingeniera constitucional es perfectible, pues no sólo prestamos atención a las virtudes del catálogo de derechos acogidos en el texto constitucional o los fines de autodeterminación de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, sino también a las contradicciones intrasistema constitucional, que pueden ser atribuidas por la premura de aprobación de la nueva Carta o simplemente por la intención premeditada del constituyente.

Un hecho llamativo constituye justamente las Constituciones de Ecuador, Venezuela y ahora Bolivia. Responden a una misma alineación ideológica, instaurada a partir de procesos constituyentes que, por mandato presidencial, han producido nuevos textos

constitucionales, cuyo paragón es la similitud de esquema utilizado en la redacción de tales Constituciones.

Se puntualiza que se ha dirigido el análisis a la aproximación y comprensión de la conexión del Derecho constitucional y del Derecho internacional, que aunados, han instituido una rama autónoma del Derecho, nos referimos al Derecho internacional de los Derechos humanos. Sin duda, es pertinente afirmar, que el tratamiento de este objeto tiene como punto de partida el cambio de Constitución y los efectos normativos que ha traído aparejado, y que muchos de ellos, nunca fueron cabalmente explicitados o aclarados por el órgano contralor de constitucionalidad. Por cuanto el esfuerzo se ha centrado en desentrañar una de las problemáticas, de otras subsistentes, a la luz de los instrumentos internacionales y el respeto al Estado Democrático y de Derecho.

Dicho lo anterior podemos afirmar que se ha logrado los presupuestos expuestos al inicio. De ahí que, se concretan en una hipótesis general sobre la problemática generada en torno al artículo 123 *in fine* de la Constitución Boliviana en oposición a los instrumentos internacionales sobre Derechos humanos, suscritos por el Estado. De tal manera que este conflicto normativo se ha desenvuelto dentro de los niveles de protección de Derechos humanos que se encuentran interconectados y pertenecen a un sistema multinivel, a tales efectos nos hemos referido específicamente a tres: *i*) internacional, *ii*) regional americano, *iii*) nacional. Por tanto, para converger en el objeto de investigación, se ha procesado la información obtenida a la luz de la doctrina contemporánea de Derecho penal para obtener la sincronización de carácter jurídica de los principios de legalidad penal, irretroactividad, y Debido proceso, en su dimensión de límites a la aplicación retroactiva de la ley.

Tal como hemos tenido la oportunidad de comprobar, responderemos a las cuestiones de mayor importancia, que han constituido el núcleo de este análisis. En primer lugar los capítulos I, II y III presentaron un contenido más de carácter descriptivo, porque a través de la doctrina y la jurisprudencia se ha establecido: *i*) las bases constitucionales del Estado Plurinacional, *ii*) los Sistemas internacional, regional y nacional a los que se conecta Bolivia y *iii*) el marco constitucional y legal de los principios de legalidad e irretroactividad y Debido proceso. De los tres capítulos se ha desplegado la estructura multinivel, cuyo hilo conector ha sido el tratamiento del orden supraconstitucional otorgado por el Derecho constitucional boliviano a los tratados internacionales sobre Derechos humanos, así como el efecto útil de la Convención Americana en el ámbito de

Derecho interamericano. Surge el Principio *pro persona* como elemento focalizado de interpretación y criterio hermenéutico informador de todo el sistema interamericano, que mediante su materialización, se resuelven las oposiciones suscitadas entre una norma de Derecho nacional y una norma de Derecho internacional, específicamente en lo que se refiere la protección y garantía de los Derechos humanos.

De forma seguida en el capítulo IV se ha ingresado al análisis de la problemática del artículo 123 *in fine* de la Constitución, su relación con el Código penal, Código procesal penal, Leyes especiales de naturaleza penal y la ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz». El resultado ha dado lugar a determinar la protección de la legalidad e irretroactividad en los tres niveles dispuestos, precisando especialmente, que en el Sistema internacional general y Sistema regional americano se combate la corrupción según las Cartas internacionales que cumplen con los principios de legalidad e irretroactividad, como la Convención Interamericana de lucha contra la corrupción, que ciertamente no admite ningún régimen de retroactividad en la sanción y penalización del delito de corrupción.

A priori señalamos expresamente que podemos abstraer una conclusión nuclear de la integralidad de este trabajo, que constituye la esencia pura del mismo. Nos referimos de forma muy especial a que en el marco del sistema jurídico prevalecerá la Constitución cuando consideremos su valor supremo desde la perspectiva del Estado. Entre tanto, que prevalecerán los tratados internacionales tomando en cuenta la perspectiva de la sociedad internacional. Develando estos vectores afirmamos que en uno u otro caso lo determinante será el plano jurídico desde el cual se valora la Constitución o tratado internacional. Por ello, es fundamental plantearse esta relación binómica de Constitución/tratado de cara a proceder con la exposición de las posteriores conclusiones, que girarán básicamente en torno a ella.

A continuación se extractan las conclusiones obtenidas de la investigación efectuada, que presenta como pilares fundamentales, por un lado, la prevalencia de los tratados internacionales sobre Derechos humanos respecto al orden nacional cuando declaren derechos más favorables; y por otro lado, el instituto jurídico de la irretroactividad de la ley que está ligado indisolublemente al Principio de legalidad penal, y que también tiene repercusión jurídica en otros institutos importantes del Derecho, como Debido proceso, presunción de inocencia y seguridad jurídica.

Conclusión I: El proceso constituyente boliviano ha dado lugar a que Bolivia transite hacia un nuevo modelo de Estado, lo que ha ocurrido, por medio de una reconfiguración del sistema constitucional. En este trayecto, para algunas voces, el elemento positivo del texto constitucional de 2009 es, en definitiva, la inserción de un vasto catálogo de derechos y la asunción de los tratados internacionales sobre Derechos humanos. Claro está que es tarea pendiente examinar si a través de la implantación del nuevo sistema constitucional diseñado, finalmente la amplia nómina de derechos declarados han sido, en iguales términos, efectivizados y garantizados, o contrariamente se han quedado plasmados como LASALLE decía en una «hoja de papel», sin posibilidad de concretarlos en favor de los seres humanos, por existir un evidente desfase entre la realidad social, política y económica y los ideales del legislador constituyente, que no pudo calibrar que declaraciones de tal naturaleza eran completamente irrealizables principalmente por condiciones de desarrollo del Estado, por tanto han quedado en el significado lírico de la norma constitucional. Seguramente hay múltiples situaciones y condicionantes que deberán ser críticamente verificadas respecto a la efectivización de los derechos constitucionales, sin embargo *a priori*, afirmaremos que superada una década de la vigencia de la Constitución Boliviana de 2009, estos derechos enunciados se han quedado petrificados en el tiempo.

De esta manera se ha visto que la estructura de la Carta constitucional de 2009 recoge con meridiana claridad el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico y la reforma constitucional. Ello es así, en la medida en que la Constitución de 2004 abrogada, ya admitía la figura de la reforma total, toda vez que fuera de este texto constitucional, ninguna Constitución republicana de Bolivia estimó por lo menos la remota posibilidad de insertar la figura de reforma total, y consigo, la apertura constitucional a una Asamblea Constituyente. Lo afirmado evidencia, que la Constitución de 2009, ordena la reforma total y parcial, estableciendo cláusulas pétreas notoriamente definidas, para determinar sobre qué materias es posible una reforma parcial, y sobre qué materias únicamente es admisible una reforma total. Se suma el análisis sostenido en cuanto al diseño jurídico administrativo interno del Estado y la apertura de Bolivia a los sistemas internacionales. Por cuanto hemos referido relativo a que el modelo autonómico en Bolivia es novedoso para la organización territorial del Estado, sin embargo, no es menos cierto, que existen contradicciones en el reparto competencial de materias atinentes a los diferentes niveles

territoriales, así como la vigencia de la cláusula residual. Asunto complejo que debe ser resuelto gradualmente por la jurisdicción constitucional.

De lo anterior podemos establecer, la primera conclusión, afirmando que establecido el nuevo sistema constitucional con las particularidades y especificidades provenientes de la fuerte influencia y presencia cultural, hemos advertido un aspecto distintivo, relativo al valor supraconstitucional de los tratados internacionales sobre Derechos humanos, lo que nos ha conducido a reconocer la prevalencia jurídica de los tratados cuando contengan derechos más favorables que los estatuidos en el ordenamiento nacional. De tal manera que la nota característica de esta categoría, ha permitido sostener, que en la interpretación y aplicación de los derechos, cuando aparezca una oposición normativa, entre la norma nacional y la norma internacional, resulta que por observancia de este valor, la norma opuesta al instrumento internacional quedaría manifiestamente inválida, en mérito a materializar una mayor protección de los derechos. Por tanto, se ha determinado que el valor o rango supraconstitucional de los tratados internacionales sobre Derecho humanos, queda reforzado y afianzado en el texto constitucional por medio de la institución del Bloque de constitucionalidad.

Una apreciación ineludible respecto al régimen de tratados internacionales en el Derecho boliviano es el referido a que el valor supraconstitucional únicamente es atribuido por la Carta constitucional a los tratados sobre Derechos humanos, quedando completamente exentos de este valor, aquellos tratados internacionales cuyo objeto de regulación sea distinto. Además, es importante puntualizar, que este reforzamiento proteccionista de los Derechos humanos a través de los instrumentos internacionales, de otra parte queda desprovisto de efectividad, por la no suscripción de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados por parte del Estado boliviano, de lo que resulta que nos encontraríamos frente a una evidente contradicción del propio sistema normativo, o en su defecto, ante una posición «deshonesta» del propio Estado respecto al establecimiento de relaciones internacionales con otros Estados, en el seno de la sociedad internacional.

Conclusión II: El valor de la Carta de Naciones Unidas dentro del Sistema internacional general permite que la Carta se situé en la cúspide, lo mismo sucede con la Convención Americana en el Sistema Interamericano de Derechos humanos y con la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico interno. Por tanto, hemos de enunciar que los derechos son protegidos desde la perspectiva de tres niveles específicos: *i*) internacional,

ii) regional americano, y *iii*) nacional. Dichos niveles interactúan normativamente y jurisdiccionalmente con el afán de proveer una mejor protección de los Derecho humanos. Vinculado a esto, no sólo se aplica una suerte de control constitucional, sino también de control convencional, dando lugar a la interconexión normativa jurídica de los diferentes niveles que se acoplan entre sí.

Por otra parte concluimos que la suscripción de la Convención Americana por Bolivia, también apareja que el Estado debe respetar los derechos y libertades y observar el cumplimiento de los artículos 1 y 2 de la Convención, puesto que ambos están ligados indisolublemente, por cuanto ordenan la adopción de medidas legislativas o de otro carácter que aseguren la efectividad de los derechos. Significa que una medida de carácter legislativa es la modificación de una disposición legal o constitucional opuesta a los instrumentos internacionales sobre Derechos humanos que prohíban el efecto retroactivo de la ley. De no adoptar el Estado parte una medida de esta naturaleza, se situaría en una posición permanente de vulneración a la Convención Americana, pues no adoptaría una medida respecto a la violación de los principios de legalidad penal e irretroactividad, ocasionando que en sede nacional, los tribunales locales continúen la aplicación de la normativa desfasada de los cánones interamericanos de protección de los Derechos fundamentales. Sin duda, este tipo de vulneraciones, se acrecentarían a escala durante el tiempo, mientras el Estado no asuma una medida concreta respecto de la cláusula convencional. De ello hemos sostenido que, naturalmente, puede someterse a control de convencionalidad todo género de norma, incluida la misma Constitución, que en caso específico, la norma constitucional opuesta a la Convención, es absolutamente inválida.

Conclusión III: Si se aplicara retroactivamente la ley penal los primeros principios afectados por esta anomalía jurídica sería el de legalidad y el de irretroactividad y se desvirtuaría por tanto el Estado de Derecho. Dicho lo anterior se puede extractar la tercera conclusión de este análisis referida al Principio de legalidad, puesto que el mismo, como se ha determinado, reconoce cuatro elementos jurídicos nucleares: *i*) reserva de ley, *ii*) irretroactividad de ley, *iii*) prohibición de analogía y *iv*) mandato de taxatividad.

Por cuanto, en lo que respecta a este principio, de notoria envergadura, hemos establecido a la luz de la doctrina penal, que sólo puede sancionarse la conducta ilícita, cuando el delito y la pena se han determinado en una ley «previa» a su comisión. Esto último nos conduce a afirmar que se prohíbe castigar y penalizar a una persona con base a una ley

que no ha entrado en vigor al momento en que se cometió el hecho, y que por tanto, no podía ser conocida por el autor del hecho. En consecuencia, se hace manifiesta la prohibición constitucional de aplicación retroactiva de las normas penales desfavorables. De ahí que, el legislador no puede vincular consecuencias de índole desfavorable a aquellos hechos ya concluidos, que no eran previsibles en el momento de su comisión.

Así es como el postulado de la seguridad jurídica, que es inmanente al Principio del Estado de Derecho, exige que el ciudadano pueda prever las posibles intervenciones del Estado en su contra, y que en razón a ello, asuma una conducta en correspondencia con el orden jurídico penal. De tal manera que la seguridad jurídica significará la protección de confianza del ciudadano del *ius puniendi* del Estado. Dicho esto, es que coincidimos con ZAFFARONI cuando señala que la legalidad penal está consagrada constitucionalmente como una «ineludible consecuencia del principio republicano de gobierno», de ello resulta que la legalidad e irretroactividad, encontrándose vinculados intrínsecamente, constituyen el resultado de un gobierno republicano, que busca ante todo, igualdad ante la ley, justicia y bien común.

A los efectos tratados también se ha abordado el Principio de irretroactividad. Este principio fue reconocido a lo largo de la historia constitucional de Bolivia, admitiendo la excepción de la irretroactividad de la ley, sólo en dos situaciones: en materia laboral y en materia penal. En segundo término el Debido proceso, en su faceta adjetiva o procesal, como regla general, se compone de los siguientes derechos: *i*) presunción de inocencia, *ii*) defensa, *iii*) juzgamiento sin dilaciones, *iv*) prueba, *v*) contradicción, *vi*) igualdad procesal y *vii*) recurribilidad de las resoluciones emitidas en juicio. En cuanto al último instituto, la nota más importante se ha presentado en la modulación de la jurisprudencia constitucional, así el Tribunal Constitucional ha delineado la doctrina jurisprudencial de la «Triple Dimensión»; es decir, el Debido proceso considerado como derecho del justiciable, garantía en el marco del proceso del encausado y principio regulador en el ordenamiento constitucional y penal.

Conclusión IV: Hemos podido observar, a lo largo del análisis la forma en que las Constituciones y los tratados internacionales sobre Derechos humanos prohíben la retroactividad de la ley penal desfavorable, instituido en la doctrina de Derecho penal como un principio angular junto con el Principio de legalidad. En todo Estado de Derecho

rige la irretroactividad de la ley. Esta regulación de la irretroactividad es favorecida en la Constitución de 2009 por medio del Bloque de constitucionalidad.

Al hilo de lo anterior, extraemos la cuarta conclusión que determina fundamentalmente la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del artículo 123 *in fine* de la Constitución de 2009. A tales efectos se ha comprobado que no existe antinomia jurídica entre el artículo 123 *in fine* de la Constitución y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, sino únicamente un criterio de interpretación y aplicación de los derechos a través de la hermenéutica jurídica. Con ello aludimos al criterio *pro persona*. Precisamente ante la oposición de una norma del ordenamiento jurídico nacional con la Convención, y que resulte significativamente que la norma internacional proteja en mayor medida o de forma maximizadora el derecho en cuestión, pues por esta regla se debe aplicar la norma que más favorezca a la protección de los derechos. Particularmente, en el objeto que nos concierne, esta norma no radica en la Constitución nacional, sino en los instrumentos internacionales sobre Derechos humanos, y esta aplicabilidad cobra mayor fuerza cuando aludimos expresamente a la cláusula constitucional 256.I, sobre el valor supraconstitucional de los tratados internacionales en materia de Derechos humanos.

Del análisis efectuado y acudiendo a casuística concreta en torno a la retroactividad de la ley en materia de corrupción, a raíz de la descripción de casos emblemáticos, hemos comprobado que el artículo 123 *in fine* de la Constitución y las previsiones legales contenidas en la Ley «Marcelo Quiroga Santa Cruz» evidencian que la administración de justicia ha dado un fin instrumental a este dispositivo, asimilándolo al Derecho penal del enemigo, donde claramente se desnaturaliza el Derecho penal, apareciendo un sujeto «enemigo» por lo que el Estado se sitúa en posición de lucha contra el «ciudadano-enemigo». De ahí que, llamativamente el enemigo se encarna en aquella persona a la que se aplica retroactivamente la ley penal en materia de corrupción, en contravención de sus Derechos y Libertades fundamentales. Por tanto, resulta inexcusable la limitación de este abuso de autoridad, manifestado paradójicamente, en el *ius puniendi* del Estado, a través de una alternativa de reforma. Cuanto más podemos sostener esta teoría en países de democracias mayormente debilitadas cuya propensión es que mediante procesos de constitucionalización o codificación se derive inexorablemente en la imposición de una suerte de totalitarismo.

De este modo, prestando especial atención a la Convención Interamericana contra la Corrupción, que prohíbe la aplicación retroactiva de los delitos de corrupción, es que se hace plenamente evidenciable, la oposición develada en el texto constitucional, respecto a: *i*) Derechos constitucionales, *ii*) Bloque constitucional, y *iii*) parámetros interpretativos de la Corte IDH en cuanto a protección y garantía de legalidad penal e irretroactividad, reafirmándose, que los fallos de ésta Corte son de observancia y cumplimiento obligatorio para los Estados parte. Además, recuérdese que los artículos 1, 2 y 9 de la Convención Americana plasman el alcance convencional de la irretroactividad de la ley.

Siguiendo esta línea deductiva se ha realizado un análisis desde Derecho comparado sobre la previsión de retroactividad penal en las Constituciones de América del Sur, por lo que se ha determinado, que en ningún sistema constitucional de esta región, es admisible la retroactividad de la ley penal, tampoco en materia de corrupción, por el respeto mínimo al Estado de Derecho y el encuadramiento de los actos de poder al Derecho penal.

Conclusión V: Considerando lo anterior, es que extraemos una conclusión final, que a nuestro entender, visualiza el panorama sobre a dónde debe ir el Derecho boliviano. En definitiva, los principios de legalidad e irretroactividad no pueden ser comprendidos de forma separada del Estado de Derecho, puesto que especialmente, esta forma de Estado les otorga fundamento que permite a los principios de legalidad e irretroactividad imbricarse con los ámbitos de la seguridad jurídica, así como, asumir la previsibilidad de que los delitos y las penas no serán legislación usurpada por apetencias jurídicas aparecidas especialmente en contextos democráticamente inestables.

Se finaliza matizando específicamente esta conclusión final y es que la única vía de reforma del artículo 123 ubicado en la Primera Parte de la Constitución Política del Estado «Bases Fundamentales del Estado» «Derechos, Deberes y Garantías», Título I «Bases Fundamentales del Estado» es la reforma total y no parcial según lo dispuesto en el artículo 411.I de la Carta constitucional, que ordena que la reforma total de la Constitución o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. Transcurrida ya una década de la vigencia de la Constitución Boliviana de 2009, se avizora una reforma constitucional que en el fondo concierne directamente al replanteamiento del sentido mismo de justicia.

Nuestro punto final sea precisar que la relación dinámica o de complementariedad entre el Derecho internacional y el Derecho constitucional en materia de Derechos humanos, configuradora de la rama jurídica del Derecho internacional de los Derechos humanos, debe repensarse en torno al respeto, contenido, garantía y protección de los Derechos humanos. Reflexión que debe efectuarse desde la perspectiva del Derecho constitucional y del Derecho internacional. Compartir esta idea obliga a buscar y proponer resoluciones jurídicas ante relaciones binómicas que se encuentran en evidente tensión.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

En la elaboración de la bibliografía que citamos hemos determinado por enumerar alfabéticamente los tratados, monografías y artículos de revistas utilizados. Consideramos más conveniente plasmar una clasificación sistemática de las fuentes bibliográficas que contenga específicamente los diversos artículos contenidos en las obras colectivas y proceder con el detalle sólo de estas últimas.

Por tanto, la regla utilizada será que en los supuestos en los que una misma referencia bibliográfica incluye diversas aportaciones doctrinales señalaremos: AA.VV., por simplificación las diversas aportaciones no se consignan en esta bibliografía, sino que han sido detalladas en la cita respectiva localizada a pie de página. Finalmente consignaremos otras referencias bibliográficas materializadas en informes y documentos explicativos que no tienen carácter estrictamente académico.

AA.VV., *Autonomías*, Fundación Boliviana para la Democracia Multipartidaria, La Paz, 2009.

AA.VV., *Comentarios a la propuesta constitucional aprobada por la Asamblea Constituyente boliviana*, IDEA, La Paz, 2008.

AA.VV., *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, STEINER, Christian y URIBE, Patricia (edit.), Konrad-Adenauer-Stiftung, La Paz, 2014.

AA.VV., *Derecho constitucional* (vol. I), BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.), Tecnos, Madrid (Ediciones 2002, 2006 y 2009).

AA.VV., *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.), Tecnos, Madrid, 2004.

AA.VV., *Hacia una Constitución democrática, viable y plural Tres miradas*, Fundación Boliviana para la Democracia Multipartidaria, La Paz, 2008.

AA.VV., *Miradas Nuevo Texto Constitucional*, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia

Electoral, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia y Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, 2010.

AA.VV., *Propuestas para la Ley de Deslinde Jurisdiccional*, Compañeros de las Américas, La Paz, 2009.

AA.VV., *Reflexión crítica a la nueva Constitución Política del Estado*, Konrad-Adenauer-Stiftung, La Paz, 2009.

AA.VV., *XV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*, Madrid, 2013.

AA.VV., *XVII Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra*, Navarra, 1997.

ABAD YUPANQUI, Samuel, «¿Procede el amparo contra resoluciones judiciales?», *Lecturas sobre Temas constitucionales*, núm. 2, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1978.

ABASS, Ademola, *Complete International Law: Text, Cases and Materials*, 2da. Edición, Oxford University Press, Oxford, 2014.

AFTALIÓN, Enrique, y VILANOVA, José, *Introducción al Derecho*, Nueva Versión con la colaboración de RAFFO, Julio, 2da. Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

ALDECOA LUZARRAGA, Francisco, *La integración Europea. Génesis y desarrollo de la Unión Europea (1979-2002)*, Tecnos, Madrid, 2002.

ALVARADO BELLOSO, Adolfo, *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, Zeus, Rosario, 2002.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1999.

ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, «Cádiz en Charcas: conjeturas e indicios», *Revista de Derecho Político*, núm. 84, Madrid, mayo-agosto de 2012.

- *Cádiz en Charcas: conjeturas e indicios*, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2019.
- «La Estructura del Sistema Jurídico Boliviano», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIII, núm. 2, 2009.
- «El Derecho internacional en el sistema de fuentes; propuesta de artículos para la nueva Constitución de Bolivia», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 15 (2009).
- *Aplicación Judicial de la Constitución*, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2011.

ANZILOTTI, DIONISIO, *Curso de Derecho Internacional*, Tomo I, Reus, Madrid, 1935.

AÑEZ NÚÑEZ, Ciro, *Los Delitos de Corrupción*, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2013.

ARNOLD, Rainer, «Conflictos entre ordenamientos y su solución. El ejemplo alemán», *Revista Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, Universidad de Granada, enero-junio de 2004.

ARTOLA GALLEGO, Miguel, *Los Derechos del Hombre*, Alianza, Madrid, 1987.

AYALA CORAO, Carlos, «El derecho de los derechos humanos: La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los derechos humanos», *Lecturas Constitucionales Andinas 3*, Comisión Andina de Juristas, Perú, 1994.

- «La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Estudios Constitucionales*, núm. 1, Universidad de Talca, 2010.
- «Las Modalidades de las Sentencias de la Corte Interamericana y su Ejecución», *Estudios Constitucionales*, núm. 1, Universidad de Talca, 2007.

BACHOF, Otto, *Normas constitucionales inconstitucionales*, Palestra, Lima, 2010.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal*, *Parte General*, Akal/iure, Madrid, 1998.

- *Derecho Penal*, *Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1996.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, «Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, septiembre-diciembre de 2003.

BARATTA, Alessandro, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, ELBERT, C. A. (dir.), Bdef, Buenos Aires, 2004.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, «La Ley Penal», *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, núm. 2, Santiago, 2005.

BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal, *Introducción al Estudio de las ciencias Jurídicas y Sociales*, Jurídica de Chile, Santiago, 1960.

BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, «El constitucionalismo en la esfera pública global», *Anuario de Filosofía del Derecho* (XXIX), Madrid, 2013.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 2008.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, «El principio de legalidad penal en la Constitución española de 1812. Su proyección en el Código Penal de 1822», *Sobre un hito jurídico. La*

Constitución de 1812: Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos, Edición a cargo de CHAMOCHO CANTUDO, Miguel Ángel y LOZANO MIRALLES, Jorge, Universidad de Jaén, Jaén, 2012.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRE OLIVE, Juan Carlos y SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2da. Edición, Praxis, Madrid, 1989.

BIDART CAMPOS, Germán y ALBANESE, Susana, *Derecho Internacional Derechos Humanos y Derecho Comunitario*, Ediar, Buenos Aires, 1998.

BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995.

- *La Corte Suprema; el tribunal de las garantías constitucionales*, Ediar, Buenos Aires, 2004.
- *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1993.

BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.

BLANC ALTEMIR, Antonio (ed.), *El proceso de reforma de las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2009.

BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor MORRA, Nello, trad. DE ASÍS, Rafael y GREPPI, Andrea, Debate, Madrid, 1993.

BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964.

BODIN, Jean, *Los seis libros de la república*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

BOU FRANCH, Valentín, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2014.

BRICEÑO RUÍZ, Juan, «La integración regional en América Latina y el Caribe», *Procesos históricos y realidades comparadas*, Universidad de Los Andes, Venezuela, 2007.

BROTÓNS REMIRO, Antonio, *El caso Pinochet: los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Derechos fundamentales y Proceso Justo*, Ara, Lima, 2015.

- *El derecho fundamental a un juicio justo*. Disponible a través del enlace: http://www.isdeh.org/pdf/El_derecho_fundamental.pdf.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español, Parte General*, Ariel, Barcelona, 1984.

CÁCERES BILBAO, Pío, *El Senado Nacional 1825-1925*, Unidas, La Paz, 1926.

CALLE MEZA, Melba Luz, «A propósito de la cultura constitucional», *Revista Derecho del Estado*, núm. 25, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2010. Disponible a través del siguiente enlace:
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630235008> ISSN 0122-9893.

CÁMARA VILLAR, Gregorio, «Los Derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, Universidad de Granada, julio-diciembre de 2005.

CANÇADO TRINDADE, Antonio, «Reflexiones sobre las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948 con ocasión de su Cuadragésimo Aniversario», *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número Especial en Conmemoración al Cuadragésimo Aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Costa Rica, 1989.

- *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Tomo III, Fabris, Porto Alegre, 2003.

CANNIZZARO, Enzo, *Diritto Dell'integrazione Europea*, Giappichelli Editore, Turín, 2015.

CARBONEL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal, concepto y principios constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

CASSESE, Antonio, *International Law*, 2da. Edición, Oxford University Press, Oxford, 2004.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Tecnos, Madrid, 2004.

CHAMOCHO CANTUDO, Miguel Ángel, *Los Fueros del reino de Toledo y Castilla La Nueva*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1era. Edición, Madrid, 2017.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

CONFORTI, BENEDETTO, *Derecho Internacional*, Edición en español revisada y anotada por VINUESA, Raúl E., Zavalía Editor, Buenos Aires, 1995.

COUTURE, Eduardo, «El 'Debido Proceso' como tutela de los Derechos Humanos», *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Derecho Constitucional Doctrinas Esenciales 1936-2008, LINARES QUINTANA, Segundo Director Emérito, Tomo III, Buenos Aires, 2008.

CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1988.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, «El valor de posición de la carta de derechos fundamentales en la comunión constitucional europea», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 39, Madrid, 2017.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal*. *Parte General*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1975.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal Español, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2002.

DE FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel; MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, y GÓMEZ GALÁN, Manuel, *Los derechos humanos en la sociedad global: mecanismos y vías prácticas para su defensa*, CIDEAL, Madrid, 2011.

DE MESA GISBERT, Carlos, *Bolivia 1982-2006 Democracia*, Gisbert y CIA, La Paz, 2017.

DE MESA, José; GISBERT, Teresa, y DE MESA GISBERT, Carlos, *Historia de Bolivia*, Gisbert y CIA, La Paz, 2007.

DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional*, Ariel, Madrid, 1999.

DE VEGA, Pedro, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 2011.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El Principio de Legalidad Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

DEDES, Christos, «Sobre el origen del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, trad. ALASTUEY DOBÓN, Carmen, 2da. Época, núm. 9, 2002.

DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto, «Constitución de 2009 y nuevo modelo de estado de derecho en Bolivia: el estado de derecho plurinacional», *Revista «Cuadernos Manuel Giménez Abad»*, núm. 1, Zaragoza, 2011.

DERMIZAKY PEREDO, Pablo, «Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2004.

DÍAZ RICCI, Sergio, *Teoría de la Reforma Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004.

DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 13ra. Edición, Tecnos, Madrid, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Derecho penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson/Civitas, Pamplona, 2008.

DONINI, Massimo, «*Diritto penale di lotta vs. Diritto penale del nemico*», *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, a cura di GAMBERINI A-ORLANDI R., Monduzzi, Bologna, 2007.

DURÁN RIVERA, Willman Ruperto, *Principios, Derechos y Garantías Constitucionales*, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2005.

ETO CRUZ, Gerardo, «La recepción del pensamiento continental europeo en América Latina: el bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad: ¿estamos ante un *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano?», *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y FLORES PANTOJA, Rogelio (coords.), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2017.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, «El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos», *Aspectos Institucionales y Procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1999.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992.

FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2010.

- «Pasado y futuro del Estado de Derecho», *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, trad. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, Trotta, Madrid, 2011.

- *Principia iuris*. *Teoría del diritto e della democracia*, vol. I y II, Trotta, Madrid, 2011.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, «Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana», *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, HERRERA, Alonso (coord.), Tirant Lo Blanch, México, 2013.

- «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad», *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.

FERRUFINO MORATÓ, Javier, «Análisis de casos emblemáticos de violaciones a los Derechos Humanos Caso: Juan Antonio Morales», *Observatorio Boliviano de Derechos Humanos*, Fundación Nueva Democracia, núm. 2, Santa Cruz, septiembre de 2016.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1998.

FOCARELLI, Carlo, *International Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Massachusetts, 2019.

FOFFANI, Luigi, «La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado», *Revista penal*, núm. 12, Madrid, 2003.

FREIXES SANJUÁN, Teresa, «Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: La construcción de un espacio jurídico europeo de los Derechos fundamentales», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005.

FUENTES OSORIO, Juan Luis, «Formas de anticipación de la tutela penal», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 08, 2006. Disponible en la web:

http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf ISSN 1695-0194 [RECPC 08-08 (2006), 24 ago].

GÁLVEZ MURCIENTES, Álvaro y VERÁSTEGUI PALAO, Paulino, *Panorama de la reforma del sistema de Justicia Penal en Bolivia*, Plural, La Paz, 2010.

GAMBOA ROCABADO, Franco, *Historia Política de la Asamblea Constituyente*, Konrad-Adenauer-Stiftung, La Paz, 2009.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *La norma fundamental en los textos de Kelsen*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

- *La lista de Schindler*. *Abismos que el Derecho difícilmente alcanza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001.

GARCÍA PALACIOS, Omar, *Curso de Derecho Constitucional*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Managua, 2001.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1993.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, «La Jurisdicción Interamericana sobre derechos humanos: actualidad y perspectivas», *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 54, México, 1998.

- «Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2006.
- *El Debido Proceso. Criterios de la Jurisprudencia Interamericana*, Porrúa, México, 2012.
- Reseña de «Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y Jurisprudencia», *Cuestiones Constitucionales*, núm. 22, Universidad Nacional Autónoma de México, enero-junio de 2010.

GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Historia del Derecho Español*, Tomo I y II, 2da. Edición Revisada, Madrid, 1964.

GARRÓN BOZO, Rodrigo Javier, «Jerarquía del derecho comunitario (análisis del caso boliviano)», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2006.

GIRÓN PALLES, José Gustavo, *Teoría del Delito*, AECID, Guatemala, 2013.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, «Principios y 'nuevos constitucionalismos' el problema de los nuevos principios», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, julio-diciembre de 2010.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El Tribunal Penal Internacional: Investigación y Acusación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, «Dignidad y ordenamiento comunitario», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, julio-diciembre de 2005.

GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, «La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano», *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, VON BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor, y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.), Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches

Recht Und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014.

GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Colex, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, «El Debido Proceso Constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional», *Cuestiones Constitucionales*, núm. 7, julio-diciembre de 2002.

- *El debido proceso estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2017.

GUASTINI, Ricardo, «Sobre el Concepto de Constitución», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1999.

GUIER, Jorge Enrique, *Historia del derecho*, Costa Rica, 1968.

GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, «La razonabilidad de las Leyes y otros Actos de Poder», *Revista de Crítica y Análisis Jurisprudencial*, núm. 1, 1995.

HAAS, Evelyn, «Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2006.

HÄBERLE, Peter, «A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal», *Dimensoes da Dignidade*, WOLFGANG SARLET, Ingo (Org.), Livraria Do Advogado, Porto Alegre, 2005.

- *El Estado Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2006.

HARB MIGUEL, Benjamín, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Juventud, La Paz, 1998.

HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1994.

HELLER, Claude, «México y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», *Centenario de la Constitución de 1917. Reflexiones del Derecho Internacional Público*, SÁNCHEZ CORDERO, Jorge (Ed.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2017.

HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942.

HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.

HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M., *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2008.

HOBBES, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado Eclesiástico y Civil*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

HOYOS, Arturo, *El Debido Proceso*, Temis, Bogotá, 1996.

HRUSCHKA, Joachim, «Kant, Feuerbach y los fundamentos del Derecho penal», *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal:¿decadencia o evolución?*, trad. FUENTES OSORIO, Juan Luis y MONTIEL, Juan Pablo (ed.), Marcial Pons, Madrid, 2012.

IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto, *El Sistema Penal en el Estatuto de Roma*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*. *Fundamentos y Teoría de la Imputación*, trad. CUELLO, Joaquín y SERRANO, José Luis, 2da. Edición Corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, Continental, México, 1958.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *Curso de derecho internacional público*, Centro Estudiantes de Derecho, vol. I, Montevideo, 1959.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de derecho penal la ley y el delito*, 4ta. Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

- *Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal*, Tomo II, Losada, Buenos Aires, 1964.

JIMÉNEZ RUIZ, Juan Luis, *El orden jurídico multinivel entre los paradigmas de libertad y seguridad*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2014.

- «Modelo «macrosecuritario» *vs*. sistema constitucional: a propósito del Anteproyecto de Ley de Seguridad Ciudadana», *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos*, núm. 168, 2015.
- «Reflexiones sobre política y Derecho: ¿la política del enemigo como Derecho en la globalización?, *Nuevo Foro Penal*, núm. 75.

JUSTE RUIZ, José, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, 3era Edición, Tecnos, Madrid, 1999.

KELSEN, Hans, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

- *Teoría Pura del Derecho*; *introducción a la ciencia del derecho*, trad. NILVE, Moisés, 23a. Edición (de la Edición en francés de 1953), Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1986.
- *La paz por medio del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003.
- *Principios de derecho internacional público* (traducción al español por CAMINOS, Hugo y HERMIDA, Ernesto C. Revisión, Edición y «Estudio Preliminar: Soberanía y Derecho Internacional en Hans KELSEN: mito y realidad» a cargo de MONEREO PÉREZ, José Luis, Comares, Granada, 2013.

KOMÁREK, Jan y AVBELJ, Matej, *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, Colex, Madrid, 2011.

LASSALLE, Ferdinand, ¿*Qué es una Constitución*?, Ariel, Barcelona, 1989.

LAZARTE ROJAS, Jorge, *Reforma del «experimento» constitucional en Bolivia*, Plural, La Paz, 2015.

- «La Asamblea Constituyente de Bolivia: de la oportunidad a la amenaza», *Revista Nuevo Mundo Mundos Nuevos*. Disponible a través del enlace:
  http://journals.openedition.org/nuevomundo/42663.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Madrid, 1961.

LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las Leyes*, Astrea, Buenos Aires, 2005.

LIÑÁN NOGUERAS, Diego, *Textos Jurídicos Básicos de la Unión Europea*, La Ley-Actualidad Editorial, Madrid, 2011.

LLEDÓ VÁSQUEZ, Rodrigo, «Sobre el derecho griego antiguo, como antecedente remoto del principio de legalidad penal», *Derecho Penal, Constitución y Derechos*, REBOLLO VARGAS, Rafael y TENORIO TAGLE, Fernando (dirs.), Bosch, Barcelona, 2013.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970.

LÓPEZ GARCÍA, José Antonio, y DEL REAL ALCALÁ, Alberto (ed.), *Los Derechos: Entre la Ética, El Poder y El Derecho*, Universidad de Jaén y Ministerio de Asuntos Sociales, Dykinson, Madrid, 2000.

LÓPEZ MENUDO, Francisco, «El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves», *Revista de Documentación Administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, Números 263-264, Madrid, mayo-diciembre de 2002.

LOZANO MIRALLES, Jorge, *El tribunal constitucional. Composición y principios jurídico organizativos (el aspecto funcional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016.

MARÍN GÁMEZ, José Ángel, «La Constitución de Cádiz y la Constitución histórica de España: Constitución liberal y Constitución histórica», *Sobre un hito jurídico. La Constitución de 1812: Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos*, Edición a cargo de CHAMOCHO CANTUDO, Miguel Ángel y LOZANO MIRALLES, Jorge, Universidad de Jaén, Jaén, 2012.

- *Aborto y Constitución*, Universidad de Jaén, Jaén, 1996.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Algunas consideraciones en torno al tipo penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996.

MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, *Teoría y Práctica del Poder Constituyente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, trad. de la 7ma. Edición alemana por BOFILL GENZSCH, Jorge y AIMONE GIBSON, Enrique, Astrea, Buenos Aires, 1994.

MAYMURA MILÁN, Marcos L., *Presidentes de Bolivia y Derecho Constitucional*, Hermanos Maymura Milán, Santa Cruz de la Sierra, 2015.

MESTRE DELGADO, Esteban, «Límites Constitucionales de las remisiones normativas en materia penal», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado (ed.), Madrid, 1988.

MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Parte General*, trad. FINZI, Conrado A, 6ta. Edición Alemana de 1955, Din, Buenos Aires, 1989.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2008.

MIRANDA BALCÁZAR, Iván, *La integración latinoamericana*, Instituto de Investigaciones en Ciencia Política, Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, 2015.

MONROY CABRA, Marco Gerardo, «Aplicación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos», *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número Especial en Conmemoración al Cuadragésimo Aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Costa Rica, 1989.

MONTESQUIEU, Charles, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1995.

MORENO NAVARRO, Gloria; RAMOS OCHOA, Héctor, y RAMÍREZ NERI, Heriberto, *Introducción al estudio del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de Antijuricidad*, *Parte General*, Tomo II, vol. I, Dykinson, Madrid, 2008.

MORO, Tomás, *Utopía*, trad. Ediciones Abraxas, Edimat Libros, Madrid, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco, «De nuevo sobre el derecho penal del enemigo», *Claves de Derecho Penal*, núm. 5, 2005.

- *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Constitución*, Iustel Publicaciones y Portal Derecho, Madrid, 2004.

MUÑOZ RODRÍGUEZ, Carmen, *Democracia y derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea*. IV Premio andaluz de investigación sobre integración europea, Reus, Madrid, 2011.

NIKKEN, Pedro, «El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos», *Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1993.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, «Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina», *Revista de Derecho*, núm. 5, Universidad Católica del Uruguay, 2010.

- «El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 19, enero-junio de 2013.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2007.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, «La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho», *Cuadernos «Bartolomé de las Casas»*, núm. 26, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 2003.

- *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio, y DE ASÍS, Rafael, *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, «La protección de los Derechos humanos en situaciones de conflicto: el parámetro del Derecho internacional humanitario», *Foro, Nueva Época*, núm. 4, Universidad Complutense, Madrid, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ta. Edición, Tecnos, Madrid, 1995.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

PERNICE, Ingolf, «La dimensión global del Constitucionalismo Multinivel. Una respuesta legal a los desafíos de la globalización», *Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad de San Pablo, núm. 61, 2012.

- «Multilevel Constitutionalism in the European Unión», *European Law Review*, núm. 27, 2002. Disponible en español en: «El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, 2012.

PETERSEN, Edgar, *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*, STIPPEL, Jörg y MARCHISIO, Adrián (coord.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

POMARES CINTAS, Esther, «La inmigración laboral del extranjero en el Derecho Penal», *Cuaderno de Política Criminal*, núm. 86, 2005.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal penal del enemigo», *Jueces para la Democracia*, núm. 49, Madrid, 2004.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Garantismo y derecho penal*, Iustel, Madrid, 2011.

- *La filosofía penal de la Ilustración*, Palestra, Lima, 2007.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Curso de Derecho Penal,* Tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Aranzadi, Navarra, 2002.

- *Parte General del Derecho Penal*, con la colaboración de MORALES PRATS, Fermín, Aranzadi, Navarra, 2010.

RABAGO DORBECKER, Miguel, «El avance de los derechos humanos en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007.

RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2003.

RAMOS VÁZQUEZ, Isabel, *La Reforma Penitenciaria en la Historia Contemporánea Española*, Dykinson, Madrid, 2015.

RESTREPO RODRÍGUEZ, Diana, «Aproximación al concepto de bien jurídico en un 'Derecho penal colonizado'», *Nuevo Foro Penal*, núm. 75, 2010.

RIDOLA, Paolo, *Diritti Fondamentali*, G. Giappichelli Editorial, Turín, 2006.

RIVERA SANTIBÁÑEZ, José Antonio, *Temas de Derecho Constitucional*, Olimpio, Cochabamba, 2012.

ROBLES, Gregorio, *Los Derechos Fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1997.

RODOTÀ, Stefano, *El derecho a tener derechos*, trad. REVUELTA, José Manuel, Trotta, Madrid, 2014.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 5ta. Edición, Tecnos, Madrid, 2002.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «Legalidad (Principio de) (Derecho Penal)», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XIV, Barcelona, 1978.

RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel, «La ejecución de las sentencias de la Corte», *El futuro del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos*, Cox, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1998.

RODRÍGUEZ VERGARA, Ángel; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco; CANO BUESO, Juan; CÁMARA VILLAR, Gregorio, y RUIZ ROBLEDO, Agustín, *Curso de derecho público de Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

ROLDÁN BARBERO, F. Javier, «La Carta de Derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 16, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

ROLLA, Giancarlo, «La evolución del constitucionalismo en América Latina», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* núm. 16, Madrid, 2012.

ROMERO MARTÍNEZ, Juan Manuel, «La protección multinivel de los derechos humanos. Tendencias y desafíos para la región interamericana», *Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF*, núm. 12, enero-junio de 2017. Disponible en la web oficial:

https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/revista-metodhos/article/view/31868.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato Social*, Mateos, Madrid, 1993.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, trad. y notas LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, y VICENTE REMESAL, Javier, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y la Jurisprudencia», *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 7, Universidad de Extremadura, 1989.

RUIZ RUIZ, Ramón, «Republicanismo clásico en el pensamiento hispano: comentarios sobre una tradición frustrada», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 47, Universidad de Granada, 2013.

SABÁN GODOY, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991.

SAGÜÉS NÉSTOR, Pedro, «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad», *Opus Magna Constitucional guatemalteco*, Instituto de Justicia Constitucional, Guatemala, 2011.

SALVIOLI, Fabián Omar, «La Competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Marco legal y desarrollo jurisprudencial», *Homenaje y Reconocimiento a Antonio Cançado Trindade*, Tomo III, Sergio Fabris, Brasilia, 2004.

SCHILLACI, Angelo, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio*, Jovene, Napoli, 2012.

SCHNEIDER, Hans-Peter, «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979.

SCHNEIDER, Hans-Peter, «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979.

SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. BENEYTO PÉREZ, José María, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1985.

SORENSEN, Max, *Manual de derecho internacional público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.

SUÁREZ COLLÍA, José María, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Retroactividad e irretroactividad. Concepto, tratamiento normativo y jurisprudencial*, Actas, Madrid, 1994.

SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis; RAMOS PÉREZ, Demetrio; COMELLAS, José Luis, y GALLEGO, José Andrés, *Historia General de España y América*, Tomo XVIII, RIALP, Madrid, 1992.

SUNSTEIN, Cass R., *La revolución en los derechos: redefiniendo el estado regulador*, trad. MARTÍNEZ SIERRA, José Manuel, Universitaria Ramón Areces Editorial, Madrid, 2016.

THOMAS, Hobbes, *Leviatham*, Penguin, Nueva York, 1968.

TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, 4ta. Edición, 8va. Reimpresión, Tecnos, Madrid, 2001.

TORRES DEL MORAL, Antonio, «El inicio del constitucionalismo español», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 26, Valencia, 2012.

TORRES MURO, Ignacio, «Constitución y Parlamento: notas para la comprensión de la institución parlamentaria en el siglo XXI», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 87, Madrid, 2012.

TRAVIESO, Juan Antonio, *Derechos Humanos: fuentes e instrumentos internacionales*, Heliasta, Buenos Aires, 1996.

TRIEPEL, Henrich, *Derecho público y política*, Civitas, Madrid, 1986.

TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2000.

VALLEJO PEÑA, Carmen, *El Estado de la Jurisdicción Universal en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno Español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

VAN CAENEGEM, Raoul, *Pasado y Futuro del Derecho Europeo*, trad. DÍEZ-PICAZO, Luis, Civitas, Madrid, 2003.

VERDERA IZQUIERO, Beatriz, *La irretroactividad: Problemática general*, Dykinson, Madrid, 2006.

VERGARA TEJADA, José Moisés, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ángel Editor, México, 2002.

VERVAELE, John A. E., *Internacionalización del derecho penal y procesal penal. Necesidades y desafíos*, 1era. Edición, Jurista Editores, Lima, 2015.

VILLÁN, Carlos, *La protección internacional de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, 4-29 de julio de 2011.

VILLAR PALASI, José Luis, *Mito y la realidad de las disposiciones aclaratorias*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1965.

VOLTAIRE, «Ideas Republicanas», *Opúsculos satíricos y filosóficos*, Alfaguara, Madrid, 1978.

VON BOGDANDY, Armin, *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Reus, Madrid, 1926-1929.

WALZER, Michael, *Terrorismo y Guerra Justa*, Kazt, Buenos Aires, 2008.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, trad. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁÑEZ PÉREZ, Sergio, Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura Básica del Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2010.

- *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1998.
- *Teoría del Delito*, Ediar, Buenos Aires, 1973.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*, Trotta, Madrid, 2011.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

ANUARIO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos-La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 1985.

ANUARIO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, Martinus Nijhoff Publishers, Cambridge, 1996.

CONFERENCIAS INTERNACIONALES AMERICANAS, SEGUNDO SUPLEMENTO 1945-1954: recopilación de los tratados, convenciones, declaraciones, resoluciones, recomendaciones y mociones adoptados por la Conferencia Interamericana sobre problemas de la guerra y de la paz; la Conferencia Interamericana para el mantenimiento de la paz y la seguridad del continente; la Novena Conferencia Internacional Americana; la Cuarta Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores y Décima Conferencia Interamericana, Departamento Jurídico, Unión Panamericana, Washington D.C., 1956.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Textos Fundamentales, Ministerio de la Presidencia, Viceministerio de Justicia, Plural Editores, La Paz, 2005.

EXPERIENCIAS DE REFORMA PROCESAL EN LATINOAMÉRICA, Perspectivas para Bolivia, Ministerio de Justicia en colaboración con MSD/USAID-Bolivia, La Paz, 1994.

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS PAÍSES ANDINOS, 2da. Edición, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2004.

ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL EN AMÉRICA LATINA, Tomo II, Instituto para la Integración de América Latina-Banco Interamericano de Desarrollo, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1986.