



¿Cómo Definir al Constitucionalismo Boliviano?

Msc. Abog. Jorge Omar Santalla Sandoval¹

jorge_santalla@yahoo.es

<https://orcid.org/0009-0003-5375-3348>

Investigador Independiente

Santa Cruz - Bolivia

RESUMEN

En algún momento de la historia, los seres humanos, tuvieron que admitir que la única manera de lograr una convivencia armónica, era creando normas que condicionen el comportamiento de la sociedad, siendo esta la génesis, de las normas jurídicas. Es a partir de ese momento que se impusieron diferentes maneras de interpretar la norma, siendo en su momento la más importante, *el positivismo jurídico*, con su máximo representante Hans Kelsen, periodo de la historia, en la que se asumió que la norma jurídica es incuestionable y corresponde aplicarla en forma exegetica. En la posguerra este esquema entra en crisis y surge el denominado *neopositivismo o pospositivismo*, planteando que la ley no es la única fuente del derecho y que los operadores de justicia, pueden reconstruir las premisas jurídicas, para lo cual acuden a otras fuentes, como ser la jurisprudencia, los principios, el derecho comparado, etc. Esta realidad, es plenamente aplicable al Derecho Constitucional, el que es parte de las normas jurídicas.

Palabras Clave: *Constitucionalismo liberal y social; positivismo jurídico; neopositivismo o pospositivismo; Estado legalista; Estado constitucional de derecho; Estado constitucional plurinacional de derecho.*

¹Autor principal

How to define Bolivian Constitutionalism?

SUMMARY

At some point in history, human beings had to admit that the only way to achieve harmonious coexistence was by creating norms that condition the behavior of society, this being the genesis of legal norms, as well as moral ones. and the social ones. It is from that moment that different ways of interpreting the norm were imposed, being at the time the most important, legal positivism, with its highest representative Hans Kelsen, period of history, in which it was assumed that the legal norm is unquestionable and corresponds to apply it exegetically. In the postwar period, this scheme entered into crisis and the so-called neopositivism or postpositivism arose, proposing that the law is not the only source of law and that justice operators can reconstruct the legal premises, for which they resort to other sources, such as jurisprudence, principles, comparative law, etc. This reality is fully applicable to Constitutional Law, which is part of the legal norms.

Keywords: *liberal and social constitutionalism; legal positivism; neopositivism or postpositivism; legalistic state; Constitutional rule of law; Plurinational constitutional state of law.*

Artículo recibido 10 mayo 2023

Aceptado para publicación: 10 junio 2023

INTRODUCCIÓN

El Derecho Constitucional, en estos últimos años, se ha constituido en una asignatura transversal a todas las otras materias que hacen al derecho, siendo esta la prueba irrefutable de su crecimiento, considerándola como sinónimo del Estado de Derecho, aspecto que es imperativo destacar, si partimos del hecho que esta materia, tiene sus orígenes a inicios del siglo XVI en Europa, siendo los precursores del mismo, intelectuales que coadyuvaron al desarrollo del derecho francés, inglés y norteamericano.

La suma de estos trabajos, en la doctrina constitucional se la conoce como DERECHO CONSTITUCIONAL LIBERAL O CLASICO, cuyas características, son: **a)** Que sus posturas, fueron las principales motivaciones académicas, para cuestionar la legitimidad del estado monárquico y el surgimiento del estado moderno, como ser que la soberanía reside en el pueblo, es inalienable e imprescriptible, pero se la ejerce mediante sus representantes; la división de los poderes, entre otros aspectos; **b)** Que estos y otros aspectos, actualmente se constituyen en la base de las diferentes Constituciones, evidenciándose con ello, el fortalecimiento de los derechos civiles y políticos; a inicios del siglo XX surge el DERECHO CONSTITUCIONAL SOCIAL expresado en las Constituciones de Querétaro de 1917 y los cambios cualitativos de Weimar, donde se asume que el estado debe cumplir determinadas obligaciones para con su población, como ser reconocer y proteger los derechos laborales, los derechos colectivos, como ser salud, educación, etc. Luego de la Segunda Guerra Mundial, surge el denominado NEOCONSTITUCIONALISMO, caracterizado por la incorporación de los Derechos Humanos en las diferentes Constituciones, llegando a denominarse Derechos Fundamentales, con todo lo que ello conlleva, no solo en su desarrollo teórico, sino en su plena implementación.

Es aquí donde surge el debate, respecto al Derecho Constitucional Boliviano, expresado en la actual Constitución Política del Estado, vigente desde el 07 de febrero de 2009, en cuanto hace a la interrogante ¿esta nuestra constitución, la asemejamos a un Constitucionalismo Liberal, Social o Neoconstitucionalismo?

Las respuestas son diversas, ante lo que consideramos que una manera coherente de lograr responder la referida interrogante, es estudiar los aportes de las diferentes Escuelas del Pensamiento Jurídico, en especial la positivista y la neopositivista, también llamada moralista.

METODOLOGÍA

Artículo de tipo cualitativo, a través de la recolección de la información mediante técnicas no estructuradas o semi estructuradas, llevando el estudio con libertad y de manera más natural.

Descriptiva, en razón a que se obtendrán datos referidos a la significación y definición del constitucionalismo boliviano; Asimismo, empleamos el estudio documental, que nos permitió efectuar el arqueo de fuentes a través de la selección gruesa del material que utilizamos para la investigación y composición del archivo, partiendo del tema central de la definición del constitucionalismo boliviano del que nos ocupa; También, se recurrió al descarte del material poco útil o poco referente al artículo científico, comparamos y organizamos el material disponible obteniendo las citas textuales y las referencias para sustentar las interpretaciones o teorías. Analizamos el material cotejado y elaboramos una propuesta de lectura crítica de interpretación o deducción del investigador. Por último, efectuamos el cierre general en torno a nuestro tema.

La Escuela Positivista y Neopositivista o Moralista del Pensamiento Jurídico.

El positivismo surge a finales del Siglo XVIII como una respuesta al absolutismo monárquico, el discurso mediante el cual se justificaba su implementación era: “El Estado de Derecho”, nadie podía estar por encima de la Ley, la ley es la voluntad del pueblo.

Esta era una opción válida y legítima, es decir “que todos, los gobernantes y los gobernados debían someterse a la Ley”, en oposición a la discrecionalidad, abuso, a la dictadura monárquica, que imperaba, que nadie podía estar por encima de la voluntad del Rey.

Durante el Siglo XIX y gran parte del Siglo XX, jurídicamente el positivismo no tuvo rival, pero luego de la Primera y esencialmente Segunda Guerra mundial, surgieron críticos, a esta postura, asumiendo que la Ley no representaba la voluntad del pueblo, sino intereses de clase, que muchas veces la “Ley” no siempre representaba a la justicia, siendo un caso palpable de ello el famoso juicio de Niurenber, cuya sentencia no se fundó en la Ley, sino en la Moral, bajo el aforisma: “cuando la Ley es injusta no puede considerarse derecho”.

Pero tampoco podía hacerse desaparecer a la Ley, porque ello generaría un caos, autores de la talla de Robert Alexy o Manuel Atienza, coinciden en que una de las maneras en las que los Jueces, Magistrados y demás profesionales pueden lograr que las Leyes injustas sean justas, es mediante la argumentación.

Surge así el pos positivismo, cuya base radica en que la “Ley” no puede considerarse inmutable, que hay que aceptar que la Ley no siempre va a poder prever todo, debiéndose activar la argumentación, la ponderación que reemplace a la subsunción.

Atienza postula que la norma ordinaria se la aplica mediante la subsunción, porque es rígida, en cambio los principios se los aplica mediante la ponderación, porque son más genéricos, de ahí que la Constitución Política del Estado en cuanto hace a su parte dogmática no puede interpretarse igual que una norma ordinaria, la norma fundamental es más genérica y busca regular la conducta política de los habitantes de un estado.

Los diferentes sistemas de justicia de América Latina fueron influenciados por el positivismo, sin embargo, en estos últimos años, se ha pasado de un Estado Legislativo a un Estado Constitucional, consiguientemente estamos en una transición de una postura dogmáticamente positivista a una pos positivista y Bolivia no es la excepción

La Transición del Positivismo al Pospositivismo o Neopositivismo en la Justicia Boliviana.

En la actualidad, en el Sistema del Civil Law, al que corresponde nuestro sistema normativo, las dos formas esenciales de razonamiento jurídico, se fundan en un enfoque positivista y en un enfoque pospositivista o neopositivista, es importante comprender, la evolución, que se dio en Bolivia, identificándose tres momentos constitutivos desde el punto de vista de la práctica forense que grafican este aspecto:

El estado legalista en Bolivia.

Este modelo, surge con el nacimiento de la República, es decir el año 1825 y perdura hasta el año 1994, es un periodo de la historia judicial, en la que primaba el razonamiento jurídico positivista, cuya génesis se ubica en Europa.

Se debe recordar que el Estado Monárquico, en Europa, que estuvo vigente durante toda la edad media, se caracterizaba por que el Rey era considerado, un ser casi divino, predestinado a

governar, su voluntad, era irrefutable y estaba por encima de cualquier disposición legal, el juez o autoridad judicial, se limitada a exteriorizar la voluntad de su gobernante. Con el surgimiento de la reforma protestante, la nueva clase social, denominada burguesa, que tiene su origen en los menesterales, a mediados del siglo XVI se genera una corriente académica, representada por filósofos como Juan Jacobo Rousseau, Montesquieu, entre otros, quienes, en sus obras ahora clásicas, como ser “El Contrato Social” o “El Espíritu de las Leyes” cuestionaron la legitimidad del Rey y por ende del modelo de sociedad imperante. A consecuencia de las propias contradicciones del Estado Monárquico, se genera la Revolución Francesa, dando origen a un nuevo modelo de estado, el Estado de Derecho.

En el plano judicial, Montesquieu, sostenía que una de las virtudes esenciales de la división de los poderes, era que el Poder Legislativo, era la genuina representación del pueblo, las Leyes que se generaban, debían ser cumplidas por todos los habitantes del estado, pues eran leyes que fueron redactadas y aprobadas por el mismo pueblo.

En correspondencia con esta explicación, se asume que la transición de un Estado Monárquico a un Estado de Derecho, se traduce en pasar de una sociedad en la que el Rey era quien gobernaba, a otro modelo de sociedad, en la cual es la Ley, quien ejerce el poder, es decir el Poder Legislativo. El rol del Poder Judicial, en el Estado de Derecho, era el de impartir justicia, en estricto apego a la Ley, esto, en correspondencia con lo anteriormente explicado, implicaba que una autoridad judicial, no podía cuestionar el contenido y por ende el alcance de una Ley, es decir que la autoridad judicial, se constituía en la voz mecánica de la ley.

Esta manera tan particular de comprender y por ende aplicar el derecho, se llegó a denominar “*positivismo*” y estuvo en su auge desde inicios del siglo XIX, siendo por lo tanto lógico, que cuando se decidió fundar la nueva República de Bolivia, un 6 de agosto de 1825, en el plano de la impartición de justicia, en esta nueva república, se asuma, esta corriente académica, novedosa para su tiempo, como es el “*razonamiento positivista*”.

Características del Estado Legalista, en el ámbito jurídico.

Las normas jurídicas en su contenido y/o redacción, no cambian, lo que cambia es la manera en la que son interpretadas y aplicadas a un caso concreto, a esto se denomina “*razonamiento jurídico*”, en la historia de la justicia boliviana, entre 1825 y 1994 primó un razonamiento jurídico positivista, cuyas principales características, desarrollamos a continuación:

En este esquema jurídico positivista, se asume que el derecho tiene una fuente principal, “*La Ley*” y excepcionalmente, sólo en caso que esta fuente principal, sea ambigua, oscura o inexistente, corresponde acudir a las fuentes indirectas, como ser la costumbre, los principios, la doctrina, la jurisprudencia.

Esta premisa con la que se entiende el origen del derecho, en este nuestro Sistema Civil Law, implicaba subordinar al principio de supremacía constitucional, respecto de la Ley ordinaria, aspecto que se sustentaba con la siguiente explicación: “*Todo lo que está descrito en la Constitución Política del Estado, se desarrolla y por ende se aplica mediante la Ley Ordinaria, consiguientemente, no se considera, desde el punto de vista práctico, conocer y por ende estudiar lo que está en la CPE, siendo suficiente, conocer la Ley Ordinaria*”.

La primera Constitución Política del Estado, de 19 de noviembre de 1826, conocida como “Constitución Vitalicia” o “Constitución Bolivariana”, hasta la promulgada en 1967, que estuvo vigente hasta el 7 de febrero de 2009, sin excepción, reprodujeron el principio de supremacía constitucional, con origen en el Constitucionalismo Norteamericano, a partir del histórico fallo, emitido por la Corte Suprema del referido país del norte, conocido como *Marbury vs. Madison*¹, el cual se traduce en que lo establecido en la Constitución Política del Estado, es de aplicación preferente, respecto de cualquier Ley o norma ordinaria.

En el denominado Estado Legalista (1825-1994), a partir de la constitución del Poder Judicial, exteriorizada primero con las Cortes Superiores de Chuquisaca y La Paz², luego la Corte Suprema

¹ El caso *Marbury vs. Madison*, (1803) no cabe duda, constituye uno de los principales hitos (e íconos) del constitucionalismo. Ello está plenamente justificado, pues es la primera ocasión en la que, de manera clara, una corte de vértice, afirmando la supremacía de la Constitución frente a la ley, determina la inaplicación de esta última por ser inconstitucional.

² Corresponde puntualizar que la Corte Superior de Justicia de Chuquisaca, fue creada el 27 de abril de 1825, posteriormente el 15 de diciembre de ese mismo año, se crea la Corte Superior de Justicia de La Paz, el motivo para que la Corte Superior de Justicia de Chuquisaca haya sido creada antes que la Corte

de Justicia³, el principio de supremacía constitucional, era inexistente, es decir que se asumió como una verdad irrefutable, que el derecho tenía una sola fuente principal y era la Ley ordinaria, lo que implicaba subordinar a la Constitución y por ende al principio de supremacía constitucional a este criterio.

En el Estado Legalista, el método de razonamiento jurídico, que se empleaba para interpretar y por ende aplicar una determinada disposición legal, era el *silogístico*, denominado por otros, como el método deductivo, que fue creado por el filósofo clásico Aristóteles, dentro su obra “La Lógica Formal”.

El método silogístico está conformado por una premisa mayor, que se constituye en la verdad general y por ende irrefutable, una premisa menor, expresada por la situación fáctica o problema y la conclusión, misma que es el resultado de la compulsión de las dos premisas.

La premisa mayor está constituida por la norma genérica; la premisa menor por el juicio que declara realizado el supuesto de dicha norma y la conclusión por la que se imputa a los sujetos implicados en el caso las consecuencias del derecho, es decir, la subsunción, entendida como “el enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética contenida en la ley ...El hecho concreto determinado y específico configurado por el juez pasa a confundirse con la categoría genérica, abstracta e hipotética prevista por el legislador”⁴

Suprema de Justicia, se debe a que al haberse consolidado el proceso libertario a finales de 1824, el Mariscal Antonio José de Sucre, considero urgente generar una transición en el ámbito judicial, lo que implicaba sustituir la Real Audiencia de Charcas, que funcionaba en Chuquisaca, por un Tribunal de Justicia, nuevo, de ahí que la creación de una Corte de Justicia en Chuquisaca era esencial, para dar certidumbre a los habitantes de estos territorios, incluso antes de la instalación de la Asamblea Constituyente, que posteriormente dispuso la creación de la nueva República.

³ La Corte Suprema de Justicia fue creada el 16 de julio de 1927.

⁴ Couture, Eduardo, Fundamentos de derecho procesal civil, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1997, p. 285

A continuación, procedemos a ejemplificar, la aplicación del referido método, a un caso concreto:

PREMISA MAYOR	El art. 549.1 del C.C. establece que un contrato puede ser declarado nulo, si el mismo no se constituye en la forma prevista por la ley. A su vez el art. 491.3 del C.C. concordado con el art. 1430 del mismo cuerpo legal, establece que el contrato de anticresis, debe ser constituido mediante escritura pública.
PREMISA MENOR	Juan Pérez en su memorial de demanda, describe que suscribió un contrato de anticresis, con María Oliva, por la suma de \$us. 15.000 a cinco años plazo, no obstante, se lo constituyó mediante documento privado reconocido, siendo esta la razón por la que demanda se declare nulo el referido contrato de anticresis.
CONCLUSIÓN	La autoridad judicial, luego de evidenciar que sí existe un contrato, suscrito por las partes, el cual titula “contrato de anticrético” y que el mismo fue constituido mediante documento privado reconocido, asume que al existir plena correspondencia entre los hechos descritos por la parte actora y el contenido de los arts. 549.1 del C.C., concordado con los arts. 491.3 y 1430 ambos del mismo cuerpo legal, declara PROBADA la demanda y dispone la nulidad del referido contrato, por falta de forma.

Del ejemplo, se asume que en el Estado Legalista, la autoridad judicial, es la voz mecánica de la Ley, la manera como se resuelve una controversia, es realizando una labor de subsunción, entre los hechos descritos por los sujetos procesales y lo establecido en la Ley ordinaria, misma que se constituye en este modelo de estado, en la fuente directa del derecho, si existe plena correspondencia entre lo previsto en la norma legal invocada y lo descrito en el escrito de demanda, la demanda será declarada probada, de no ocurrir esta correspondencia, será declara improbada la demanda.

En esta forma de razonamiento jurídico, no es viable cuestionar el contenido de la Ley, la autoridad judicial sustenta su labor con el método del silogismo jurídico, logra seguridad jurídica, previsibilidad y objetividad, una autoridad judicial, asume que, si existe plena correspondencia entre los hechos descritos por la parte actora, con lo establecido en la Ley, su decisión es justa.

Consideramos que esta manera de razonar el derecho, tiene sus limitaciones, siendo una de estas, el hecho que lo pretendido por la parte actora no este regulado por nuestro ordenamiento jurídico, es decir que exista un vacío –total o parcial- a nivel de la regulación normativa.

En el razonamiento jurídico positivista, si se presenta esta clase de contingencia, es probable, que la autoridad judicial, declare improbada la demanda y en forma excepcional alguna otra autoridad, acudirá a las fuentes indirectas, como ser la doctrina, la jurisprudencia, el derecho comparado, etc., sin embargo, es poco probable que algunas de estas fuentes indirectas del derecho puedan generar convicción de legalidad en el juez y por ende en las partes.

El estado constitucional del derecho.

En la década de los 90, diferentes organismos internacionales, realizaron varios diagnósticos, respecto a la situación de la Justicia en diferentes países de Iberoamérica, una de sus principales conclusiones fue, que “un Poder Judicial, para que preste un servicio de calidad, con eficacia y transparencia, desde el punto de vista funcional, ejerce dos actividades; una es estrictamente jurisdiccional, que se circunscribe a tramitar y resolver causas, mediante la emisión de resoluciones judiciales, la cual está a cargo de una autoridad judicial, la otra es estrictamente administrativa, es la que se encarga del manejo administrativo, financiero, régimen disciplinario, recursos humanos, la relación entre ambas es directa, no obstante es imperativo que la función administrativa coadyuve a la función jurisdiccional con plena eficiencia, de manera que garantice a los operadores de justicia y por ende su personal de apoyo que cuenten con las condiciones logísticas, tecnológicas y físicas optimas, de manera que los operadores de justicia, dediquen el total de sus capacidades a impartir la justicia. Estos Organismos Internacionales, indicaron que, en la mayoría de los países de Iberoamérica, la función jurisdiccional y la función administrativa, está a cargo de un mismo ente, en este caso la parte jurisdiccional, es decir que existe una excesiva e innecesaria concentración de competencias, situación que coadyuva a que la mora judicial, la falta de independencia, la corrupción, entre otros problemas que afectan a los diferentes Sistemas de Justicia, no puedan ser resueltos. La propuesta técnica de estos Organismos Internacionales, ante esta situación, fue la de separar la función jurisdiccional de la función administrativa, lo que sin lugar a dudas implicaría generar niveles de especialización.

Esta recomendación fue la génesis para que se incorporen en los diferentes Sistemas de Justicia de Iberoamérica los denominados Consejos de la Judicatura o Consejos de la Magistratura, que debían encargarse de toda la función administrativa al interior de sus Poderes u Órganos Judiciales, pretendiendo con ello que los operadores de justicia, se dediquen exclusivamente a impartir la justicia.

Este nuevo modelo organizacional, se lo implemento en Bolivia a partir de la reforma constitucional de 1994, durante el gobierno del MNR. En esa oportunidad se modificaron 60 artículos de los 238 artículos que contenía la Constitución Política de 1967, dos de estos (arts. 1 y 171), tenían directa relación con el paradigma del pluralismo, en sentido que por vez primera el Estado Boliviano, admitía que somos una sociedad pluriétnica y multicultural.

En el orden judicial, esta reforma constitucional, incorporó el modelo de organización por especialidades, creo el Consejo de la Judicatura, con sus competencias específicas, todas de carácter administrativo: régimen disciplinario, recursos humanos, manejo administrativo y financiero.

En el plano jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, conformada por nueve Cortes Departamentales de Justicia, de diferentes materias y lo novedoso de este nuevo modelo organizacional, fue que se creó el Tribunal Constitucional, por vez primera en el Sistema de Justicia de Bolivia, existía una instancia exclusiva que tenía como competencia específica la de interpretar la constitución y de hacer respetar el principio de supremacía constitucional.

Lo anecdótico es que el Tribunal Agrario Nacional⁵, no fue creado en esta reforma constitucional, sino que la judicatura agraria, fue creada mediante la Ley N° 1715, que entró en vigencia el año 1996.

Características del Estado Constitucional de Derecho, en el ámbito jurídico.

⁵ La Jurisdicción Agraria, no tuvo de inició un origen constitucional toda vez que en la Reforma Constitucional de 1994, esta no existía, fue incorporada a este proceso de especialización, recién en la Ley 1715 de 2006, siendo esta la razón por la que el Tribunal Agrario Nacional, estaba conformada no por Ministros, sino por Vocales, quienes eran designados por Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, pese a que desde el punto de vista institucional, era igual en jerarquía que la Corte Suprema de Justicia o el Tribunal Constitucional, por ser de competencia nacional.

Este momento histórico, que se ha denominado Estado Constitucional de derecho, el cual, a criterio nuestro, es una etapa de transición de un razonamiento jurídico positivista a un razonamiento jurídico pospositivista.

Luego de la reforma constitucional de 1994, en el Sistema de Justicia, se tuvo que esperar varios años, para que el nuevo modelo organizacional sea implementado, la razón principal, fue que recién en 1997 se aprobó la Ley N° 1817 (Ley del Consejo de la Magistratura) y el año 1998 se promulgo la Ley N° 1836 (Ley del Tribunal Constitucional), para finales de los 90, el Poder Judicial de Bolivia, había logrado implementar el modelo por especialidades, el Consejo de la Magistratura, ejercía un monopolio, en el ejercicio de las competencias administrativas y en lo jurisdiccional, se constituyeron tres áreas especializadas, la jurisdicción constitucional, ejercida por el Tribunal Constitucional; la jurisdicción agraria, correspondiente al Tribunal Agrario Nacional y jueces agrarios y la jurisdicción ordinaria a la cabeza de la Corte Suprema de Justicia. La labor del Tribunal Constitucional, entre 1998 y 2008, expresada en sus fallos, lograron modificar varios conceptos y dogmas del denominado Estado Legalista, siendo esta la razón por la que el Estado Constitucional de Derecho, es una etapa de transición entre el razonamiento jurídico positivista y el razonamiento jurídico pospositivista, en lo que hace a la Justicia Boliviana.

En el Estado Legalista, se asumió como verdad irrefutable, que la fuente del derecho era la Ley ordinaria, subordinando la eficacia de la Constitución y del principio de supremacía constitucional: *“todo lo que esta expresado en la Constitución, se desarrolla y por ende aplica, mediante la Ley ordinaria, lo que implica que, por utilidad práctica, debemos estudiar la Ley y no la Constitución”*.

Fueron los jueces, abogados libres y fiscales, los primeros profesionales, en admitir que la Constitución Política del Estado, tiene aplicación preferente, respecto de la Ley ordinaria y ello fue a consecuencia de la labor jurisdiccional ejercida por los Magistrados y Magistradas del Tribunal Constitucional, quienes resolvieron diferentes recursos constitucionales, que se interpusieron, en contra del entonces Nuevo Código Procesal Penal (Ley N° 1970), declarando inconstitucional algunos artículos de este cuerpo legal.

En la década del año 2000, cuando algún estudiante de derecho o abogado junior, consultada sobre ¿qué debería leer y por ende estudiar para convertirse en un excelente abogado penalista?, la respuesta era siempre la misma: “todo abogado penalista, debe conocer perfectamente la parte sustantiva, ello implica estudiar el Código Penal y todo lo que ello implica, pero también debe conocer la parte adjetiva, toda vez que es el mecanismo a través del cual se aplica la parte sustantiva, en razón de ello, también debes estudiar el Código Procesal Penal y a partir de la existencia del Tribunal Constitucional, también debe revisar la jurisprudencia que este tribunal, en relación a materia penal, no olvides que sus fallos son vinculantes”.

El sostener que, a partir de la labor efectiva del Tribunal Constitucional, se comenzó a estudiar y aplicar la Constitución, bajo la premisa: “Una Constitución, está conformada por Principios Constitucionales y Normas Constitucionales, los primeros son genéricos, sin embargo se constituyen en orientadores a momento de interpretar una norma constitucional, toda vez que es en los principios que podemos ubicar el carácter teleológico de una Constitución y los segundos, son disposiciones expresas y taxativas que describen una determinada situación”.

Una autoridad judicial o cualquier profesional que pretenda hacer una interpretación constitucional de una norma ordinaria, desde el punto de vista epistemológico, lo primero que debe hacer, es compulsar el contenido de la norma ordinaria, con la norma constitucional y será de esta actividad estrictamente teórica y por ende abstracta que debe generarse una respuesta coherente a la interrogante ¿esta norma jurídica ordinaria, está acorde o en contra del principio de supremacía constitucional?

Es plenamente viable que, en algunos casos, la norma constitucional, no sea precisa en su alcance, lo que sin lugar a dudas dificulta la labor de realizar una interpretación constitucional de una determinada disposición legal ordinaria, es en estos casos específicos, que se sugiere recurrir a los principios constitucionales. Esta manera de interpretar y aplicar una determinada norma ordinaria a un caso concreto, en el Estado Legalista era inexistente, comenzó a cambiar a consecuencia de la implementación del Estado Constitucional de Derecho, tiempo en el que los diferentes operadores de justicia, a tiempo de argumentar sus decisiones, si bien continuaban aplicando el método del razonamiento silogístico, en cuanto hace a la premisa mayor, la misma

ya no estaba constituida únicamente por la Ley ordinaria, sino por normas constitucionales y principios constitucionales.

El estado constitucional plurinacional de derecho.

El año 2009, entra en vigencia la Constitución Política del Estado, misma que se considera un hito, dentro el Constitucionalismo Boliviano y Latinoamericano.

Es una Constitución, a diferencia de sus predecesoras, logra relacionar, las cosmovisiones de nuestros pueblos indígenas con la epistemología occidental, una muestra de ello, es el art. 2 de la referida Norma Constitucional, que dispone: “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”. El legislador constituyente, ha incluido varios mecanismos para materializar el referido artículo 2, las Autonomías Indígenas, los Derechos Fundamentales Indígenas, la Justicia Indígena Originaria Campesina, etc.

Esta constitución, plantea un modelo de sociedad, denominado Estado Plurinacional Comunitario, que tiene por finalidad generar un estado integrador, en el que todos los sectores sociales puedan ser parte de la toma de decisiones, en contraposición al estado aparente que en palabras del sociólogo René Zabaleta Mercado, es una estructura de poder, que genera un mero discurso de inclusión falso, siendo lo evidente que esta clase de estado, únicamente responde a intereses de determinadas castas privilegiadas, el referido académico sostiene que este estado aparente, estuvo vigente todo el siglo XIX y gran parte del siglo XX, siendo los principales excluidos, los indígenas.

Este modelo de sociedad, conforme precisa en artículo 1 de la Constitución Política del Estado, se sustenta en la pluralidad y el pluralismo económico, jurídico, político, cultural, lingüístico. Cada uno de estos pluralismos, incorpora conceptos complejos y novedosos para la epistemología constitucional occidental, pero propios de nuestras realidades ancestrales e históricas, como ser la descolonización, el vivir bien, la interculturalidad, entre otros. La premisa sobre la cual se

construyó este modelo de sociedad, es aceptar que Bolivia es una sociedad abigarrada, término que Zabaleta lo traduce como, grupo social, complejo, en el que coexiste diferentes culturas y modos de interacción social, cultural, jurídico, económico y religioso.

En el ámbito de los Derechos Humanos, esta Constitución, incorpora la denominada cláusula ambiental y con ello, se constituye junto con la Constitución del Ecuador, en las dos primeras Constituciones, en haber decidido incorporar como parte de su diseño normativa al paradigma del ecocentrismo, en contraposición al antropocentrismo, que es el esquema con el cual, el mundo occidental, explica y por ende desarrolla no solo los Derechos Humanos, sino el derecho en su conjunto; Asimismo, incorpora el principio de supremacía constitucional de los Derechos Humanos, reforzando de esta manera el control de convencionalidad ausente en las anteriores Constituciones.

Características del Estado Plurinacional de Derecho, en el ámbito jurídico.

La Constitución plantea un modelo de sociedad y parte del mismo es su Sistema de Justicia, el cual se denomina Pluralismo Jurídico, estructurado de la siguiente manera:

Se mantiene el diseño asumido el año 1994, es decir que la función administrativa, continúa separada de la función jurisdiccional, no obstante, la diferencia radica en que el ahora Consejo de la Magistratura, si bien ejerce las competencias de recursos humanos, régimen disciplinario, control y fiscalización, ya no está a cargo de la función administrativa-financiera.

La Ley del Órgano Judicial, mediante el art. 7 crea la Dirección Administrativa y Financiera del Órgano Judicial, entidad que tiene competencia para administrar los recursos económicos de este Órgano, es decir que, en el ámbito administrativo, el Consejo de la Magistratura, ya no monopoliza la función administrativa.

En el ámbito jurisdiccional, los cambios que incorpora la actual Constitución, son radicales, materializándose el pluralismo jurídico, que constitucionalmente se lo define como la existencia de dos sistemas de justicia, iguales en jerarquía, dentro el territorio nacional, el uno que tiene su origen en el modelo de justicia greco-romano, actualmente conocido como Civil Law, cuya característica es que las normas que rigen su funcionamiento son escritas. Este Sistema de Justicia,

está conformado por la Jurisdicción Ordinaria a la cabeza del Tribunal Supremo de Justicia, la Jurisdicción Agroambiental, a la cabeza del Tribunal Agroambiental.

El otro sistema es la Justicia Indígena Originaria Campesina (JIOC), que se sustenta en la historia misma de los pueblos indígenas que habitaban antes de la llegada de los conquistadores, sociedades que habían desarrollado diferentes mecanismos de solución de controversias, mismos que se mantuvieron en el tiempo, hasta nuestros días y que ahora el legislador constituyente los ha incorporado.

El art. 179.I de la Constitución Política del Estado, establece que ambos sistemas de justicia, son parte del Órgano Judicial, siendo representante de los mismos, por disposición del art. 40 núm. 1 de la Ley del Órgano Judicial, el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia y que sea el Tribunal Constitucional Plurinacional, el que tenga competencia para resolver conflictos de competencias, siendo este el motivo lógico-jurídico por el que se estableció que el Tribunal Constitucional Plurinacional no sea parte del Órgano Judicial.

Recordemos que a mediados del siglo XX Robert Alexy y Manuel Atienza, plantearon que ante la crisis del pensamiento positivista, se debería generar herramientas teóricas que permitan a una autoridad judicial, poder ir más allá de la Ley, es en virtud de ello que acudieron a los principios, los cuales en este nuevo esquema se constituyen en fuente directa del derecho, semejantes a la Ley, de ahí que Atienza precisa que la transición del positivismo al pospositivismo es pasar de “Un estado reglado a un estado de reglas y principios”.

La actual Constitución, del art. 178 en adelante, ha desarrollado una gran cantidad de principios para cada una de las jurisdicciones, la ordinaria, constitucional, agroambiental, indígena originaria campesina e incluso para el Consejo de la Magistratura, replicando esto en todas las normas que se han promulgado a partir de la vigencia de esta Constitución.

Esta estructura normativa, con la que se ha concebido el Pluralismo Jurídico, debe ser entendido en correspondencia al art. 109.I de la misma Constitución que dispone: “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías por su protección”, expresando de esta manera tres principios: a) El principio de igualdad jerárquica de

los Derechos Fundamentales; **b)** Aplicación directa de los Derechos Fundamentales y **c)** Judicialidad Directa de los Derechos y Garantías Fundamentales.

En relación a la judicialidad directa de los derechos y garantías fundamentales, previstas en la norma fundamental, implica que todas las autoridades judiciales o administrativas, en el actual contexto normativo deben asumir que ahora la fuente directa del derecho en Bolivia, no es la Ley, sino la Constitución Política del Estado, lo que implica acudir al Bloque de Constitucionalidad, transitando de un enfoque normativo positivista a uno pospositivista, con el aditamento esencial, del pluralismo, que es transversal.

La importancia de comprender esta situación, radica en que el Estado a través de sus entes públicos (Órgano Judicial) tiene la obligación de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 9 numeral 4 de la Constitución Política del Estado, es decir de “Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución”.

Las características esenciales y de utilidad práctica que podemos destacar de la denominada argumentación pospositivista o neopositivista, tienen su origen en el actual modelo de justicia, denominado Pluralismo Jurídico, son las siguientes:

En esta clase de argumentación jurídica, se parte de la premisa que el derecho, no tiene una sola fuente, sino que el derecho se nutre de una pluralidad de fuentes, como ser la jurisprudencia, la doctrina, el derecho comparado, la ley, la Constitución, etc., denominado por el Legislador Constituyente como Bloque de Constitucionalidad.

Es fundamental, comprende este primer aspecto, que obviamente le hace diferente a la argumentación jurídica positivista. Esto exige que la autoridad judicial, a tiempo de exponer su argumentación jurídica, debe reconstruir su premisa jurídica.

El método que se aplica, en esta clase de argumentación jurídica, no es la subsunción, deducción o el razonamiento silogístico, como ocurre en la argumentación jurídica positivista, en esta clase de argumentación jurídica, se acude a la ponderación, ir más allá de la Ley.

Este es el cambio cualitativo con la anterior argumentación jurídica, en virtud a que en el paradigma del pospositivismo, una autoridad judicial, debe dar prioridad al valor justicia y si para lograr aquello, debe sustentar su fallo, más allá de la ley, esta constreñido a hacerlo.

La argumentación jurídica pospositivista, tiene raíz constitucional, que está previsto en el párrafo I del art. 178 de la CPE, es conceptualizado por el Código de Ética Judicial, para Iberoamérica, instrumento legal que fue aprobado por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, mediante Acuerdo N° 36/2018 en los siguientes términos:

“Art. 35.- El fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho. Art.

36.- La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes.

Art. 37.- El juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes.

Art. 38.- En las esferas de discrecionalidad que le ofrece el Derecho, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y de equidad.

Art. 39.- En todos los procesos, el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley.

Art. 40.- El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan”

En correspondencia con los principios de judicialidad directa y supremacía constitucional, previstos en los arts. 109.I y 410.II de la Constitución Política del Estado, la interpretación de una disposición legal, debe hacerse no solo en base a los métodos tradicionales, como es el exegético, teleológico, histórico y sistemático, sino constitucional, el cual se lo traduce como: "interpretar la norma ordinaria, conforme a la Constitución y a partir de la Constitución". Esta interpretación, tiene un origen jurisdiccional, el Tribunal Constitucional de España, en la STC N° 09-1981 determinó que “La naturaleza de la Ley superior de la Constitución se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la misma”. Posteriormente, en la STC N° 77-1985, se estableció que “este principio de interpretación de las leyes conforme a la Constitución se justifica, puesto que la Constitución es uno de los elementos interpretativos que deben aplicarse en toda labor de hermenéutica legal, particularmente al hacer uso de la

interpretación sistemática y teleológica”, señalando luego en la STC N°112-1989, que “todo el ordenamiento jurídico ha de ser interpretado conforme a la Constitución y en la medida más favorable a los derechos fundamentales. De este modo, la constitución se constituye en la parte general del ordenamiento jurídico”.

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

Como se percibe de la doctrina y la jurisprudencia aludida, los métodos hermenéuticos anotados, deben ser combinados, pues no pueden ser utilizados en forma aislada, toda interpretación se iniciará con el método gramatical, atendiendo a la letra de la ley, indagando el significado de los términos de un texto legal; tanto en lo técnico, como en lo jurídico. Esta interpretación se complementará con la interpretación sistemática, a través del análisis de la norma vinculada a otros textos legales, para obtener el significado de la norma dentro de un determinado contexto, interpretación que debe extenderse a las normas constitucionales.

Posteriormente, se necesitará comprobar si el resultado de la interpretación condice con el objetivo, con la finalidad y el sentido que quiso darle el legislador (interpretación teleológica); complementariamente, es posible utilizar el método histórico que coadyuvará al método teleológico para indagar el verdadero sentido de la norma, o también el método comparativo, con la finalidad de encontrar puntos de coincidencia con los textos legales extranjeros, que coadyuven a reafirmar o reanalizar la tesis sostenida.

La labor interpretativa que no se ajusta a los criterios de la interpretación reconocidos por el derecho, se constituye en un indicio de que la misma puede resultar insuficiente, irracional o arbitraria. El imperativo de seguridad jurídica consagrado en la Constitución, exige que el resultado de la labor interpretativa sea previsible, tanto en cuanto a los métodos (reglas) empleadas como a su resultado.

Lo tradicional dentro el derecho constitucional boliviano, era asumir que la norma fundamental (CPE) este ubicada en la cúspide del ordenamiento jurídico vigente, es decir era “la Ley de Leyes”, ninguna disposición legal podía estar por encima de ella, ni los Tratados o Convenios ratificados por nuestro país.

Este paradigma, con la entrada en vigencia de la actual Constitución, ha cambiado, ahora se habla de la supra-constitucionalidad de los derechos humanos, esto implica que si bien la Constitución Política del Estado es la norma suprema del Estado en materia de derechos humanos, existe una excepción, si dentro la jurisdicción judicial o la jurisdicción administrativa, una autoridad observa que existen instrumentos internacionales, convenios o tratados, -que hacen al Derecho Internacional de los Derechos Humanos- disposiciones legales más favorables que las previstas en la Constitución, corresponde aplicar estas disposiciones legales, por encima de la misma norma fundamental.

Este razonamiento de inicio, genera una contradicción entre dos institutos constitucionales, por un lado, está el principio de supremacía constitucional y por el otro el principio de supra-constitucionalidad de los derechos humanos⁶.

El primero está taxativamente regulado en el art. 410.II de la norma fundamental. De una lectura precisa de este precepto constitucional, se ratifica que la Constitución es la norma suprema del Estado Plurinacional Comunitario de Bolivia y respecto a los Tratados y Convenios referidos a los Derechos Humanos, como ser la Declaración Universal de los DD.HH., el Pacto Internacional

⁶ El proceso dialectico de los Derechos Humanos. Los DD.HH. son un organismo vivo en cada tiempo y con contenido social. La primera generación de los Derechos Humanos, surgió en el Siglo XVIII, impulsado por el modelo capitalista, siendo lógico asumir que los DD.HH. de primera generación, fueron los derechos civiles y políticos vinculados al principio de libertad y su característica fundamental, viene determinada porque exigen de los poderes públicos su inhibición y no injerencia en la esfera privada de las personas, esencialmente son individualistas, son capitalistas. A consecuencia de la injusticia social que se visibilizó a mediados del Siglo XIX, emergen ideologías socialistas lideradas por Carlos Marx, se organizan las denominadas Internacionales que exigen derechos sociales, surgiendo los DD.HH. de segunda generación que incluyen a los derechos económicos, sociales y culturales, vinculados con el principio de igualdad y que a diferencia de los anteriores, exigen para su realización una efectiva intervención de los poderes públicos a través de prestaciones y servicios públicos.

Posteriormente están los DD.HH. de tercera generación, donde se ubican los derechos de los pueblos y de los sectores diferentes, impulsados en el primer supuesto por las luchas de descolonización y en el segundo por los colectivos feministas. Los DD.HH. de cuarta generación hacen referencia a los derechos ambientales y se los define como los derechos de las generaciones futuras, luego están los DD.HH. de quinta generación, relacionados al control del cuerpo y a la organización genética de uno mismo, enfrentados a la mercantilización de la vida. Los Derechos Humanos, son en esencia la historia de la humanidad y su evolución únicamente se la puede entender desde el punto de vista de la dialéctica.

de los Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de los Derechos Humanos, etc., el art. 410.II aclara que estos instrumentos son parte del Bloque de Constitucionalidad y jerárquicamente están ubicados por debajo de la Constitución. Consiguientemente se concluye de inicio que la supra constitucionalidad de los derechos humanos no está prevista en el art. 410.II de la norma fundamental. Sin embargo, realizando una interpretación sistemática, debemos resaltar el hecho que la Constitución ha desarrollado un capítulo referido a “Relaciones Internacionales”, a partir del art. 255 y el art. 256.I precisa: “ 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 aplicaran de manera preferente sobre ésta”, lo que implica que la aplicación del art. 256.I de la norma fundamental, es excepcional, en consecuencia no es contrario a lo establecido en el art. 410.II de la tantas veces mencionada Constitución.

CONCLUSIONES

Luego de haber descrito en forma resumida los elementos constitutivos y características centrales, tanto de la argumentación jurídica positivista, como de la argumentación jurídica pospositivista o neopositivista, se asume que la actual Constitución, desde el punto de vista de su estructura normativa, asume un enfoque neopositivista o pospositivista, sin embargo, también incorpora el paradigma del pluralismo y que en el plano jurídico, se denomina Pluralismo Jurídico, a ello se suma que desde el punto de vista de su estructura y organización territorial, incorpora el régimen de autonomías, con todo ello se concluye en que el Derecho Constitucional Boliviano, no responde a una tradición totalmente clásica, tampoco social y menos neoconstitucional, es un derecho constitucional, que responde a un periodo histórico del pueblo boliviano, que más allá de pretender acomodarse a determinados paradigmas constitucionalistas, ya existentes, pretende dar respuestas a las necesidades y realidades histórica, culturales y sociales del pueblo boliviano.

BIBLIOGRAFÍA.

Alexy, Robert, El concepto y la validez del derecho, trad. de J. M. Seña, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 2004.

Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Lima, Palestra, 2007.

Teoría del discurso y derechos humanos, trad. de L. Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

“Reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años”, en Bernal Pulido, Carlos (ed.), La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy, Lima, Palestra, 2011.

, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, La institucionalización de la justicia, 3a. ed., Granada, Comares, 2016.

Bustamante, Thomas, “Racionalidad judicial y racionalidad legislativa: un sucinto análisis de la crítica de Manuel Atienza a la tesis del caso especial y su contribución para la teoría de la argumentación en el ámbito legislativo”, en Aguiló Regla, Josep y Grández Castro, Pedro (eds.), Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza, Lima, Palestra, 2017.

Cabra Apalategui, José Manuel, “Antiformalismo y argumentación jurídica”, Derechos y libertades, vol. 24, 2011.

Haba, Enrique, “Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación”, en Haba, Enrique (coord.), Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica, Lima, Palestra, 2014.

, “Callar o no callar... That is the Question!”, en Haba, Enrique (coord.), Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica, Lima, Palestra, 2014.

, “Avatares de lo “racional” y lo “razonable”, cuando son eximidos de tener carné de identidad”, en Haba, Enrique (coord.), Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica, Lima, Palestra, 2014.

Kalinowski, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*, trad. de J. Casaubón, Buenos Aires, Eudeba, 1973.

MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Nueva York, Oxford University Press, 2003.

Suárez Llanos, Leonor, “Razón práctica y argumentación en Mac-Cormick: de la descripción a la justificación crítico-normativa”, *Derechos y libertades*, vol. 15, 2006.

Toulmin, Stephen, *Los usos de la argumentación*, trad. de M. Morrás y V. Pineda, Barcelona, Península, 2007.

Vigo, Rodolfo, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Buenos Aires, EDUCA, 2015.