



Constitucionalismo

CONSTITUCIÓN Y DECONSTRUCCIÓN

Farit Rojas Tudela

CONSTITUCIÓN Y DECONSTRUCCIÓN

Farit Rojas Tudela



Vicepresidencia del Estado
Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional
BOLIVIA



Rojas Tudela, Farit

Constitución y deconstrucción / Farit Rojas Tudela – La Paz : Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2018.

112 p. : 21 cm – (Constitucionalismo)

ISBN 978-99974-77-45-3 (versión impresa)

ISBN 978-99974-77-46-0 (versión digital)

1. Constitución 2. Pluralismo jurídico 3. Constitucionalismos 4. Interpretación constitucional I. Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, ed. II. Título.

Gestión editorial: Claudia Dorado Sánchez

Cuidado de edición: Andrés Martínez Crespo y Claudia Dorado Sánchez

Diseño y diagramación: Susana Cayoja Mita

Imagen de portada: "Figure of Justice N.º 4" (1995), escultura de

Diana Moore; fotografía cortesía de Douglas Palmer

Revisión, cotejo y ajuste de pruebas: Carmiña Salazar Rodríguez

Derechos de la presente edición: diciembre de 2018

© Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia

Centro de Investigaciones Sociales (CIS)

Calle Ayacucho esq. Mercado N° 308

La Paz - Bolivia

+591 (2) 2142000

Casilla N° 7056, Correo Central, La Paz

www.cis.gob.bo

ISBN: 978-99974-77-45-3 (versión impresa)

D.L.: 4-1-557-18 P.O.

Primera edición

500 ejemplares

Impreso en Bolivia

Las opiniones expresadas en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de su autor y no necesariamente representan la postura de las instituciones que han contribuido a su financiamiento, producción o difusión.

Este libro se publica bajo licencia de Creative Commons:

Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

Esta licencia permite a otros crear y distribuir obras derivadas a partir de la presente obra de modo no comercial, siempre y cuando se atribuya la autoría y fuente de manera adecuada, y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones.



Índice

Presentación	7
1. Constitución	11
1.1. Pervasiva e invadente	12
1.2. Oscilante	14
1.3. Exterior constitutivo e indecibles constitucionales	16
1.4. Constitución-acontecimiento	19
2. Método	25
2.1. Modalidades de la dogmática jurídica	26
2.2. La deconstrucción como estrategia para el estudio de la Constitución	29
2.3. El pluralismo jurídico como estrategia para el estudio del Derecho	35
2.4. La política constitucional y la decisión judicial	41
3. Constitucionalismos	49
3.1. Diferencias	50
3.1.1. Constitucionalismo liberal	54
3.1.2. Constitucionalismo social	57
3.1.3. Constitucionalismo plural o pluralista	60
3.2. El proceso constituyente boliviano (2006-2009)	64
4. Interpretación	73
4.1. Métodos y principios tradicionales de interpretación constitucional	75

4.2. Nuevos métodos y principios de interpretación constitucional en el texto vigente	81
4.2.1. Voluntad constituyente	81
4.2.3. Tenor literal del texto	83
4.2.4. Interpretación vía bloque de constitucionalidad	86
4.2.5. Interpretación de cláusula abierta	87
4.2.6. Interpretación intercultural	87
4.2.7. Interpretación por medio del precedente y de la jurisprudencia	91
5. Tesis	97
Bibliografía	99
Sobre el autor	107

Presentación

Constitución y deconstrucción es parte del proyecto denominado “Constitución: modelo para armar”, desarrollado desde el 2016 por el Centro de Investigaciones Sociales (CIS) de la Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, en la línea de investigación Estado y política.

El texto, organizado en cinco capítulos (“Constitución”, “Método”, “Constitucionalismos”, “Interpretación” y “Tesis”), ofrece una lectura de la teoría constitucional a partir de la estrategia de la deconstrucción. La deconstrucción no es un acto ni una operación, como tampoco un método. La deconstrucción solamente tiene lugar; en este caso, en la Constitución boliviana. El primer capítulo trata de ello, el segundo problematiza el método jurídico, el tercero describe las tradiciones constitucionales, el cuarto presenta los repertorios de interpretación y el quinto sintetiza en nueve tesis las posibilidades de deconstrucción del Derecho.

Este volumen, que se articula con la obra *Constitucionalismo latinoamericano. Reforma constitucional, sistema presidencialista y derechos de los pueblos indígenas*, recientemente publicada por el CIS, combina deconstrucción, pluralismo jurídico y política constitucional, brindando una fundamentación de postpositivismo jurídico. Ambas obras se suman al conjunto de estudios sobre justicia, Derecho y Sociología jurídica que el CIS viene publicando como aporte investigativo y analítico para una mejor comprensión de los procesos y de las transformaciones en el país.

1

Constitución

1

Constitución

Llamamos Constitución a la ley fundamental por la que se rige políticamente un Estado, pero también al texto de esa ley. En cuanto ley fundamental, la Constitución trata sobre la separación/división de poderes y la legitimidad del poder público. Asimismo, presenta y desarrolla una serie de derechos fundamentales, sus garantías y acciones que legitiman y aseguran su cumplimiento. La Constitución no solo organiza los poderes públicos, sino que también ordena al Estado, territorial y económicamente. Y, finalmente, es la base de todo el ordenamiento jurídico porque es la norma de mayor jerarquía y la que produce y justifica a las demás normas. Por ello, podemos decir que una Constitución es un mapa de navegación plasmado en un texto. En el caso de la Constitución boliviana, se trata de un texto que presenta un preámbulo, 411 artículos, diez disposiciones transitorias y dos disposiciones abrogatorias y finales.

En cuanto texto, la Constitución puede ser estudiada como la evolución de textos anteriores y como resultado de un momento constituyente.

En el primer caso, se estudia la Constitución como convención fundamental que encierra en sí el acuerdo de una sociedad a través del tiempo acerca de cómo debe distribuirse el poder, acuerdo visible en los distintos textos constitucionales (Nino, 2013). Esa convención permite dar forma a la imagen de sociedad civil y al modo de gobierno que las constituciones han creado (Barak, 2017). A dicha convención hemos denominado “tradición constitucional” o “constitucionalismo”.

En el segundo caso, se estudia el texto como resultado de un proceso constituyente que habita, en parte, en los distintos borradores (informes de comisiones de la Asamblea Constitu-

yente y proyectos de texto constitucional) que hicieron posible el texto vigente. El párrafo II del artículo 196 de la Constitución boliviana convoca esos borradores para el estudio y la interpretación de la Constitución:

- II. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.

El presente texto es un estudio sobre la Constitución o el texto constitucional¹ vigente en Bolivia y sus posibilidades de deconstrucción.

Las transformaciones contemporáneas del constitucionalismo precisan nuevas estrategias teóricas para la comprensión y la interpretación de los nuevos textos constitucionales.

Aquí presentamos la deconstrucción, el pluralismo jurídico y la política constitucional como nuevas estrategias para la interpretación del texto constitucional boliviano. Proponemos, de esa manera, un desplazamiento en la comprensión de la metodología jurídica dominante, así como un desplazamiento de las nociones más tradicionales del Estado de Derecho y de las técnicas y las estrategias de interpretación constitucional.

1.1. PERVASIVA E INVADENTE

Hemos nombrado este subtítulo con los términos ‘pervasiva’ e ‘invadente’ en referencia a una característica de la Constitución. Tomamos esa caracterización del jurista italiano Riccardo Guas-

1 Para el constitucionalista Aharon Barak, el término ‘texto constitucional’ implica textos tanto explícitos como implícitos de la Constitución. Un texto constitucional es explícito siempre que su significado se pueda obtener a partir de una definición de diccionario conforme al texto ubicado en el contexto jurídico relevante. En cambio, el texto constitucional implícito se escribe con “tinta invisible”. Él se puede encontrar “entre las líneas (de la constitución)” (2017: 74).

tini (citado en Carbonell, 2006), quien señala que las constituciones del neoconstitucionalismo² son constituciones invasoras y entrometidas que tienen la posibilidad de condicionar la jurisprudencia, la legislación secundaria e incluso la doctrina, la metodología y la comprensión misma del constitucionalismo, y por ello las caracteriza con esos términos: ‘pervasiva’ e ‘invadente’.

Para Guastini:

[U]n ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida [pervasiva, invadente], capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales (citado en Carbonell, 2006: 49).

En consecuencia, lo pervasivo e invadente de la Constitución se encuentra en la condición que ella misma genera, como posibilidad de crear el fenómeno jurídico, es decir, de crear nuevas formas de interpretar la Constitución y el constitucionalismo, a la vez que plantea nuevas formas de concebir el Derecho.

Que una Constitución sea pervasiva e invadente, en el sentido sostenido por Guastini, significa que una Constitución causa estado, es decir, busca su realización, busca transformar las normas y las prácticas jurídicas, busca ser una realidad.

2 Si bien el neoconstitucionalismo no es en sí una corriente o discursividad uniforme, pretende reunir una serie de fenómenos que acompañan las constituciones producidas después de la Segunda Guerra Mundial. De acuerdo con Miguel Carbonell, el neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y, sobre todo, a partir de la década de 1960. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, esas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos (Carbonell y García, 2010: 154).

1.2. OSCILANTE

En este subtítulo usamos una metáfora. Tomamos algunos elementos de la *teoría de cuerdas* (de la Física) y jugamos a aplicarlos a la comprensión del texto constitucional.

Los físicos, para tratar la constante expansión del universo, han apostado en estas últimas décadas por la teoría de cuerdas, la cual señala que las partículas materiales, aparentemente puntuales, son en realidad estados vibracionales de un objeto extendido llamado cuerda. “Cada partícula contiene un filamento que vibra, oscila y baila como un elástico de goma infinitamente delgado que los físicos han denominado cuerda” (Greene, 2007: 28). El movimiento y la oscilación de esta cuerda permiten comprender la posible expansión del universo.³

En palabras de Lisa Randall:

Según la teoría de cuerdas, los objetos indivisibles más básicos que están en la base de toda la materia son las cuerdas, lazos unidimensionales o segmentos de energía. Estas cuerdas, al contrario, por ejemplo, que las cuerdas de un violín, no están hechas de átomos, que, a su vez, están hechos de electrones y núcleos, que, a su vez, están hechos de quarks. De hecho, lo cierto es justamente lo contrario. Estas cuerdas son cuerdas fundamentales, lo que quiere decir que todo, incluso los electrones y los quarks, consiste en sus oscilaciones. Según la teoría de cuerdas, el hilo con el que juega el gato está hecho de átomos que, en última instancia, están compuestos a base de vibraciones de cuerdas. La hipótesis radical de la teoría de cuerdas es que las partículas proceden de los diversos modos de oscilación resonante de las cuerdas. Toda partícula corresponde a las vibraciones de una cuerda subyacente y el carácter de estas vibraciones determina las propiedades de la partícula. Como las cuerdas pueden vibrar de muchos modos distintos, una sola cuerda puede producir muchos tipos de partícula. (2011: 398-399).

3 En *El universo elegante* (2007), se ofrece una introducción amena a la teoría de cuerdas.

En un sentido similar (pero metafóricamente), lo escrito en el texto constitucional se presenta como un conjunto de cuerdas oscilantes cuyo movimiento se asemeja a la expansión de un universo a un “pluriverso” constitucional. Ese carácter oscilante evita pensar en una Constitución como un texto cerrado. Aharon Barak caracteriza los textos constitucionales como de “textura abierta” (2017: 73), es decir, textos llamados a una constante interpretación.

Consideramos que la boliviana es una Constitución de textura abierta, resultado de un acontecimiento que hace posible pensar en una *constante expansión constitucional*.⁴ Esta fuerza (o conjunto de fuerzas) es externa al texto constitucional e, incluso, a la teoría constitucional que más bien intenta presentar una Constitución con postulados aparentemente puntuales.⁵

El carácter oscilante de los postulados, aparentemente puntuales, permite pensar en ellos como una fuerza vibracional expansiva del conocimiento constitucional, una fuerza *pervasiva e invadente* que puede encontrarse en una institucionalidad nueva (Estado plurinacional), una ética jurídica y política nueva (vivir bien), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural, democracia comunitaria, pluralismo político), subjetividades individuales y colectivas nuevas (individuos, colectividades, pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas) y un descentramiento del sujeto de derechos (de seres humanos a seres vivos). Los elementos citados son un conjunto de postulados en oscilación y con una fuerza vibracional que muchas veces parece no coincidir con otras partes de la Cons-

4 La misma cualidad de una Constitución, de ser parte de una tradición heredada, posibilita el despliegue de estas herencias en la lectura; dicho de otro modo, permite desplegar la multiplicidad de textos, traducciones y narrativas jurídicas que se encuentran detrás de cada artículo de la Constitución. Por otro lado, el carácter de textura abierta permite enriquecer aún más esta figura de lo múltiple detrás del texto constitucional.

5 La ambición de una teoría (mucho más si esta es una teoría general) es permitir la lectura, la comprensión y la praxis estándar de una Constitución.

titución, cuyo efecto es más centrípeto y más familiar para la teoría constitucional, y cuyo significado final es seguramente incuestionable.

Tal carácter oscilante y vibracional del nuevo texto constitucional se refuerza aún más si tomamos en cuenta que un criterio de interpretación constitucional, establecido expresamente en la misma Constitución Política del Estado, es la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones (mencionado en el parágrafo II del artículo 196 de la Constitución). Dicho de otra manera, el registro del proceso constituyente, entendido como un “exterior constitutivo”, resulta estratégico para comprender el carácter vibracional del nuevo texto constitucional.

1.3. EXTERIOR CONSTITUTIVO E INDECIBLES CONSTITUCIONALES

Entendemos por ‘exterior constitutivo’ al conjunto de fuerzas vivas que están fuera del texto constitucional y que, sin embargo, se proyectan dentro de él, lo cercan y lo asedian, posibilitando nuevas lecturas de sus contenidos. El exterior constitutivo permite que la vibración del texto constitucional reinterpretate los postulados aparentemente puntuales contenidos en la Constitución.

El efecto del exterior constitutivo sustenta la idea de que el Derecho está constituido, instituido, forjado, enmarcado, enmendado y ratificado por una serie de procesos históricos que pueden ser desplegados. En consecuencia, el exterior constitutivo sirve para abrir el texto constitucional a una multiplicidad de posibilidades de interpretación, lo que reduce y hasta elimina la univocidad del texto.

El exterior constitutivo no es un sujeto. Si pudiéramos definir el exterior constitutivo del texto constitucional, podríamos decir que se trata de huellas. Los textos (los archivos del proceso constituyente) son huellas del proceso constituyente. Esas huellas no se presentan como el origen del texto constitucional, sino simplemente como huellas, como registros del tránsito constituyente.

Sugerimos ver en esas huellas, en esos registros del exterior constitutivo, una caja de herramientas amables y dispuestas a ser convocadas y usadas para la interpretación constitucional.

Ese exterior constitutivo se expresa en una pluralidad de elementos estratégicos. Una parte de ellos corresponde a los *indecibles*, categoría con la que nos referimos a aquellas pautas y postulados constitucionales que aparentan ser puntuales y que, sin embargo, presentan una posibilidad amplia de interpretaciones. Tal es el caso de “lo plurinacional comunitario”, “el vivir bien”, “los pluralismos” (jurídico, económico, político, lingüístico, cultural e institucional), “las autonomías” (sobre todo la indígena) o “la descolonización”.

Los *indecibles*, como su nombre lo indica, no pueden decirse, explicarse, desarrollarse en el marco del discurso jurídico; es necesario invocar la interpretación constitucional.

Demos un ejemplo. Una categoría como el *bloque de constitucionalidad* es una categoría decible (o explícita), pues se encuentra expresamente desarrollada en el artículo 410 de la Constitución y se pueden hallar argumentaciones y referencias sobre ella en la teoría constitucional contemporánea. Pero, a la vez, la multiplicidad de posibilidades de dotar de contenido a esa categoría, tanto en el texto como fuera de él (por ejemplo, el carácter de su construcción doctrinal y jurisprudencial viva que se desarrolla en los razonamientos de los tribunales constitucionales o de las cortes constitucionales),⁶ permite comprender al bloque de constitucionalidad como algo indecible (que no puede explicarse o desarrollarse de manera definitiva) y, en consecuencia, abierto a las múltiples interpretaciones del Tribunal Constitucional Plurinacional.

6 El denominado bloque de constitucionalidad fue introducido en Bolivia por la actividad jurisprudencial del Tribunal Constitucional (pueden revisarse al efecto las sentencias constitucionales 95/01, del 21 de diciembre de 2001; 1662/2003-R, del 17 de noviembre de 2003; y 0045/2006, del 2 de junio de 2006), que tomó la experiencia de otros tribunales o cortes constitucionales, como la colombiana, la española y la francesa. Entonces, en la conformación de esta categoría hay una densidad doctrinal e histórica que permite, justamente, desplegar la noción de bloque de constitucionalidad y hacer una deconstrucción de esta categoría.

Sigamos con los ejemplos. Tómese lo establecido en el artículo 256, que amplía el alcance del bloque de constitucionalidad no solo a tratados internacionales de derechos humanos, sino a cualquier instrumento internacional de derechos humanos. Ese artículo modifica la interpretación de lo que se entiende por tratado internacional de derechos humanos,⁷ que puede ser tanto el tratado ratificado, como el tratado suscrito, o al que se hubiera adherido el Estado boliviano. Si bien es una precisión técnica formal, podrá ser fundamental cuando se considere si un determinado documento (por ejemplo, una declaración, una recomendación) es o no un instrumento internacional con la fuerza que le otorga el ser parte de la noción del bloque de constitucionalidad.

Otro ejemplo. Una categoría como *suma qamaña* (principio ético moral de la sociedad plural boliviana, que se encuentra en el artículo 8, parágrafo I) tiene la condición de *indecible*, pues no tiene un desarrollo explícito en la misma Constitución ni en la teoría constitucional contemporánea (heredera de la tradición). Si bien se la comprende como “vivir bien” y se ha pretendido delimitarla como indicador de desarrollo, para otros la noción de *suma qamaña* se opone a la idea misma de desarrollo. Así, se abre una multiplicidad de interpretaciones del término. Una posibilidad de

7 Cabe destacar que la Constitución Política del Estado genera una narrativa distinta sobre los tratados internacionales de derechos humanos, que los diferencia de tratados internacionales en otras materias. Conforme a lo dispuesto en el parágrafo II del artículo 410, los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad; es decir, son parte de la Constitución. En consecuencia, tienen rango constitucional, por lo que no se encuentran ni por encima ni por debajo de la Constitución, sino que forman parte de ella. El artículo 256 se refiere a los tratados y a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Según Santiago Martínez y Amador Martínez (1993), el denominativo ‘tratado’ es genérico a otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, tales como los convenios, las convenciones y las cartas. En este entendido, el artículo 256 introduce el término ‘instrumentos internacionales de derechos humanos’ como algo complementario a la noción de tratado. De esta manera, se amplía la noción de tratados a instrumentos; un término más genérico, pues un instrumento puede ser cualquier documento que en cuanto herramienta jurídica posibilite ampliar el catálogo de derechos establecido en la Constitución.

interpretación puede tomar como base los archivos del proceso constituyente o el intertexto⁸ generado por el debate en la sociedad antes, durante y después del proceso constituyente; sin embargo, ninguna de esas posibilidades de interpretación cerrará el significado de *suma qamaña*.

Las categorías *indecibles*, entonces, son aquellas que, si bien de manera puntual organizan el texto constitucional (muchas de esas categorías son la columna vertebral de la actual Constitución boliviana), la misma Constitución no las desarrolla o, si lo hace, las deja confusas y hasta contradictorias.

Las categorías *indecibles* se abren a la querrela de las interpretaciones. Habilitan, de esa manera, múltiples lecturas politópicas (llevadas a cabo desde distintos lugares y saberes) y múltiples definiciones aparentes.

Esta posibilidad de múltiples lecturas y posiciones discursivas al momento de comprender los *indecibles* de la Constitución permite comprender una eventual expansión en curso del universo constitucional. Lo que está en juego en esa posibilidad de múltiples lecturas del texto constitucional es en sí un juego de traducción de saberes y de prácticas jurídicas (Santos, 2009 y 2010; Latour, 2007), tanto entre los *indecibles* como con la teoría jurídica contemporánea, partiendo de la premisa de que ninguna (ni los *indecibles* ni la teoría jurídica) puede presentarse como cierre o totalidad.

1.4. CONSTITUCIÓN-ACONTECIMIENTO

La concepción de una Constitución-acontecimiento hace referencia a un principio epistemológico: la verdad de la Constitución radica en su posibilidad de acontecimiento único. Una Constitución-acontecimiento es un *frágil absoluto*.⁹

8 Se denomina 'intertexto' al texto con conexiones, es decir, con un contexto que, en algunos casos, genera una constante diseminación del significado y del sentido mismo del texto.

9 Tomamos la idea de 'frágil absoluto' de Slavoj Žižek (2009), para quien los acontecimientos son tiernos retoños o árboles jóvenes vulnerables, necesitados de cuidado.

El acontecimiento no debe ser entendido simplemente como lo que ocurre, sino como aquello que se da en lo que ocurre; es decir, algo que ha sido en lo que ocurre no es algo que esté en el pasado o en el presente, sino algo que busca darse en el presente, pero que se proyecta desde el pasado. Un acontecimiento no es una cosa, sino algo que actúa en las cosas.

Respecto a la pregunta de qué son los acontecimientos, recurrimos al filósofo norteamericano John D. Caputo, quien en una discusión con el italiano Gianni Vattimo señalaba lo siguiente:

Los acontecimientos se realizan en las cosas, adquieren actualidad y presencia en ellas, pero siempre de forma provisional y modificable, de modo que la inquietud de fluir de las cosas se explica a través de los acontecimientos que albergan [...]. [L]os acontecimientos son provocaciones y promesas, y tienen la estructura de lo que [Jacques] Derrida llama lo imprevisible “por venir”. O quizá nos invocan, reclaman nuestro retorno a todo lo que ha fluido hacia el pasado irremisible, por lo que forman la base de lo que Johann Baptist Metz llama ‘recuerdos peligrosos’ de la injusticia sufrida por los antiguos –o no tan antiguos– difuntos, una evocación que constituye otra provocación. Los acontecimientos convocan y evocan [...]. Los acontecimientos, por otro lado, viajan cerca de la superficie de lo que ocurre, volando bajo, cerca del plano de la inmanencia, muy por debajo del alcance del radar de las grandes teorías [...]. Los acontecimientos son como pequeños regalos (Vattimo y Caputo, 2010: 76-78).

La Constitución-acontecimiento abre un horizonte singular, es decir, distinto y nuevo con relación a la tradición constitucional, pero no niega esa tradición, sino que la convoca como parte de los materiales para la interpretación constitucional. Dicho de otro modo, la Constitución-acontecimiento desplaza la centralidad del constitucionalismo, descentra su influencia, pero, a la vez, no lo elimina; solamente lo relaciona con la fuerza del mismo acontecimiento, con la fuerza del reclamo o con la promesa que este lleva consigo. De ahí viene su cualidad de “frágil absoluto”: frágil porque se presenta sorpresivamente e irradia

su potencia de transformación y absoluto porque una vez que se presenta se convierte en un hito y ya no es posible el pasado.

Angelina Uzín Olleros afirma: “La verdad es una producción histórica, en eso radica su multiplicidad, su inconsistencia. Esta es una época de inconsistencia, para la cual una filosofía debe transformarse en una teoría consistente de la inconsistencia” (2008: 12).

La *verdad/acontecimiento* de la Constitución la sitúa necesariamente en el despliegue de varios entramados de fuerzas (multiplicidad) que, si bien no lograron totalidad en el nuevo texto, sí dejaron un conjunto de pautas (huellas) en potencia y, con ello, la posibilidad de su realización futura:

Si la verdad es el resultado de un procedimiento acontecimental su definición debe responder a un requisito primordial: es siempre la verdad de una situación, aquella donde el acontecimiento tiene su sitio [...]. [E]sto trae como consecuencia que: la verdad no es una designación exacta y acabada, no es una construcción guiada; ni dirigida por una estructura para la cual los nombres de esa verdad están a su disposición (Uzín Olleros. 2008: 11).

Entonces, el carácter de Constitución-acontecimiento debe permitir que se la trate como un conjunto de materiales, de posibilidades dispersas, múltiples y abiertas, y que solo cobrarán consistencia y posibilidad en la construcción de una política constitucional de la decisión justa en un caso concreto, pero también en una política legislativa o en una política de políticas públicas (depende del ámbito de aplicación del texto constitucional: si es judicial, legislativo o ejecutivo). La Constitución-acontecimiento no es la Constitución cerrada y finalizada, sino la Constitución que podría ser, que podría desplegarse; es decir, la Constitución en potencia y la potencia de la Constitución.

2

Método

2

Método

La fundamentación epistemológica del Derecho ha sido, durante el siglo XX, monopolio del positivismo jurídico. Esa fundamentación ha intentado concebir el Derecho como un campo autónomo, es decir, una disciplina autorreferencial. Para fundamentar lo señalado, se ha desarrollado en las discusiones jurídicas la denominada “dogmática jurídica” (un argumento teórico que califica el Derecho como norma, doctrina y jurisprudencia) que prescinde (y excluye a la vez) de su discursividad todo lo social, lo político y lo histórico. De esa manera, el Derecho adquiere un fundamento interno autorreferencial,¹⁰ deshistorizado y, en apariencia, despolitizado.¹¹

La dogmática jurídica es aquella que considera el saber jurídico como saber científico, es decir, un saber puro o depurado. En su libro *Teoría pura del Derecho*, respecto a su teoría, Hans Kelsen señala que:

10 El Derecho, en tanto disciplina, se apropia de la definición de lo jurídico, en el sentido propuesto por Pierre Bourdieu (2000). Así, “la rivalidad por el monopolio del acceso a los recursos jurídicos del pasado contribuye a hacer más profunda la separación social entre los profanos y los profesionales, favoreciendo un trabajo continuo de racionalización” (*ibid.*: 160-161). En este sentido, los profesionales del Derecho participan en el proceso de recontextualización y reproducción del discurso jurídico; en consecuencia, se incorporan a la disputa por “el monopolio del derecho a decir el derecho” (*ibid.*: 162), con lo cual adquieren la competencia que consiste en “la capacidad socialmente reconocida de interpretar [...] textos que consagran una visión legítima, recta, del mundo social” (*ibid.*: 162).

11 La despolitización del Derecho es un fenómeno derivado del principio de legalidad, es decir, de la prohibición de decidir fuera de lo que prescribe la ley; de esa manera, los jueces se mueven en un marco jurídico-político preconstituido. Boaventura de Sousa Santos (2018) ofrece un cuidado argumento sobre este tema al analizar el rol de los tribunales en el Estado moderno.

Al calificarse como teoría pura indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental metodológico es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños (2000: 19).

La dogmática jurídica considera que el objeto de investigación jurídica deber ser el Derecho, y lo entiende como la norma, la doctrina y la jurisprudencia. La dogmática no considera otro saber (sea reflexivo, especulativo o empírico) que no sea el saber jurídico que emane de la norma, la doctrina jurídica (sobre la norma) y la jurisprudencia (sobre la norma).

2.1. MODALIDADES DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

La dogmática se constituye en el método tradicional y común del Derecho. El método dogmático propone estudiar el ordenamiento jurídico para conocerlo, transmitir ese conocimiento, utilizarlo, optimizarlo y mejorarlo.

El método dogmático puede ser:

- Dogmático jurídico simple, que desarrolla su investigación haciendo el mismo énfasis en la norma, la doctrina y la jurisprudencia.
- Dogmático jurídico heurístico (descriptivo y sistematizador), que simplemente “describe el conjunto de normas del derecho positivo cuyo contenido es presentado [inicialmente] como no problemático [...]”. Una de las tareas que cumple la sistematización es la de facilitar el estudio y la transmisión del conocimiento del derecho positivo” (Courtis, 2006: 113)
- Dogmático jurídico *lege lata*, que se refiere a los problemas de interpretación del Derecho (de una o de varias normas vigentes). “La identificación de un problema de interpretación implica la descripción de una indeterminación del derecho positivo [...] de un enunciado o un caso contenido en el derecho positi-

vo susceptible de ser interpretado en varios sentidos” (*ibid.*: 123).

- Dogmático jurídico *lege ferenda*, que se refiere a la propuesta de reformas, modificaciones o creación de bases jurídicas, fundamentos normativos y normas jurídicas *per se*. “La investigación *lege ferenda* se dirige a criticar la solución normativa vigente y a propugnar su reemplazo, enmienda o complementación por otra norma aún no vigente, propuesta por el investigador” (*ibid.*: 125).
- Dogmático jurídico jurisprudencial, cuyo objeto de investigación son las sentencias judiciales, su argumentación y su concatenación conceptual. Esta modalidad de la dogmática enfatiza en el estudio de la denominada *ratio decidendi* de las sentencias.

Al respecto, el jurista argentino Carlos Santiago Nino señala:

La dogmática jurídica puede determinar soluciones correctas, que sean unívocas, consistentes y precisas, sin reformular el sistema jurídico a la luz de principios valorativos, sino a partir del análisis y combinación de conceptos, de la “inducción jurídica” tendiente a detectar los principios subyacentes a las normas del sistema, de la formulación de teorías que articulan estructuras que son válidas para todos los sistemas jurídicos, y del empleo de hipótesis de racionalidad sobre la acción legislativa y jurisprudencial. De este modo, la dogmática jurídica satisface la exigencia científica de neutralidad valorativa, al mismo tiempo que alcanza gran trascendencia al presentar un sistema jurídico que aparece como incierto, impreciso, inconsistente, con grandes vacíos normativos y con soluciones muchas veces claramente inadecuadas, como un orden unívoco, coherente, preciso y razonable (1992: 100-101).

La dogmática jurídica se justifica hoy en día como el método científico del Derecho por excelencia, como señala el también jurista argentino Christian Courtis:

La abrumadora mayoría de la investigación y de las publicaciones producidas en el campo del derecho corresponden a la llamada dogmática jurídica, doctrina o ciencia del derecho. Esta disciplina —o para mejor decir, esta perspectiva, aplicada sobre distintos objetos normativos, como las normas constitucionales, civiles, penales, administrativas, laborales, internacionales, las decisiones judiciales...— es la principal fuente de socialización de los futuros juristas en el lenguaje del derecho, y la principal fuente bibliográfica de consulta de distintos operadores prácticos del derecho —abogados, jueces, legisladores— para sustentar o justificar sus decisiones (2006: 105).

La dogmática jurídica es el último y más reciente intento por construir un basamento epistemológico capaz de dar cuenta del Derecho, independientemente de las presiones sociales y políticas que tengan densidad histórica.

En palabras de Bourdieu:

La “ciencia jurídica”, tal y como la conciben los juristas y especialmente los historiadores del derecho —que identifican la historia del derecho con la historia del desarrollo interno de sus conceptos y métodos—, entiende el derecho como un sistema cerrado y autónomo, cuyo desarrollo puede ser comprendido únicamente a través de su “dinámica interna”. La reivindicación de la autonomía absoluta del pensamiento y de la acción jurídica se ve afirmada con la elaboración de una teoría de lo que es un modo de pensar específico; teoría que se pretende libre del peso de lo social (2000: 156).

La Constitución Política del Estado, desde el momento en que no se presenta como un texto cerrado y finalizado, tanto por sus contradicciones, vacíos y elementos programáticos necesarios para su implementación como por la amplia posibilidad que el mismo texto brinda para su interpretación (pluralismos, voluntad del constituyente, bloque de constitucionalidad, precedentes y jurisprudencia, entre otros), revela una falla, un vacío en las posibilidades dogmáticas de interpretación positi-

vista, y habilita una lectura distinta que puede ser tratada con una estrategia deconstructiva y también comprendida dentro de otra posibilidad: el pluralismo jurídico.

2.2. LA DECONSTRUCCIÓN COMO ESTRATEGIA PARA EL ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN

Andrej Kristan, en un valioso ensayo titulado “Derecho y otros enigmas”, decía:

No es necesario ser jurista para darse cuenta de que un mismo texto suele interpretarse a menudo de maneras diferentes y, al menos, parcialmente incompatibles. Saber cómo y por qué esto sucede es una cuestión que la teoría del derecho tiene en común, por ejemplo, con la teoría literaria (2017: 13).

Todo discurso, sea oral o escrito, es un texto y como su nombre lo señala se encuentra atravesado por una serie de tejidos y capas textuales. Una Constitución es un texto y no hay nada fuera del texto,¹² pues este mismo texto, como veremos, está afuera.

12 El positivismo jurídico ha tratado de encontrar en el texto la certeza y la univocidad del Derecho. Al decir que no hay nada fuera del texto no pretendemos repetir esta meta positivista. Todo lo contrario, lo que pretendemos es mostrar que detrás de un término, de un significante, se refugia otro término, es decir, otro significante y detrás de este otro, y otro más. Ya Martin Heidegger insistía en que “el término griego *logos*, de donde proviene lógica (la ciencia del discurso o de la palabra), era un sustantivo formado a partir del verbo *legein*, que significa recoger o reunir una multiplicidad, y cuya raíz todavía pervive en el sustantivo español *legión*. *Logos*, en consecuencia, significa recolección o reunión. Y si Heidegger ponía en evidencia esta etimología, era para demostrar que la unidad de la cosa, la identidad del referente, solo se obtiene gracias a su denominación, a la reunión de una multiplicidad de fragmentos dispersos o de trazos sin sentido: la palabra, una vez más precede a las cosas o hechos, los crea o constituye. El hombre –agregaría Heidegger comentando a [Friedrich] Hölderlin– habita el mundo a la manera de un poeta” (citado en Scavino, 2007: 36). En consecuencia, cuando señalamos que no hay nada fuera del texto convocamos a la *legión* del *logos*.

El texto supone una serie de significaciones múltiples, cajas dentro de cajas, significantes dentro de significantes. Esto nos puede dar una imagen de lo que es un texto, de manera que leerlo es siempre un despliegue, un abrirlo a su multitextualidad desorbitante.¹³ Hacer este despliegue es lo que en parte Derrida denomina deconstrucción.¹⁴

Esta multiplicidad textual es siempre anterior a todo texto (es decir, en cuanto tejido, el texto se teje con otros textos). Por ello Jacques Derrida señala: “Nunca hubo una primera vez, la primera vez era, ya, una segunda vez o una repetición” (citado en Scavino, 2007: 37). La multiplicidad textual supone un lugar en el que se inscriben lugares múltiples. Esa multiplicidad es imposible de determinar de manera final, es decir, determinarla de una vez y para siempre.

Entonces, los textos de Derecho son deconstruibles, pues están hechos como una cebolla: *de capas de capas*.¹⁵ El Derecho es deconstruible porque justamente ha sido construido y, a la vez, se construye constantemente. Como sostuvo Derrida en una conversación con Caputo:

13 Se ha dicho que la deconstrucción es un método exorbitante, expresión que sugerimos analizar con cierto detalle, pues la deconstrucción busca cambiar e incluso deshacer la órbita determinada de la univocidad y de la certeza: “La lectura deconstructiva transgrede la protección que brinda la lectura tradicional” (Derrida y Caputo, 2009: 98).

14 En palabras de Derrida: “Cuando elegí esta palabra, o cuando se me impuso —creo que fue en *De la gramatología*—, no pensaba yo que se le iba a reconocer un papel tan central en el discurso que por entonces me interesaba. Entre otras cosas, yo deseaba traducir y adaptar a mi propósito los términos heideggerianos de *Destruktion* y de *Abbau*. Ambos significaban, en este contexto, una operación aplicada a la *estructura* o *arquitectura tradicional* de los conceptos fundadores de la ontología o de la metafísica occidental. Pero, en francés, el término “destrucción” implicaba de forma demasiado visible un aniquilamiento, una reducción negativa más próxima de la “demolición” nietzscheana, quizá, que de la interpretación heideggeriana o del tipo de lectura que yo proponía. Por consiguiente, lo descarté” (2001: 23).

15 No hemos utilizado la idea de capas “sobre” capas porque podría interpretarse como una especie de jerarquía por subsunción.

Existe una historia de los sistemas legales, de los derechos, de las leyes, de las leyes positivas, y esta historia es una historia de la transformación de las leyes. Esa es la razón por la cual están ahí. Es posible mejorar el derecho, se puede reemplazar una ley con otra. Existen constituciones e instituciones. Esta es una historia, y una historia como tal puede deconstruirse. Cada vez que reemplazamos un sistema legal por otro, una ley por otra, o que mejoramos la ley, estamos realizando una suerte de deconstrucción, una crítica y una deconstrucción. Por lo tanto, el derecho como tal puede deconstruirse y debe deconstruirse. Esa es la condición de historicidad, de revolución, de moralidad, de ética [...]. Pero la justicia no es el derecho. La justicia es lo que nos da el impulso, el empuje, o el movimiento para mejorar la ley, es decir para deconstruir el derecho (Derrida y Caputo, 2009: 27-28).

Asimismo, en una conferencia en la Cardozo School of Law, Derrida mencionó que el Derecho:

[...] es esencialmente desconstruible,¹⁶ ya sea porque está fundado, construido sobre capas textuales interpretables y transformables (y esto es la historia del derecho, la posible y necesaria transformación, o en ocasiones la mejora del derecho), ya sea porque su último fundamento por definición no está fundado. Que el derecho sea desconstruible no es una desgracia [...]. Pero la paradoja que me gustaría someter a discusión es la siguiente: es esta estructura desconstruible del derecho o, si ustedes prefieren, de la justicia como derecho, la que también asegura la posibilidad de la deconstrucción. La justicia en sí misma, si algo así existe fuera o más allá del derecho, no es desconstruible. Como no lo es la deconstrucción, si algo así existe. La deconstrucción es la justicia. Tal vez debido a que el derecho (que yo intentaría por tanto distinguir normalmente de la justicia) es construible en un sentido que desborda la oposición entre convención y naturaleza (o quizá en cuanto que desborda esa oposición), el derecho es

16 Nota del autor: Deconstrucción o desconstrucción: la grafía del término depende del traductor del texto francés al castellano.

construible, y por tanto deconstruible, y más aún, hace posible la deconstrucción (Derrida, 1997: 35).

Deconstruir, entonces, no significa destruir ni tampoco alisar o simplificar, ni mucho menos ir en busca del verdadero significado o la verdadera intención del Derecho. La multiplicidad siempre se abre y ello es, para Derrida, un golpe de suerte, porque siempre es posible mejorar el Derecho a partir de esa apertura. Tal mejora del Derecho lo acerca a la justicia.

Según Derrida, la justicia no es el Derecho. La justicia es aquello que pretende el Derecho, pero que a la vez es imposible. La justicia es imposible y solo puede sentirse en su ausencia, en su imposibilidad¹⁷ de habilitar un camino hacia sí misma. Derrida califica la justicia como una aporía, como algo de lo cual no puede haber experiencia:

La justicia sería, desde este punto de vista, la experiencia de aquello de lo que no se puede tener experiencia [...], pero creo que no hay justicia sin esta experiencia de aporía, por muy imposible que sea. La justicia es una experiencia de lo imposible. Una voluntad, un deseo, una exigencia de justicia cuya estructura no fuera una experiencia de la aporía, no tendría ninguna posibilidad de ser lo que es, a saber, una justa apelación a la justicia (*ibid.*: 38-39).

La justicia, de acuerdo con Derrida es la condición de la deconstrucción del Derecho, pues la justicia no es decible, no es decidible, no es calculable.

Por lo señalado, en el momento de tomar la deconstrucción como estrategia, es preciso tomar las siguientes precauciones,

17 La justicia como aporía supone la experiencia de una ausencia: la imposibilidad de allanar un camino a la justicia mediante el Derecho positivo. Esta también es una posibilidad de lectura deconstruccionista a partir de lo que el constituyente ha dejado abierto, es decir, a partir de aquellos indecibles que podrían convocar a la justicia. Detrás de un indecible está lo abierto, lo no dicho del todo. Lo abierto es aquello que comienza a ras del texto. Cuando un término convoca a algo que no puede ser respondido con el mismo texto, entonces, se invoca a lo abierto.

las cuales fueron también anotadas en *Constitución Política del Estado anotada, concordada y comentada* (Rojas y Rodríguez Veltzé, 2013):¹⁸

- Primero, ir al texto mismo de la Constitución, leerlo íntegramente, estar atentos a cómo un término se convierte en categoría construida por la intertextualidad interna del texto constitucional, a cómo un artículo, un término o una categoría comienzan a ser invadidos, asediados, cercados, inscriptos por otros artículos, otros términos, otras categorías de la Constitución; es decir, cómo un texto se abre. Esta tarea debe hacer posible descentrar y abrir las categorías (los artículos, los términos que se encuentran y se desplazan en el texto) para llegar a un horizonte más rico en posibilidades de interpretación. Entonces, una parte del despliegue deconstruccionista se abre (invoca a la justicia como lo abierto); esto es, la multiplicidad se configura en las posibilidades de interpretación:

Pues la letra, por su estructura, es respetable, diseminadora, pública, incontenible, no está encadenada a cualquier sentido, definición, destino o contextos fijos. No sostiene que nuestro discurso no tenga sentido, que todo valga sino, por el contrario, que tiene demasiados sentidos por lo cual podemos fijar su sentido solo de manera tentativa y en cierta medida. (Derrida y Caputo, 2009: 75).

- Segundo, ir a aquello que está fuera del texto, pero que a la vez impacta en él; es decir, convocar al exterior constitutivo, sus huellas. Las huellas de ese exterior constitutivo se las encuentra en los archivos del proceso

18 Tales precauciones buscaban acumular la mayor cantidad de materiales constitucionales para la interpretación constitucional en consonancia con lo que llamamos *política constitucional*, categoría que desarrollamos más adelante. Para este texto, hemos reformulado esas precauciones, pero sin cambiarles el sentido.

constituyente (parágrafo II del artículo 196 de la Constitución Política del Estado), en los cuales es posible advertir una multiplicidad de posibilidades que pueden jugar como *voluntad del constituyente*. Respetamos la idea de *documentos, actas y resoluciones* señalada en dicho parágrafo. Sin embargo, pluralizamos su comprensión. Ese exterior constitutivo es la condición de despliegue del texto que puede dialogar, en el momento de la interpretación, con la tradición constitucional. Toda tradición se sumerge en la historia. Esto significa que toda tradición supone una colección de textos, de teorizaciones que pueden desplegarse en la lectura y en el análisis de la Constitución. Por ello, una huella es siempre huella de otra huella y así al infinito (De Peretti, 1989). Pero también entendemos por convocar el exterior constitutivo a la reunión de las interpretaciones que las sentencias y los fallos han hecho del texto constitucional. Lo que se debe hacer es juntar cada vez más y más textos que estén fuera del texto, pero que lo desarrollen.

- Tercero, la pluralidad en la interpretación constitucional no debe derivar en el cierre. Es decir, no se debe tratar de cerrar la interpretación con una interpretación final (la justicia es lo abierto y no lo cerrado). Todo lo contrario, se debe abrir la interpretación. En ese sentido, no se trata de tomar una definición final de lo que significa un artículo o a una categoría constitucional; esa tarea la deberá realizar una política constitucional, que la explicaremos más adelante. La falta, la ausencia de cierre es lo que posibilita pensar el Derecho de manera dúctil y es lo que permite pensar en una política constitucional futura.

Si bien se puede usar el término deconstrucción para dar cuenta de una estrategia de escritura, lectura y despliegue, Derrida resistía que su uso tuviera una significación sumarial o técnica. No consideraba la deconstrucción como un método o una técnica.

2.3. EL PLURALISMO JURÍDICO COMO ESTRATEGIA PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO

Para entender a qué denominamos pluralismo jurídico es necesario tratar primero el monismo jurídico.¹⁹ Por este entendemos a un solo productor soberano del Derecho, así como un solo sistema jurídico. El monismo, en consecuencia, es el reflejo de una postura central del poder que concibe al Estado soberano como único productor y dador de normas, y como un administrador de justicia. Representa una manera de concebir el poder.

Por pluralismo jurídico entendemos una pluralidad de soberanos (o una manera de comprender que el poder no está concentrado, sino que se reparte en la sociedad) y, como efecto de ello, una pluralidad y variedad de órdenes jurídicos. El pluralismo, por tanto, es el reflejo de una postura que disemina el poder, el cual ya no está aquí o allá, sino que se multiplica, se desplaza, haciendo mucho más complejo el entendimiento de la soberanía, pues esta sería una construcción colectiva que

19 Empecemos con una idea: toda sociedad es plural y, en consecuencia, el pluralismo es una condición social anterior al monismo. Podemos decir lo mismo del pluralismo jurídico: este es anterior al monismo jurídico. Si podemos afirmar que hay pluralismo en sociedades relativamente homogéneas (es decir, con determinados rasgos de igualdad), el pluralismo es mucho más complejo en sociedades no homogéneas como la boliviana que, solo como muestra normativa, se reconoce multicultural desde 1994 (reforma constitucional de 1994, artículo 1), y plural desde 2009 (artículo 1 de la Constitución de 2009); reconoce la existencia de una población precolonial (artículo 2) y establece una treintena de lenguas oficiales (artículo 5). Dicho esto, el monismo jurídico es un proyecto, una empresa estatal para lograr homogenizar el ordenamiento jurídico. Ese proyecto jurídico se desarrolló a principios del siglo XIX y se encuentra íntimamente relacionado con esta pulsión de construir nación, de construir un Estado-nación. Por otro lado, el pluralismo es la imagen que nos hacemos de una compleja realidad y, en el caso del pluralismo jurídico, de la existencia de una multiplicidad de órdenes jurídicos que concurren en un mismo espacio y tiempo. Ahora bien, el pluralismo puede ser solamente el reconocimiento de esa variedad cuantitativa o puede ser, y es lo que en este estudio desarrollamos, una transformación en la concepción del Derecho.

supondría, a la vez, múltiples espacios de construcción de la norma, múltiples órdenes jurídicos y, asimismo, otros espacios de administración de justicia; incluso se trataría de un descentramiento del sujeto de derecho. Ya no es el Estado en su centralidad, sino una pluralidad de espacios en movimiento los que producen normas y administran justicia.

Monismo y pluralismo jurídico no se distinguen solo por la cantidad de sistemas jurídicos, sino, en el fondo, se trata de una diferencia y de una transformación en toda la lógica y la episteme del Derecho. El pluralismo jurídico permite pensar las transformaciones del Derecho, ya que supone la existencia de más de un productor del Derecho, más de un intérprete del Derecho, más de una comprensión de él, más de un sistema jurídico, más de un ordenamiento jurídico:

Edgar Ardila Amaya, jurista colombiano, considera que “se habla de pluralismo jurídico cuando nos encontramos ante la concurrencia competitiva y contradictoria de diferentes sistemas jurídicos que regulan un espacio geopolítico”. Se trata, entonces, de la coexistencia, en el tiempo y en el espacio, de dos o más ordenamientos jurídicos, es decir una “polisemia simultánea”. [...] Desembarazándose del concepto de sistema jurídico, [Antonio Carlos] Wolkmer prefiere denominar pluralismo jurídico a la “multiplicidad de prácticas [normativas] existentes en un mismo espacio sociopolítico, que interactúan por conflictos o consensos, que pueden ser o no oficiales y que tiene su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales” (Böhrth, 2017: 45).

La siguiente afirmación de Daniel Bonilla y Libardo Ariza permite aclarar más el planteamiento de Carlos Böhrth sobre el pluralismo jurídico:

[El pluralismo] no concibe los distintos ordenamientos jurídicos como entidades separadas que pueden llegar a tocarse en algunos puntos de influencia, buscando mantener su identidad propia. Por el contrario, sostiene que existen relaciones de intersección, mezcla e interrelación entre los distintos sistemas ju-

rídicos presentes en un espacio social determinado. [...] [E]stos derechos se mezclarían unos con otros, existirían préstamos y transposiciones entre sus elementos simbólicos y materiales. [...] La comunicación y la constitución mutua de los distintos ordenamientos jurídicos serían sus principales elementos [...] Los “derechos” no presentarían fronteras siempre franqueables. No serían unidades cerradas, independientes y aisladas, sino que sus límites serían “porosos”, [...] nunca plenamente abiertos, pero tampoco totalmente cerrados. Su paradigma ya no es la costumbre o el derecho consuetudinario; su principal manifestación es el estándar (citado en Engle Merry, Griffiths y Tamanaha, 2007: 53-54).

Para comprender la dimensión de lo que pone en juego el pluralismo jurídico, analicemos lo mencionado por Ariza y Bonilla.²⁰

Primero, *no se debe concebir los ordenamientos jurídicos como entidades separadas ni independientes*. Esto supone que entre los

20 Este análisis toma elementos desarrollados en “Hacia una nueva gramática constitucional” (Rojas, 2011). En ese y en otros textos exploré la caracterización de un nuevo pluralismo jurídico, emergente de la nueva Constitución como pluralismo decolonial, en contraste con el pluralismo colonial “tolerante”. En mi propuesta, el pluralismo jurídico es una fuerza transformadora y deconstructora de los ordenamientos jurídicos. La sola presencia de la alteridad (de otros ordenamientos jurídicos muchas veces completamente distintos entre ellos) modifica toda comprensión del Derecho. En contraste, el pluralismo colonial acepta la existencia de distintos órdenes jurídicos, muchas veces enfatizando su existencia centenaria y hasta milenaria, pero hace lo imposible por mantenerlos separados, en busca de alguna supuesta pureza. Ese reconocimiento a condición de separación entre los ordenamientos jurídicos ya existía desde la época colonial. En la Colonia (y también en gran parte de la etapa republicana), tales ordenamientos distintos al dominante existían, pero eran usualmente considerados como retrógrados, arcaicos e incapaces de entablar un diálogo con el Derecho dominante. El pluralismo jurídico que llamamos decolonial (*ibid.*) tendría la posibilidad de invadir y transformar al Derecho dominante. Ese es el sentido del análisis que retomamos en este subtítulo. Una tendencia moderna (según Latour, 2007) ha buscado mantener separados los ordenamientos jurídicos que, en la práctica, se presentan híbridos, mezclados y confusos, en consecuencia no puros.

ordenamientos se genera una compleja interrelación; no existiría independencia de uno sobre otro, sino un criterio de interlegalidad, de mutuo enriquecimiento, de interdependencia. No hay pureza en uno ni en otro.

Segundo, *hay relaciones de intersección, mezcla e interrelación entre los distintos sistemas jurídicos*; ninguno de ellos, como señalamos, se mantendría puro, sino que se transformarían de manera conjunta. La sola presencia e interrelación de órdenes jurídicos los transforma.

Tercero, los elementos principales de los ordenamientos jurídicos serían la *comunicación* y la *constitución mutua*. Esto supone trabajar en esos elementos principales –en materia jurídica serían los principios jurídicos– y a la vez plasmarlos en normativa performativa que dé nacimiento a esa interlegalidad.

Cuarto, *órdenes jurídicos sin fronteras*, es decir, sin la explicitación de un deslinde, sino en constante interrelación y construcción de interlegalidad. El deslinde es una manera de pensar el pluralismo jurídico bajo condiciones de un *apartheid* jurídico.

Quinto, *órdenes jurídicos porosos*, por cuya complejidad no estén ni totalmente abiertos ni totalmente cerrados; dicho de otra manera, órdenes jurídicos abiertos.

Sexto, *el paradigma del pluralismo ya no es la costumbre o el derecho consuetudinario; su principal manifestación es el estándar*. Esto significa que no se hablaría ya de muchos derechos o de muchos órdenes jurídicos, sino de un solo Derecho, poroso y a la vez dúctil, y en consecuencia de un solo orden jurídico plural, abierto y en constante construcción; mucho más si consideramos que en el caso boliviano el Tribunal Constitucional Plurinacional es el llamado por la Constitución a resolver las “consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto”, como lo señala el numeral 8 del artículo 202. Cuando decimos que su manifestación será la estándar, nos referimos a que el Derecho se manifestará ya plural y no como una excepción de pluralismo jurídico.

Una de las primeras consecuencias del pluralismo jurídico es que ya no se podría hablar de un derecho nacional, sino

de uno posnacional o plurinacional; con ello, entonces, se remplacea la idea de que el Estado-nación es la única fuente de Derecho. En ese sentido, el Estado existe como pacto y principio del Derecho en devenir y no como monopolio de la violencia jurídica monolítica, ni del establecimiento de la verdad del Derecho. Entender al Estado como un pacto es fundamental para comprender el lenguaje de los derechos, los deberes y las garantías, así como el reconocimiento del pluralismo jurídico, como sucede en los artículos 1 y 178 de la Constitución boliviana.

Una segunda consecuencia del pluralismo jurídico es que la división de Derecho público y de Derecho privado quedaría, en algunos momentos constitutivos (momentos de interlegalidad), necesariamente en suspenso. Entendamos que el Derecho público ha sido comprendido como el conjunto de normas que subordinan las voluntades individuales, y el Derecho privado, como el conjunto de normas que coordinan las voluntades individuales. En ambos casos, el Derecho tiene como garantía de realización (de subordinar o coordinar) la fuerza y el monopolio de la violencia legal del Estado. En este caso de construcción colectiva del Derecho, al dejar en suspenso la concepción monolítica del Estado, es necesario suspender la división clásica del Derecho en materias y, en consecuencia, no concebir, dentro de un pluralismo jurídico, una supresión de materias, pues el solo hecho de pensar en materias supone una definición de estas por parte del Estado o por el saber jurídico preestablecido.²¹ Por ello, afirmamos que el pluralismo jurídico es posnacional, lo cual supone, en su construcción, la interrelación y la transcrítica de los sabe-

21 Tomamos aquí, resumidamente, la reflexión de Michel Foucault (2000): percibir que detrás de un saber existe la necesaria correlación de un ejercicio de poder, que saber y poder se precisan mutuamente, que la prórroga de un ejercicio de poder solo puede lograrse si a la vez se pone en funcionamiento un determinado saber. En ese sentido, es necesario reflexionar que una de las condiciones que funda al Derecho en su praxis académica (de discurso, de disciplina, de saber) es el ejercicio del poder.

res, entendiendo esa noción²² como el proceso en el que una matriz cultural es enriquecida por el conocimiento y la crítica de otra matriz cultural, y viceversa. Así, podemos decir que se trata de un proceso que se da dentro de las matrices culturales y civilizatorias para autocriticarse y reformar su organización y su vida política, jurídica, económica y social.

Una tercera consecuencia del pluralismo jurídico es el desarrollo de una nueva concepción del Derecho y, en consecuencia, de los instrumentos con los que interactúa. No se puede pensar más en que los derechos humanos, la Constitución, las leyes y otros órdenes jurídicos sean los que jerárquicamente condicionen el pluralismo jurídico, sino que debe pensarse en ellos como parte de la construcción de una política constitucional (categoría que es tratada en el siguiente subtítulo). Debe verse en ellos el carácter de ductilidad y transitoriedad de una nueva forma de “Derecho en devenir”. De ahí que el pluralismo jurídico supone la posibilidad de intersección, mezcla e interrelación de los órdenes jurídicos, lo cual dará nacimiento a una nueva forma de comprender el Derecho y los derechos, por y en la dinámica de la sociedad plural y compleja. Esto significa

22 Tomamos aquí la manera en la que Luis Tapia entiende la transcrítica: “Sugiero pensar por transcrítica una serie de procesos por medio de los cuales se realiza la construcción de una comunidad de derechos, a través de procesos de conocimiento de otras matrices culturales, no solo en un sentido sino en varias direcciones, es decir, una sociedad que conoce a otras y viceversa, pero en el cual [*sic*] no solo se transmite concepciones de mundo e historia particulares sino que también se entabla un proceso de crítica a algunos principios organizadores de otras matrices sociales y políticas, no para convencer de la superioridad de otra cultura, sobre todo de la que históricamente fue dominante, sino para propiciar un proceso de selección normativa, en este caso de derechos que permitan construir el núcleo de la vida política común, sin desechar totalmente otros ámbitos de organización social propios de cada cultura” (2006: 41).

La noción de ‘transcrítica’ pertenece al filósofo japonés Kojin Karatani (2005) y se refiere a una crítica interteórica. Sus usos y sus apropiaciones son variados: desde la que realiza Zizek en su obra *Visión de paralaje* (2006) hasta las lecturas que desarrolla Laurent Milesi sobre el cuento “La carta robada” de Edgar Allan Poe. Nosotros consideramos la apropiación que hace Tapia (2006).

dejar en suspenso la jerarquía normativa que se traduce en la pirámide jurídica de Adolf Merkl.

Esas tres consecuencias nos llevan a plantear una transitoriedad del sistema jurídico boliviano, sus instrumentos (Constitución y leyes), sus instituciones, su base económica y su modo de producción de la realidad, afectado y enriquecido por esa síntesis de fuerzas, saberes y praxis política que supone una refinada comprensión del Derecho. Y también que la justicia y el Derecho pueden salir de la esfera monolítica estatal, no solo abandonándola, sino reconstruyendo el Estado, repensando el Estado como algo más complejo. Dicha cualidad del pluralismo jurídico permite pensar el Derecho como algo dúctil.

El jurista italiano Gustavo Zagrebelsky utiliza el término italiano *mite* para caracterizar al Derecho contemporáneo, que se traduce al castellano como dúctil. Sin embargo, la traductora del texto de Zagrebelsky, Marina Gascón, anota lo siguiente:

En italiano el calificativo *mite* se predica de aquello que es manso, tranquilo, apacible. Se ofrecen por ello varias posibilidades de traducción, entre las que se encuentra además de las citadas, las de sosegado, dulce, calmoso, comprensivo. He escogido sin embargo el término ductilidad para traducir el original italiano *mittezza*, dúctil, en la lengua castellana, además de su significado original se utiliza en su sentido figurado para indicar que algo o alguien es acomodadizo, dócil, condescendiente (2009: 19).

Esa docilidad, es decir, ese carácter acomodadizo, afecta a la solidez del Derecho y abre la posibilidad de pensarlo como algo amigable, tranquilo y apacible. Esto supone su transformación radical: de ser concebido como un vehículo de poder a ser concebido como un saber y una práctica común que se abre a la justicia mediante la creación de una política constitucional.

2.4. LA POLÍTICA CONSTITUCIONAL Y LA DECISIÓN JUDICIAL

La justicia es *indecible e indecidible*, por ello es la que posibilita la deconstrucción del Derecho. Sin embargo, apremia desde su in-

decibilidad y su indecidibilidad la necesidad de ser dicha y de ser decisión de Derecho, pues la justicia asedia, busca su realización: “Sin importar cuán difícil, imposible de programar, imposible de decidir sea la situación, la justicia no espera; se exige aquí y ahora en la situación particular” (Derrida y Caputo, 2009: 163).

No hay posibilidad de la justicia sin el Derecho. El Derecho sería la única condición de posibilidad de la justicia, de deseo de justicia, de promesa de justicia, aunque esta sea en sí misma imposible de realizar. Entonces, urge a la justicia que exista el Derecho. Dar la justicia es una tarea difícil y compleja para el Derecho. Pero lo sería mucho más si no hubiera posibilidades de decidir. Si el Derecho fuera una orden de cálculo, solo se precisaría un computador y una relación causa-efecto aplicable. Pero, al momento de decidir con el Derecho, nos miramos cara a cara con la indecidibilidad. Como señala Derrida, un fallo justo “mira literalmente a los ojos, mira ese abismo y luego hace el salto, es decir se rinde a la decisión imposible” (Derrida y Caputo, 2009: 162).

La decisión es, entonces, un salto, una condición del caso concreto. El fallo es una decisión política; es la decisión sobre lo que el Derecho *es* en esa circunstancia, en ese acontecimiento, pues toda decisión política es decisión y acontecimiento. Como sostiene Uzín (2008), un saber-hacer sobre la justicia debe transformar en consistente la inconsistencia; por ello se trata de una política constitucional.

Según lo anotado, es posible oponer a la noción de Estado de Derecho esa nueva concepción de política constitucional.²³

23 Hans Kelsen afirmaba lo siguiente: “Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esa actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las distintas maneras de llenarlo. La interpretación de la norma no conduce, pues necesariamente a una solución única que sería la exclusivamente justa” (2000: 131). Lo que se pretende con la política constitucional es radicalizar la intuición de Kelsen, para pluralizar el marco constituido por la norma, un marco que no estaría del todo constituido y que, en consecuencia, lo podemos encontrar abierto a las posibilidades del texto y su deconstrucción. Por tal razón, no se trata de abandonar el positivismo, sino de traerlo, también, como un material para la interpretación.

Entendemos por Estado de Derecho al imperio del Derecho (el sometimiento de gobernantes y gobernados a la Constitución y a las leyes), a partir de la precomprensión de lo que es el Derecho.²⁴ La categoría Estado de Derecho contiene al principio de

24 La doctrina jurídica distingue distintos sentidos al concepto 'Estado de Derecho'. En primer lugar, tenemos el sentido débil o formal, en el cual los poderes públicos están establecidos y definidos por el ordenamiento jurídico (Constitución y leyes), y ejercitados en las formas y mediante los procedimientos legalmente establecidos (leyes y decretos supremos). Los contenidos están ausentes, es decir, las normas pueden poseer cualquier contenido; sin embargo, es preciso que el Estado tenga el monopolio de la producción jurídica de esos contenidos mediante un sistema unitario y formalizado.

En segundo lugar, se tiene el sentido fuerte o sustancial de Estado de Derecho, el cual no solo se caracteriza por las formas (sentido débil), sino por los contenidos. Entonces, el Estado de Derecho es aquel orden jurídico-político en el que los poderes, incluido el legislativo, están vinculados con el respeto de principios sustanciales expresados en la Constitución Política del Estado, como los principios de legalidad, justicia, equidad, división de poderes, resguardo de derechos fundamentales, etcétera. Tal sentido corresponde a lo que se ha venido a denominar como Estado constitucional de Derecho. En esa presentación del Estado de Derecho, las leyes y el ordenamiento jurídico deben tener coherencia con el espíritu de la Constitución; coherencia con la virtud inmanente (interna y con un dinamismo estructurante) de sus contenidos establecidos. En el Estado constitucional de Derecho, la Constitución no solo regula la producción jurídica a partir del principio de legalidad, sino que impone prohibiciones y obligaciones de contenido en las leyes y demás ordenamiento jurídico, correlativas con los derechos de libertad y los derechos sociales y colectivos; estos son tratados como contenidos determinados ya en la norma. De esas obligaciones se desprende el denominado Estado social (y constitucional) de Derecho que supone que el Estado cumple un papel fundamental en la provisión de derechos sociales como educación, salud y, en algunos casos, renta básica. Este modelo puede extenderse hasta el Estado de bienestar de corte europeo.

En tercer lugar, se tiene el sentido virtual de Estado de Derecho, que se podría resumir en la existencia de una Constitución sin Estado, debido a la pérdida (o transformación desterritorializadora) de la soberanía en los Estados. Es decir, las fuentes del Derecho se encontrarían fuera del Estado y asumirían formas y contenidos nuevos, resultado de la integración económica y política. Es el caso del constitucionalismo europeo y del naciente constitucionalismo internacional, que buscan una transformación del Derecho para extender derechos sociales a nivel mundial.

Finalmente, se tienen las teorías del Estado cultural de Derecho, planteadas por Peter Häberle (2001), y que postulan que la cultura es fundamental en el cumplimiento de la norma.

legalidad como norma de reconocimiento del Derecho existente. En ese sentido, el Derecho estaría plenamente determinado y decidido en la norma.

En contraste, lo que denominamos política constitucional es la posibilidad de abrir la comprensión a lo que el Derecho es y, en consecuencia, a su deconstrucción. El Derecho, entonces, se vuelve inconsistente y se descentra, pero no se lo destruye ni desaparece. Sigue a ello la multiplicidad de lo que el Derecho es y, frente a esa multiplicidad, la posibilidad de construcción de una política constitucional y de una decisión judicial de caso concreto.

La decisión judicial combina la discusión entre lo que el Derecho es y lo que el Derecho debe ser. Esta discusión tiene que ver con el contenido del Derecho. De acuerdo con Ronald Dworkin (Hart y Dworkin, 2002), esa discusión no es empírica (lo que el Derecho es en tanto forma) sino teórica (lo que el Derecho debe ser en contenido). El desacuerdo teórico muestra el rasgo central de la práctica jurídica: la argumentación y la interpretación de los materiales jurídicos –en nuestro caso, de los materiales constitucionales– para llegar a una decisión judicial.

Si valoramos en su conjunto la reflexión crítica sobre el texto constitucional boliviano, no podemos dejar de notar que muchos de los términos y de los conceptos que emplea son básicamente los mismos de otro tiempo, que han sido heredados de la tradición constitucional.²⁵ Ahora bien, estos ya no producen significados unívocos y estables. El mismo texto constitucional ha erosionado y diseminado el principio unitario del Derecho y del Estado de Derecho por las razones anotadas.

Zagrebelsky deja muy claro lo que es una política constitucional en el siguiente comentario:

25 Se entiende por tradición constitucional a la historia constitucional de cada Estado. En el caso boliviano, la tradición constitucional ha sido influida por la tradición europea o continental del Derecho constitucional; por ello, es posible hablar de una herencia de la tradición constitucional continental y moderna.

Las categorías del derecho constitucional, para poder servir como criterio de acción o de juicio para la praxis, deben encontrar una combinación ya que [esta] no deriva del dato indiscutible de un “centro” de ordenación. Por usar una imagen, el derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales (2009: 13).

Entre los materiales del Derecho constitucional está la Constitución, no concebida como un texto unitario, sino como algo con múltiples posibilidades que funciona como un mapa de navegación. La Constitución, en consecuencia, sería siempre algo más, algo a determinar por la política constitucional.

Mientras el Derecho se descentra y se deconstruye, la política constitucional pretende hacer consistente lo inconsistente. Entonces, se libera al Derecho de concepciones y de definiciones previas. El Derecho será lo que se precise, se ajuste al caso concreto en su aplicación y posiblemente por una única vez. Por tanto, de lo que trata la política constitucional es de reinventar constantemente el Derecho de manera dúctil y amable. Es una manera de buscar la justicia.

Para comprender lo que es una Constitución en concreto, es necesario estudiar sus orígenes y sus momentos constitutivos. Por ello, pasamos a revisar los constitucionalismos y su filiación con el proceso constituyente boliviano.

3

Constitucionalismos

3

Constitucionalismos

En materia constitucional, el proceso constituyente está íntimamente relacionado con la potencia que hace posible la producción del Derecho. Por potencia nos referimos al poder constituyente.

El Derecho, en sí mismo, no puede dar cuenta del poder constituyente, en la medida en que el Derecho es el resultado del poder constituyente y no viceversa. Al respecto, el teórico marxista italiano Antonio Negri señala que:

[...] el poder constituyente no sólo ha sido [...] considerado la fuente omnipotente y expansiva que produce las normas constitucionales de todo ordenamiento jurídico, sino también el sujeto de esta producción [...]. Salvo que la cosa no es sencilla. En realidad, el poder constituyente resiste a la constitucionalización (2015: 27).

El poder constituyente, para Negri, es en sí el movimiento de una sociedad; movimiento entendido en cuanto potencia creativa de la democracia, y esta última entendida como potencia creativa de la multitud, en la medida en que el *demos*, el pueblo, no puede estar en condiciones de unidad gobernable si se quiere hacer residir en él la potencia. En consecuencia, Negri prefiere denominar al *demos* como multitud, como potencia de la cooperación de los seres humanos.²⁶

26 Negri recupera en su ensayo sobre el poder constituyente (2015) una parte del pensamiento de Baruch Spinoza y de Karl Marx. Para Spinoza, la multitud es la instancia previa al pueblo, la instancia de potencia; el pueblo es posterior a la multitud, es una unidad gobernable una vez que el poder ha pasado de constituyente a constituido.

El proceso constituyente puede verse de dos maneras: primero, como un repaso de las transformaciones del constitucionalismo continental (su movimiento largo) y, segundo, como el desarrollo efectivo de la formación de una Constitución en una asamblea constituyente (su movimiento cercano), junto con todas las etapas políticas posteriores hasta su promulgación.

Revisaremos la primera manera a partir de los constitucionalismos (1787-2009) y el Derecho constitucional, y la segunda, a partir de los archivos del proceso constituyente boliviano (2006-2009), como una nueva reverberación de los referidos constitucionalismos.

3.1. DIFERENCIAS

Inicialmente debemos diferenciar entre constitucionalismo y Derecho constitucional.

El constitucionalismo²⁷ se refiere a la tradición constitucional de cada Estado o de un conjunto de Estados, ya sea por su cercanía geográfica o por la tradición compartida; puede ser romanista (codificada), de *commonlaw* (de jurisprudencia), mixta, etcétera. Desde ese punto de vista, cada Estado tendría su propio constitucionalismo, reflejado en la historia constitucional que le es propia.

El constitucionalismo sería otra manera de llamar a la historia política de cada Estado o de cada tradición de Estados, y

27 El profesor Alipio Valencia Vega decía que el “constitucionalismo fue el conocimiento que surgió de una necesidad social, de las constituciones, ya fuesen consuetudinarias o escritas. Este conocimiento no se refiere solamente a las normas escuetas y determinadas que conforman las constituciones, sino también a sus motivaciones, a su filosofía, a su desarrollo e historia y a sus proyecciones en la vida de los pueblos, porque, en realidad, todos estos, cuando se erigen en Estados, tienen que poseer una constitución que es estructura y organización (1997: 16).

Con un tenor similar, Peter Häberle sostenía que “habría que empezar con que cada país abordara la cuestión de cuáles sean los respectivos contextos en que haya surgido su propia Constitución junto con otras, en cuáles se encuentra y sigue” (2001: 12).

la Constitución vigente de un Estado solo podría comprenderse en la densidad histórica de la formación estatal.²⁸

El Derecho constitucional es la disciplina jurídica cuyo objeto de estudio son las constituciones, y que trata de encontrar en ellas un conjunto de principios organizados que permitan su sistematización y su estudio.²⁹ En líneas generales, el Derecho constitucional se ocupa del estudio de las normas que regulan el poder público y establecen los derechos fundamentales de las personas; normas que de maneras distintas se expresan positivamente en cada texto constitucional concreto.

Es lógico asociar el constitucionalismo con la historia política de cada Estado y con las tradiciones histórico-políticas de su formación, y el Derecho constitucional con la teoría y la disciplina jurídica más cercana a tradiciones academicistas que intentan esbozar un conjunto de saberes con aspiración de ciencia. Cronológicamente, el constitucionalismo, en cuanto

28 En *Introducción a la crítica de la economía política de 1857*, Karl Marx, dando un prefacio para una reflexión política más profunda, afirma: “Mis investigaciones me llevaron a la conclusión de que tanto las relaciones jurídicas como las formas de Estado no pueden comprenderse por sí mismas ni por la llamada evolución general del espíritu humano, sino que, por el contrario, tienen sus raíces en las condiciones materiales de la vida” (2008: 96). En ese sentido, es posible desagregar una reflexión marxista sobre el Estado partiendo de las siguientes dos premisas: a) que lo que se conoce como Estado moderno no es un modelo arquetípico que pueda ser reconocido y aplicado en todo el planeta y, si así lo fuera, sería a condición de que dicho modelo arquetípico, en su aplicación, sea mutilado, corregido, tergiversado, reducido e incluso después de todo ello, sea excepcional; b) que aquello que denominamos como Estado precisa una formulación propia, es decir, necesita una base material propia en cada caso de experiencia particular que se busque analizar. En ese sentido, se debe estudiar cada Estado como situación concreta. Una teoría del Estado no sería otra cosa que la revisión crítica de la producción de estatalidad concreta en cada caso; esto es, en cada país.

29 Como disciplina, el Derecho constitucional se conforma a partir de estrategias inductivas; es decir, abstrae un conjunto de instituciones y de principios de las constituciones concretas. Para Francisco Balaguer: “El Derecho constitucional es un producto moderno, la última fase del proceso de diferenciación y especialización de la política con respecto a la sociedad que se produce con la implantación del capitalismo” (2011: 31).

experiencia de las constituciones, es anterior al Derecho constitucional; en cuanto disciplina,³⁰ por tanto, las transformaciones que se operan en el constitucionalismo impactan más tarde en el Derecho constitucional.³¹ Por ello, no toda transformación constitucional puede ser inteligible a los estudiosos de la disciplina del Derecho constitucional.

El constitucionalismo está íntimamente relacionado con la historia política y social de cada Estado. Por ejemplo, el nombre de Bolivia resuena en el primer redactor de nuestra primera Constitución, el Libertador Simón Bolívar,³² y sus instituciones no son más que el reflejo sociopolítico de la Bolivia del siglo XIX, tal vez muy lejanas del liberalismo que inspiró aquella Constitución. Otras constituciones ejemplares del país son las del Mariscal Andrés de Santa Cruz (de 1831 y de 1834), que intentaron sentar las bases de la Confederación Perú-Bolivia; la de 1938 fue la primera Constitución social que sentó las bases de una legislación para los trabajadores y las familias; la de 1961 fue la primera Constitución del nacionalismo revolucionario; y, lógicamente, la Constitución de 1967, con sus reformas de 1994³³ y de 2004,³⁴ modernizaron

30 La primera cátedra francesa de Derecho constitucional (como disciplina y con el mismo nombre) comenzó en París el 22 de abril de 1834, y fue confiada al maestro Pellegrino Rossi, cuyas enseñanzas tuvieron eco en Italia y en España.

31 Son pocos los textos de teoría constitucional que estudian los Estados plurinacionales. Las excepciones son Ramiro Ávila en Ecuador, Bartolomé Clavero y Martín de Cabo en España, y Pablo Dermizaky Peredo en Bolivia.

32 El proyecto de Constitución propuesto por Simón Bolívar en 1826 fue parcialmente reformado por la Asamblea Constituyente, sobre todo en lo que respecta a la religión. Para algunos constitucionalistas, la primera Constitución boliviana fue en realidad un decreto —de 13 de febrero de 1825— que regulaba el ejercicio del poder público, pues dividía y separaba poderes, y establecía la regularidad de su funcionamiento. La referencia a la Constitución bolivariana como primera Constitución es más romántica que real.

33 La reforma constitucional de 1994 introdujo institutos e instituciones como el Defensor del Pueblo, el Tribunal Constitucional, el Consejo de la Magistratura y otras.

34 La reforma de 2004 introdujo los institutos de la democracia participativa, el referéndum y la posibilidad de convocar a una Asamblea Constituyente para la reforma total de la Constitución.

el Estado y trajeron una serie de instituciones del constitucionalismo continental.³⁵

Sin embargo, la reforma más importante –por las transformaciones que introdujo– es la desarrollada en el proceso constituyente 2006-2009.³⁶ No solo porque se adscribe a la corriente de constituciones plurales, sino porque presenta una forma de Estado nueva y una serie de instituciones y derechos inéditos en el constitucionalismo boliviano y en el constitucionalismo continental.

Si bien las obras de los juristas bolivianos se han concentrado más en el Derecho constitucional, en cuanto disciplina jurídica, debe destacarse el aporte de Ciro Félix Trigo al estudio del constitucionalismo boliviano (2003). Ese autor analiza el desarrollo del constitucionalismo boliviano de 1826 a 1961. No alcanzó a abordar la reforma de 1967 ni las posteriores, sin embargo, su obra se ha convertido en una referencia ineludible para estudiar el constitucionalismo boliviano, sus instituciones y la manera en que la Constitución se relaciona con la realidad política.

En el plano del constitucionalismo continental hay muchos estudios que tratan sobre el constitucionalismo europeo, el constitucionalismo latinoamericano y el neoconstitucionalismo, entre otros.

35 Se entiende por Constitucionalismo continental a la tradición de constituciones escritas y desarrolladas en textos extensos. Para los constitucionalistas españoles como Bartolomé Clavero o Martín de Cabo, se encuentra el nacimiento de esta tradición en las constituciones francesas de finales del siglo XVIII y en su reinención moderna con la Constitución española de 1978. Para los constitucionalistas italianos como Maurizio Fioravanti, la reinención se encuentra en las constituciones francesas de 1946 y 1958, y la italiana de 1948. Para mayor información, véase: *Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales* (Fioravanti, 2014).

36 Como se verá más adelante, la Asamblea Constituyente se instaló en agosto de 2006 y finalizó su tarea en diciembre de 2007. Sin embargo, una serie de conflictos políticos y regionales llevaron a una intervención del Congreso en octubre de 2008, producto de la cual se modificó más de una centena de artículos y finalmente se llevó a referéndum la Constitución en enero de 2009. Se ha discutido mucho sobre las distintas vulneraciones de Derecho que se dieron; Lazarte (2015) realiza una interesante reflexión política sobre el tema.

Los debates entre historia e historiografía constitucionales son variados, pero generalmente se los desarrolla con dos perspectivas: la normativo-institucional y la doctrinal. Esta división varía en su objeto de investigación: en primer lugar, las constituciones positivas y, en segundo lugar, el pensamiento doctrinal que se desarrolla a partir de ellas.³⁷ No obstante, con una mirada amplia, se pueden identificar tres grandes horizontes del constitucionalismo: el liberal, el social y el pluralista.³⁸ Si bien se trata de una clasificación arbitraria (toda clasificación lo es), a continuación, revisamos cada una de ellas.

3.1.1. CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

El constitucionalismo liberal abarca el periodo que se extiende entre la primera Constitución escrita del mundo moderno³⁹ –la de Estados Unidos (1787)– y la primera irrupción del constitucionalismo social en 1917, con la Constitución mexicana de Querétaro y, dos años más tarde, en 1919, con la Constitución alemana de la República de Weimar.

Lo que denominamos constitucionalismo liberal se caracteriza por la primacía de la libertad, de una concepción moderna de la libertad. Como señalan Germán Bidart Campos y Walter Carnota:

[...] la burguesía y la clase media, y la estructura económica del capitalismo sirven de contextos para acompañar esa pro-

37 Un ambicioso y completo estudio de historiografía constitucional puede encontrarse en Joaquín Varela Suanzes-Carpegna (2015). Una buena introducción a los estudios constitucionales y al constitucionalismo se encuentra en Maurizio Fioravanti (2014).

38 Tomamos esta clasificación de Raquel Yrigoyen (2011).

39 Si bien es posible encontrar la Constitución no escrita de Inglaterra a mediados del siglo XVII, la Constitución norteamericana, inspirada en los Fundamental Orders, las Convenant y los documentos que organizaban las 13 colonias en Nueva Inglaterra, es en sí la primera Constitución escrita, incluso anterior a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. Para mayores referencias sobre los orígenes de la Constitución estadounidense, véase: *La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo* (Rey Martínez, 2003).

pagación. La clase hasta entonces excluida de los privilegios propios de la nobleza y de la clerecía ve en el constitucionalismo nuevo la garantía de su libertad y de su participación política (2001: 145).

La libertad no solo es el valor a desarrollar, sino que se constituye en el eje ordenador de los textos constitucionales, debido a su explicitación en derechos individuales y en las posibilidades de organizar un Estado mínimo que favorezca el crecimiento de un liberalismo económico.

El pensamiento liberal se desarrolló con anterioridad a la aparición de las primeras constituciones escritas, con pensadores como Locke, Montesquieu, Rousseau o Voltaire. Por ejemplo, en el libro XI del *Espíritu de las leyes*, obra central de Montesquieu (2004), se define la libertad política como libertad del ciudadano, constituida por mediación de una Constitución. Esta, en ese sentido, limita la tendencia natural de los gobernantes, según Montesquieu, de abusar de su poder. Y al comienzo del libro XII, el autor francés opone libertad política y libertad civil: la primera como resultado de la garantía de la separación de poderes y la segunda como un derecho. En ambos casos, la libertad depende de la Constitución.

Para Rousseau, la libertad es el tema con el que presenta el contrato social: “El hombre ha nacido libre, pero por doquier se halla encadenado” (2004: 47). Lo mismo sucede con Kant: la libertad se encuentra en el corazón de su argumentación de la razón práctica y, en consecuencia, de su metafísica del Derecho. Para Kant, “las leyes de la libertad, a diferencia de las leyes de la naturaleza, se llaman morales. Si afectan solo a acciones meramente externas y a su conformidad con la ley, se llaman jurídicas” (1996: 17).

Ni Montesquieu ni Rousseau vieron en vida las constituciones escritas de Estados Unidos (1787) o de Francia (1791). Kant corrió mejor suerte, al igual que Hegel. Ambos pudieron ver el reconocimiento constitucional de la libertad.

Al respecto, es posible encontrar en la dialéctica del amo y del esclavo, presentada por Hegel, una exposición del plantea-

miento liberal.⁴⁰ En esa narración, la humanidad se encontraría en una guerra constante, en una lucha por el reconocimiento; el ser humano buscaría que otros seres humanos lo reconozcan. En esa batalla, se constituirían, por un lado, los amos y, por otro, los esclavos; los amos serían aquellos que arriesgan todo, incluso su vida, por no perder su libertad, y los esclavos serían los que arriesgan todo, incluso su libertad, por no perder su vida. En tal sentido, el amo es aquel que valora su libertad por encima de su vida.

De acuerdo con Hegel:

Por consiguiente, el comportamiento de las dos autoconciencias se halla determinado de tal modo que se comprueban por sí mismas la una a la otra mediante la lucha a vida o muerte. Y deben entablar esta lucha, pues deben elevar la certeza de sí misma de ser para sí a la verdad en la otra y en ella misma. Solamente arriesgando la vida se mantiene la libertad (2007: 116).

Las revoluciones ilustradas que devinieron en asambleas constituyentes y en la redacción de constituciones fueron en el fondo revoluciones liberales. La idea de libertad era tan fuerte que incluso la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyos redactores fueron influenciados por el pensamiento de Montesquieu y de Rousseau, no reconoce el derecho a la vida, pero sí, y enfáticamente, el derecho a la libertad.⁴¹

La libertad se convirtió para el constitucionalismo de finales del siglo XVIII y del siglo XIX en el eje ordenador de las relaciones sociales, políticas, económicas y jurídicas. La libertad como valor fue el eje del liberalismo y del desarrollo económico liberal.

40 “Si se nos pregunta en qué sentido Hegel emplea ‘libertad’, se nos ocurre que estamos en la huella de las reformulaciones rousseauiano-kantianas de la libertad garantizada por las leyes” (Barberis, 2002: 92)

41 El artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano expresamente reconoce los derechos a la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

El constitucionalismo liberal clásico reflejó, asimismo, la estructura social y patriarcal de las sociedades en las que se desarrolló. Por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 fue, efectivamente, del hombre y del ciudadano varón, sin mencionar expresamente los derechos de las mujeres. En 1791, Olimpia de Gouges intentó una declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana, y posteriormente se desarrollaron algunas estrategias en busca de denunciar la falsa modernidad detrás de las ideas ilustradas.⁴²

Cabe destacar que el horizonte del constitucionalismo liberal no fue reemplazado por el del constitucionalismo social. En todo caso, con la aparición de este último se desarrolló una fuerte crítica social al liberalismo; no obstante, la ambición del constitucionalismo social era complementar las bases del constitucionalismo liberal.⁴³

3.1.2. *CONSTITUCIONALISMO SOCIAL*

El constitucionalismo social se desarrolló desde la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y la Constitución alemana de Weimar de 1919, y se extendió durante todo el siglo XX, aunque es posible encontrar una ruptura (una variación, una reformulación de contenidos) con la Constitución cana-

42 El Código Civil de Napoleón declaraba a la mujer incapaz, legalmente sometida a la tutela del padre, del hermano o el esposo.

43 La tensión existente entre el constitucionalismo liberal y el constitucionalismo social se manifestó con mayor fuerza a comienzos del siglo XX. Muchos constitucionalistas liberales se negaban a reconocer el estatus de derechos a los derechos sociales, y los consideraban como esbozos ideológicos, ignorando que los derechos liberales también lo son. Los juristas de la República de Weimar “negaban que los derechos sociales pudieran de alguna manera ponerse en el mismo plano de los derechos de libertad clásicos” (Baldassarre, 2001: 35-36). De la misma manera, hoy se discute el alcance de los derechos colectivos frente a los individuales liberales. En palabras de Mauro Capelleti, “el antiguo ideal de la iniciativa procesal centralizada a la manera de un monopolio entre las manos del solo sujeto al cual ‘pertenece’ el derecho subjetivo, se revela impotente ante derechos que pertenecen al mismo tiempo a todos y a nadie” (citado en Rivera, 2007: 494).

diense de 1982, la cual inauguró el denominado constitucionalismo pluralista.

Para el constitucionalismo social, la igualdad es el eje ordenador de las relaciones sociales, económicas, políticas y jurídicas. Ese eje se expresa en un nuevo lenguaje de derechos fundamentales, es decir, en el reconocimiento de derechos sociales (derechos de prestación positiva, derechos de hacer y de dar por parte de un tercero) como los derechos a la educación y a la salud, entre los más básicos.⁴⁴ Asimismo, reconoce una serie de derechos a los trabajadores, a las familias, a los niños y a otros grupos que se identificarían como menos aventajados⁴⁵ en la estructura social de los Estados modernos, lo que dio paso a lo que más adelante se reconocería como derechos colectivos.

Bidart Campos y Carnota sostenían:

Es de recordar que al despuntar el siglo XX, las sociedades comenzaron a demandar una acción positiva del estado y una serie de prestaciones (*'welfare rights'*) para subsanar la desigualdad socioeconómica de las personas que impedía el goce efectivo de la libertad y de los derechos. Para ello, se requería de un poder vigoroso y eficaz que optimizara las condiciones de vida y el desarrollo, para hacer posible un justo reparto de bienes y servicios. Se anhelaba, de ese modo, corregir los obstáculos que impedían –e impiden– a grandes sectores emerger de la pobreza, del analfabetismo, de la desocupación (2001: 150).

44 Cuando se plantearon los derechos sociales hubo una larga discusión sobre si eran efectivamente derechos, pues no son en sí inherentes al ser humano, como lo pretende la argumentación de los derechos liberales. Los derechos sociales, en sí, se deben a cuestiones programáticas, a costos de los derechos que dependen de las políticas económicas y sociales de cada Estado. Tuvo que desarrollarse toda una teoría de los derechos sociales para que estos tuvieran el mismo grado de exigibilidad que los derechos liberales; sin embargo, aún es una teoría muy joven y a veces cuestionada en comparación con la teoría de los derechos liberales.

45 Se desarrollan las estrategias de derechos colectivos y de derechos de discriminación positiva.

El constitucionalismo social reestructura la labor del Estado: ya no es posible pensar en Estados mínimos (o débiles), sino en aquellos que posibiliten materialmente el desarrollo de la igualdad entre las personas; es decir, en Estados materialmente fuertes. Se reconocen derechos sociales y derechos colectivos que precisan de un Estado activo en la provisión de bienes y de servicios, sin que se eliminen los derechos individuales y liberales, sino que, en los casos más extremos, se los regule o se los limite en su ejercicio. Sin embargo, el horizonte del constitucionalismo social es parte de la modernidad jurídica: desarrolla las condiciones de posibilidad de los Estados-nación, del monismo jurídico y de la universalidad de determinados principios y derechos.

Antes de finalizar este desarrollo de lo que supone el constitucionalismo social, cabe señalar que este es también denominado constitucionalismo democrático. Al respecto, el jurista italiano Fioravanti apuntaba:

El siglo XX es el siglo de la génesis de las Constituciones democráticas, comenzando por la primera, que es la alemana de Weimar de 1919, pasando por la fase decisiva de las Constituciones de la última posguerra como las francesas de 1946 y 1958, la italiana de 1948 y la Grundgesetz alemana de 1949, y acabando finalmente en la Constitución española del posfranquismo de 1978 (2014: 54).

La razón por la que Fioravanti relaciona el constitucionalismo social con las constituciones democráticas se debe a que esas constituciones presentan una democracia constitucional; es decir, regulan el proceso democrático como parte de su razón de ser. Dichas constituciones descritas por Fioravanti son textos que reconocen un amplio pluralismo político y un amplio ejercicio de derechos políticos como parte del catálogo de los derechos fundamentales.

Los principios básicos de la democracia que se encuentran en la Constitución Política del Estado pasarán a ser considerados como la base de los Estados modernos. Para autores como

Luigi Ferrajoli (2006),⁴⁶ esos principios son partes intocables de la Constitución escrita y de la noción contemporánea de Estado de Derecho.

3.1.3. CONSTITUCIONALISMO PLURAL O PLURALISTA

El advenimiento del constitucionalismo pluralista produce un cambio en la concepción del lenguaje de los derechos, pues, como veremos más adelante, se cuestionan dos supuestos básicos del Derecho moderno: la igualdad y la homogeneidad. El constitucionalismo pluralista plantea una discursividad distinta que relaciona la igualdad con la diferencia.

Si bien el pluralismo jurídico es anterior al monismo jurídico, su reconocimiento no supone solo una aceptación de su existencia, sino que pone en juego una manera distinta de pensar el Derecho.

El constitucionalismo pluralista se inaugura con la Constitución canadiense de 1982, la primera en reconocer la diversidad y la pluralidad constitutiva del pueblo, y la primera en iniciar un quiebre en el imaginario del Estado-nación (preponderantemente homogéneo y sin aristas). Lo hace mediante el reconocimiento de la herencia multicultural (*multicultural heritage*) de un pasado plural y por medio de la incorporación de los derechos de los pueblos indígenas (*rights of aboriginal people*), junto con los derechos fundamentales (Bouchard, 2003).

La indagación y la problematización acerca de los *primeros pueblos* (según el comunitarismo canadiense/norteamericano)⁴⁷

46 Según Ferrajoli, “una teoría jurídica de la democracia dotada de capacidad explicativa no puede hoy ignorar los límites y los vínculos constitucionales al principio de mayoría que existen ya en casi todos los ordenamientos democráticos” (2006: 99). Para el estudioso, los principios básicos de la democracia, junto con los derechos fundamentales, constituyen parte de la esfera de lo indecible; en otras palabras, parte de lo que las mayorías parlamentarias y las mayorías electorales no pueden decidir.

47 Nos referimos a las reflexiones de autores como Charles Taylor, Alessadar McIntyre, Will Kymlicka, Michael Sandel y otros, que iniciaron un diálogo con la obra de John Rawls, pero que en determinado momento alcanzaron

nos permiten institucionalizar y constitucionalizar la diferencia civilizatoria, política, jurídica y cultural existente en la actualidad.

Guatemala en 1985 y luego Nicaragua en 1987 reconocieron la diversidad constitutiva de su población. Nicaragua incluso avanzó hasta el reconocimiento de las autonomías indígenas⁴⁸ mucho antes que otros Estados.

En 1989, varios Estados adoptaron el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que reconoce una serie de derechos a los pueblos indígenas y tribales, lo que obliga a la modificación de las legislaciones internas o, por lo menos, abre el debate sobre la situación de los pueblos indígenas, haciendo énfasis en cuestiones como la consulta previa y la administración de justicia (el reconocimiento de autoridades y de usos y costumbres como márgenes generales para la administración de justicia).

Durante la década de 1990, muchos otros Estados en América desarrollaron reformas constitucionales en clave pluralista: Colombia en 1991,⁴⁹ México en 1992,⁵⁰ Perú en 1993, Bolivia en 1994, Ecuador en 1998 y Venezuela en 1999.

una identidad teórica que permitió denominarlos como “comunitaristas” y “multiculturalistas”. Sobre esos debates, véase: *Las teorías de la justicia después de Rawls* (Gargarella, 1999). Con un énfasis mayor en los autores canadienses se puede revisar: *La justicia: los principales debates contemporáneos* (Campbell, 2002).

- 48 Hacemos referencia a la autonomía de la Costa Caribe, de Nicaragua. Para más datos al respecto, véase: *Autonomía regional: la autodeterminación de los pueblos indios* (Díaz-Polanco, 1991).
- 49 Colombia merece una consideración especial, pues su Corte Constitucional desarrolló una serie de interpretaciones jurisprudenciales que, a partir de la maximización de la autonomía, reconocieron el ejercicio pleno de la administración de justicia a los pueblos indígenas, en tanto no se vulneren el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de torturas, y se respete el debido proceso. Sobre el tema puede consultarse el texto: *La Constitución multicultural* (Bonilla, 2006).
- 50 México es un Estado federal, así que cabe mencionar, además de la Constitución mexicana de 1992, la Constitución del Estado de Oaxaca, la cual avanza en la comprensión de un pluralismo jurídico, aunque con muchos problemas de coherencia y de armonización con la Constitución federal.

Todas esas reformas constitucionales parten del reconocimiento de la pluralidad constitutiva de la sociedad y de la ruptura del imaginario del Estado-nación impulsado por el multiculturalismo liberal. Así, reconocen no solo a los pueblos indígenas como actores centrales y con derechos diferenciados, sino que incluso generan las bases para el pluralismo jurídico⁵¹ y el reconocimiento pleno de los derechos de autogobierno y de libre determinación. Tales condiciones son necesarias para pensar la descolonización y la despatriarcalización de las relaciones de poder, cristalizadas en sociedades tradicionales como la nuestra.

Entre 2006 y 2009, fueron presentadas las reformas constitucionales más relevantes del constitucionalismo pluralista: la Constitución ecuatoriana de 2008 y la Constitución boliviana de 2009. Asimismo, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de las Naciones Unidas, terminó por complementar la noción de naciones indígenas y su derecho a la libre determinación.⁵²

Tanto la Constitución de Bolivia como la de Ecuador inauguraron el denominado ciclo del constitucionalismo plurinacional.

El constitucionalismo plurinacional descentra el lenguaje de los derechos. Es decir, habilita las posibilidades de un de-

51 Muchas de esas constituciones reconocen a las autoridades indígenas y al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, siempre y cuando no vayan en contra de los derechos y de las disposiciones constitucionales, así como de los derechos humanos. Ese reconocimiento aún considera a los pueblos indígenas como menores de edad y a sus sistemas de justicia como usos y costumbres de rango inferior al derecho occidental. Para una crítica sobre el pluralismo subalterno generado por el Convenio 169 de la OIT, véase el estudio de Daniel Bonilla y Libardo Ariza, en *Pluralismo jurídico* (Engle Merry, Griffiths y Tamanaha, 2007).

52 Libre determinación o autodeterminación se utilizan indistintamente en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. En el fondo, lo que se pone en juego es la autonomía política, jurídica y territorial de los pueblos indígenas y las posibilidades de modificar una nueva condición de estatalidad que abandonaría las nociones de Estado-nación y de Estado westfaliano.

recho en devenir a partir del reconocimiento de otras culturas y de otras racionalidades en la construcción de los derechos y del lenguaje de estos; y descentra el carácter antropocéntrico de los derechos al reconocer los derechos de la Pachamama y al generar la necesidad de repensar la relación Estado-sociedad dentro de una nueva condición de estatalidad. Así, plantea una nueva manera de pensar el Estado: como forma de gestión de gobierno en la sociedad, más allá de la redistribución del poder entre las élites gobernantes.

El horizonte del constitucionalismo pluralista y, más recientemente, del que inauguró el constitucionalismo plurinacional⁵³ nos coloca delante de lo demasiado pronto; esto es, de lo que acaba de llegar, de la novedad, de lo que aún se abre,⁵⁴ de lo que no para de desplegarse.

Hay una tensión entre el carácter centrífugo, extensivo y *vivo* de estas constituciones y el carácter conservador y centrípeto de las políticas constitucionales de los Gobiernos. Se sentirá que las constituciones son incompletas hasta que no se desarrollen y no se muestren plenamente.

Recordemos que, cronológicamente, las constituciones son anteriores al Derecho constitucional y que la densidad política que les da nacimiento también es anterior a ellas. Es decir, la experiencia es anterior a la norma y a la teoría. Esa experiencia es materia viva, es magma, es lava ardiente y aún es demasiado pronto para saber en lo que se cristalizará en su recorrido. Por ejemplo, el impulso del multiculturalismo liberal solamente buscaba la tolerancia de las minorías indígenas,

53 Algunos constitucionalistas, como Ramiro Ávila, denominaron ese nuevo constitucionalismo como constitucionalismo transformador; otros, como Bartolomé Clavero e Idón Chivi, lo caracterizaron como constitucionalismo emancipatorio; y otros, como Miguel Carbonell, simplemente lo definieron como neoconstitucionalismo.

54 Lo que se abre en los bordes mismos de cada Constitución solo puede comprenderse si se considera que cada proceso constituyente de estos últimos años (como los procesos colombiano, venezolano, boliviano y ecuatoriano) posee una densidad histórica de acumulación de luchas sociales que excede los análisis jurídicos de las constituciones.

pero lo que empezó a suceder desde el 2009 se aleja cada vez más de un liberalismo tolerante.

3.2. EL PROCESO CONSTITUYENTE BOLIVIANO (2006-2009)

El proceso constituyente boliviano se inició formalmente (en su forma jurídica) el 13 de abril de 2004, con la promulgación de la segunda reforma constitucional a la Constitución Política del Estado de 1967 (la primera reforma constitucional fue hecha en 1994). El texto constitucional reformado de 2004 establece en su artículo 4 que “el pueblo delibera y gobierna por medio de sus representantes y mediante la Asamblea Constituyente”. Asimismo, en su artículo 232, señala que “la reforma total de la Constitución Política del Estado es potestad privativa de la Asamblea Constituyente, que será convocada por Ley Especial de convocatoria”.

El 6 de marzo de 2006, el Congreso de la República aprobó la Ley Especial N.º 3364 de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, mediante la cual se eligió a 255 constituyentes. El 2 de julio, los constituyentes fueron elegidos por voto. La Asamblea Constituyente fue inaugurada el 6 de agosto, en Sucre, y el 16 de agosto comenzaron las sesiones en el teatro Gran Mariscal de esa ciudad. El 30 de octubre, la Asamblea Constituyente aprobó la creación de 21 comisiones de deliberación y trabajo,⁵⁵ que fue central para definir los con-

55 Las 21 comisiones se denominaron: 1. Visión de País; 2. Ciudadanía, Nacionalidad y Nacionalidades; 3. Deberes, Derechos y Garantías; 4. Organización y Estructura del Estado; 5. Legislativo; 6. Judicial; 7. Ejecutivo; 8. Otros Órganos del Estado; 9. Autonomías Departamentales, Provinciales, Municipales e Indígenas, Descentralización y Organización Territorial; 10. Educación e Interculturalidad; 11. Desarrollo Social Integral; 12. Hidrocarburos; 13. Minería y Metalurgia; 14. Recursos Hídricos y Energía; 15. Desarrollo Productivo Rural, Agropecuario y Agroindustrial; 16. Recursos Naturales Renovables, Tierra, Territorio, y Medio Ambiente; 17. Desarrollo Integral Amazónico; 18. Coca; 19. Desarrollo Económico y Finanzas; 20. Fronteras Nacionales, Relaciones Internacionales e Integración; y 21. Seguridad y Defensa Nacional. Un estudio detallado del desarrollo de la Asamblea Constituyente boliviana y sus comisiones fue realizado por Salvador Schavelzon (2012). Respecto

tenidos de la nueva Constitución, en razón de que cada una de ellas respondería en sí a un esquema previo de planificación y de contenidos. El solo hecho de haber definido, por ejemplo, una comisión dedicada a la coca o una comisión dedicada al desarrollo integral amazónico ya generaba el mapa político de contenidos de la futura Constitución.

El 14 de febrero de 2007, la Asamblea Constituyente aprobó íntegramente el reglamento de debates y estableció que los informes de las 21 comisiones de la Asamblea fueran aprobados por mayoría absoluta —es lo que hizo posible la existencia de informes de mayoría y de minoría que serían tratados en la plenaria de la Asamblea— y que solo el texto final se aprobara por dos tercios o, a falta de ello, se remitieran los artículos en conflicto a referéndum.

El 2 de julio de 2007, la Asamblea Constituyente resolvió ampliar su trabajo hasta el 14 de diciembre de ese año y remitió al Congreso de la República esa resolución. El Congreso aprobó la ley ampliatoria de la Asamblea Constituyente (Ley N.º 3728, de 4 de agosto de 2007), que prolongaba las sesiones hasta la fecha indicada. Aquel 14 de diciembre, concluyeron las labores y el trabajo de la Asamblea Constituyente.

En el desarrollo del proceso constituyente, se registraron varios conflictos. Entre ellos los ocurridos por el reglamento de debates y los dos tercios en la votación; por la “capitalía plena”, demandada por Sucre; y por la retirada de los asambleístas del teatro Gran Mariscal —donde se desarrollaba la Asamblea— para instalarse en el Colegio Junín y, finalmente, en el cuartel militar de La Glorieta.

El 24 de noviembre de 2007, fueron aprobados todos los informes de las 21 comisiones y el primer documento consolidado de artículos, que lo denominamos *proyecto de texto constitucional aprobado en grande por la Asamblea Constituyente en Chuquisaca en noviembre de 2007* (REPAC, 2007a), con 136 votos a favor de un total de 138 constituyentes presentes.

al debate de la idea de nación boliviana, puede revisarse el estudio “Estado y blanquitud” (De la Rocha, 2018).

Ese proyecto contiene una serie de dimensiones interesantes para la interpretación de la Constitución vigente. Por ejemplo, presenta un Órgano Legislativo unicameral y no consigna al Órgano Electoral como parte de los órganos de poder público; tampoco contempla deslindes jurisdiccionales. Asimismo, establece la interpretación intercultural de los derechos, en una apuesta muy clara por un pluralismo jurídico que transforme la comprensión del Derecho monista estatal a un Derecho plurinacional.

El 28 de noviembre de 2007, el Congreso Nacional aprobó la Ley N.º 3792 que facultaba a la presidencia de la Asamblea Constituyente a convocar a sesiones en cualquier lugar del territorio nacional. Los conflictos en Sucre hacían imposible la continuidad de la Asamblea Constituyente en esa sede.

El 8 de diciembre de 2007, se convocó a sesión de la Asamblea Constituyente en el auditorio de la Universidad Técnica de Oruro.⁵⁶ El domingo 9, fue aprobado el denominado *proyecto de texto constitucional aprobado en grande, detalle y revisión por la Asamblea Constituyente en Oruro, en diciembre de 2007* (REPAC, 2007b).

Después de una serie de conflictos en los primeros meses de 2008 –un referéndum revocatorio de mandato de presidente y de prefectos, y la toma de instituciones públicas a cargo de gru-

56 Es interesante la referencia histórica que conlleva esa decisión. Si se hace una revisión del decreto de 9 febrero de 1825, el Mariscal Antonio José de Sucre habría convocado a la reunión o asamblea general del Alto Perú en la ciudad de Oruro. Los numerales 17, 18 y 19 del decreto referido señalan: “17. Los diputados estarán reunidos en Oruro el 15 de abril, para que sean examinadas sus credenciales; y si se hallaren presentes las dos terceras partes, es decir treinta y seis diputados, se celebrará la instalación de la Asamblea General del Alto Perú el 19 de abril”; “18. El objeto de la Asamblea General será sancionar un régimen de gobierno provisorio, y decidir sobre la suerte y los destinos de estas provincias, como sea más conveniente a sus intereses, y felicidad; y mientras una resolución final, legítima y uniforme, quedará regidas conforme al artículo 1”; y “19. Toda intervención de la fuerza armada en las decisiones y resolución de esta Asamblea, hará nulos los actos en que se mezcle el poder militar; con este fin se procurará que los cuerpos del ejército estén distantes de Oruro”.

pos de presión—,⁵⁷ el Gobierno hizo posible una reunión durante septiembre y parte de octubre, en la ciudad de Cochabamba, para dialogar con los prefectos de los nueve departamentos sobre el proyecto de Constitución. En ese espacio, se generó el “Informe del Diálogo Nacional: Mesa Autonomía y nueva Constitución Política del Estado”, aprobado en esa ciudad, aquel mes. Como resultado de ese acuerdo, se revisaron en el Congreso de la República los contenidos del ya citado proyecto de texto constitucional aprobado en grande, detalle y revisión por la Asamblea Constituyente en Oruro. Se incluyó lo acordado en Cochabamba y se modificaron más de cien artículos.

El proyecto de texto constitucional, aprobado en grande, en detalle y en revisión en Oruro, presentaba un pluralismo jurídico más complejo, pues no señalaba la necesidad de un deslinde jurisdiccional. Asimismo, potenciaba un Estado plurinacional que reunía en la definición de ciudadanía la noción de nacionalidad. Se evitó, de esa manera, hablar de nación boliviana y, a la vez, se intentó descentrar la noción de república. Esos elementos, entre otros, serían modificados en los ajustes hechos por el Congreso de la República en octubre de 2008.

El 20 de octubre de 2008, se promulgó la Ley N.º 3942, que presenta el *proyecto de texto constitucional aprobado por el Congreso de la República en La Paz en octubre de 2008*, el cual sería llevado a referéndum. Asimismo, en busca de mantener la posibilidad de que todo el texto constitucional sea finalmente aprobado por el pueblo boliviano,⁵⁸ se enviaron también a referéndum dos propuestas del artículo 398 sobre la extensión máxima del latifundio.

57 Una crónica detallada de lo ocurrido puede ser revisada en: *La mañana después de la guerra* (Miranda, 2012).

58 El pueblo es considerado, en doctrina, como el constituyente primario. Así, la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-544/1992, señaló que “el poder constituyente es el pueblo, el cual posee per se un poder soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus actos son fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad”.

El 25 de enero de 2009, se aprobó la nueva Constitución Política del Estado por un 61,43% de los votos, y el 7 de febrero.

Entre esa relación simple de datos y la densidad de los acontecimientos que se sucedieron hay una gran distancia, pues los datos no traen consigo los acontecimientos.

El proceso constituyente boliviano es mucho más que una suma de fechas. Salvador Schavelzon (2012) hizo una revisión detallada de cómo se desarrolló. Pero lo que a nosotros nos interesa es la manera en la que ese proceso construyó una serie de documentos (textos) que sirven como materiales constitucionales para la interpretación; es decir, cómo el proceso constituyente nos lleva a pensar en una Constitución como si se tratara de un modelo para armar.

Conforme al párrafo II del artículo 196 de la Constitución, los registros —las huellas del proceso constituyente— pueden ser convocados para socavar y conjurar la estabilidad aparente del texto constitucional vigente. Esto significa que se puede afirmar que la Constitución Política del Estado boliviano no es un texto cerrado ni finalizado, sino abierto,⁵⁹ de “textura abierta” (Barak, 2017: 73), dispuesto a una expansión, conforme se trate cada uno de sus 411 artículos, sus diez disposiciones transitorias, su disposición abrogatoria y su disposición final.

El proceso constituyente, entendido como exterior constitutivo de la Constitución, es el soporte de una serie de acontecimientos,⁶⁰ de una polifonía coral de voces que se despliegan des-

59 Una Constitución abierta es aquella que no es completa ni autosuficiente. Según Antonio-Carlos Pereira Menaut, “en la práctica ninguna Constitución, a pocas sentencias y leyes que la desarrollen, es realmente cerrada, completamente autosuficiente” (2011: 55). En consecuencia, una Constitución abierta supone que esta se va conformando de materiales constitucionales, que tienden a ampliarla cada vez más.

60 Como señala John Caputo en una conversación con Gianni Vattino: “El movimiento crucial está en tratar al acontecimiento como algo que se juega *en* las palabras y las cosas, como una potencia que vibra en su seno y las impacienta con el acontecimiento. [Gilles] Deleuze dice que desear el acontecimiento significa más concretamente desear ‘no exactamente lo que ocurre, sino algo *en* lo que ocurre, algo todavía por venir que puede ser consistente

de el pasado al presente; es decir, es una serie de acontecimientos que posibilitan la vibración de los artículos de la Constitución.

La Constitución, en ese sentido metafórico, tiene sus *branas*,⁶¹ sus otras posibilidades pegadas, siempre al ras de cada artículo de la Constitución.

Lo que sigue es la interpretación.

con lo que ocurre'. 'El acontecimiento no es lo que ocurre (un accidente), está más bien *en* lo que ocurre, en lo puramente expresado. Nos manda señales y nos espera'. Esto sería ir en una dirección más bien derrideana, por cuanto desear el acontecimiento significa 'afirmar' el acontecimiento, decir 'oui, oui' (¡Amén!) no a lo que está presente, sino a *lo que está por venir*, a lo que vibra en las cosas y en las palabras, a lo que ellas nos *prometen*" (Vattimo y Caputo, 2010: 81).

- 61 La *brana* es el nombre que la física cuántica, específicamente la *teoría de cuerdas*, ha utilizado para denominar el espacio en el cual pueden encontrarse otras dimensiones extra, dimensiones que están al ras de un objeto de tres dimensiones. Al respecto, Lisa Randall señala: "Los físicos han vuelto ahora a la idea de que el mundo tridimensional que nos rodea podría ser una rebanada tridimensional de un mundo de dimensión superior. Una *brana* es una región determinada del espacio-tiempo que se extiende sólo en una rebanada (posiblemente multidimensional) del espacio. La palabra *membrana* motivó la elección de la palabra *brana* porque las *membranas*, como las *branas*, son láminas que o bien rodean o bien pasan a través de una sustancia. Algunas *branas* son rebanadas que están dentro del espacio, mientras que otras son rebanadas que acotan el espacio, como las rebanadas de pan de un bocadillo. [...] [L]as *branas* son algo más que una simple localización en el espacio: son objetos por derecho propio. Las *branas* son como *membranas* y, al igual que las *membranas*, son objetos reales. Las *branas* pueden estar flojas, y en este caso pueden contonearse y moverse, o pueden estar tensas, y entonces lo probable es que se mantengan quietas. Y pueden portar cargas e interactuar mediante fuerzas. Además, influyen en comportamiento de las cuerdas y de otros objetos. Todas estas propiedades nos dicen que las *branas* son esenciales para la teoría de cuerdas" (2011: 88, 430-431).

4

Interpretación

4

Interpretación

La interpretación constitucional es una de las funciones más importantes de las llamadas salas constitucionales, cortes constitucionales o tribunales constitucionales; en nuestro caso, del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Como lo señaló el juez Charles Evans Hughes, “una Constitución es lo que los jueces dicen que es” (citado en Cárdenas, 2011: 77).

Debe entenderse por interpretación constitucional:

[...] aquella mediante la cual se determina el sentido y alcance de las expresiones del derecho contenido en la Constitución en su aspecto formal [...] [T]iene en principio un doble objeto posible: o bien procura fijar el sentido de una norma constitucional; o bien interesa para fijar el sentido de una norma o de un comportamiento en relación a la Constitución (Carmona Tinoco y Monroy Cabra, citados en Cárdenas, 2011: 89).

Para el constitucionalista israelí Aharon Barak:

[...] la interpretación constitucional constituye una parte de la teoría general de la interpretación jurídica. Como cualquier texto jurídico, la constitución debe ser interpretada de acuerdo a su finalidad. Tal finalidad es un término normativo. Ella es una construcción judicial; ella es una “institución jurídica”. Ella es la *ratio juris*. Ella corresponde a la finalidad para cuyo logro se ha diseñado el texto. Ella es la función del texto. Tal finalidad contiene tanto la finalidad subjetiva, respecto a las intenciones de los creadores del texto constitucional, como la finalidad objetiva que corresponde a la comprensión basada en su función. Por su parte,

esta interpretación debe tomar en cuenta la función que jugaba el texto al momento de ser creado, como su función al momento de la interpretación. La interpretación teleológica toma en cuenta la naturaleza especial del texto constitucional. Esta naturaleza se deriva del estatus jurídico de la constitución como ley suprema del país, así como su rol único en la configuración de la imagen de la nación a través de generaciones (2017: 70).

La interpretación de la Constitución es parte de la disciplina conocida como hermenéutica jurídica, cuyo objeto es el estudio y la sistematización de los principios y de los métodos de interpretación jurídica que, como dice Barak (2017), busca dar con el sentido, con la finalidad de la Constitución.

Esa tarea de interpretar la Constitución debe reparar en la posibilidad creadora de Derecho que poseen las cortes y los tribunales constitucionales. Para comprender tal labor creadora de Derecho, es necesario anotar un recurso metodológico: la diferencia entre disposición y norma. La primera entendida como el texto jurídico (en este caso, el texto constitucional) y la segunda entendida como el enunciado efectivo para su concretización; en otras palabras, aquel mandato que causa estado, que se aplica.

La explicación de Tullio Ascarelli puede aportar más elementos para esa diferencia:

La norma no está encerrada en el texto de tal forma que se pueda descubrir y la interpretación no es el reflejo de lo que está encerrado en el texto. El texto es, si queremos decirlo así, una semilla para una formulación –constantemente renovada y transitoria– de la norma, efectuada por el intérprete para cada aplicación (citado en Chiassoni, 2011: 10).

Entonces, los jueces trabajan en su labor interpretativa con textos, y con ellos dan vida a la norma.

El profesor español Luis Prieto Sanchís afirma:

El objeto de la interpretación, aquello que se interpreta, es siempre un texto, un enunciado o conjunto de enunciados lingüísti-

cos. Propiamente, la norma no es el presupuesto de la interpretación, sino su resultado, es decir, la norma es el significado que se obtiene del texto mediante la interpretación (2007: 226).

Esto nos permite, a partir de la diferencia entre disposición y norma, ingresar en la distinción que proponen los constitucionalistas italianos respecto a un fallo de la Corte Constitucional de su país en 1956:

La Corte juzgó que objetos de sus juicios no fuesen sin más los textos de las leyes y actos con fuerza de ley, sino las normas expresadas por dichos textos. Con esto, se introdujo una separación estructural entre textos y normas, que fue estimada provechosa bajo doble perfil práctico: por un lado, permitiendo declarar la ilegitimidad de una norma de ley, sin declarar necesariamente y al mismo tiempo, la ilegitimidad del texto de ley correspondiente en respeto al principio de conservación; por otro, favoreciendo la praxis de la llamada interpretación adecuada, esto es, la que adecua el sentido de un texto normativo infra constitucional a las normas constitucionales, de manera tal que se hacen desaparecer los conflictos entre Constitución y leyes ordinarias, por lo menos según una tendencia interpretativa de principio (Chiassoni, 2011: 8-9).

Entonces, el tribunal, por medio de su función interpretativa, podrá declarar inconstitucional una interpretación sin declarar la norma como inconstitucional, sino haciendo una *interpretación adecuada* con base en los materiales que le otorga la Constitución.

Esa diferencia es central al momento de revisar los métodos y los principios tradicionales de interpretación constitucional.

4.1. MÉTODOS Y PRINCIPIOS TRADICIONALES DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Entre los métodos y los principios de interpretación constitucional tradicionales más comunes y de más fácil acceso en la lite-

ratura jurídica, tomando en cuenta que la interpretación busca dar con la finalidad del texto, tenemos la *interpretación sistemática* de la Constitución que, según Vladimiro Naranjo Mesa (2010), es uno de los métodos de interpretación más útiles y a la vez más utilizados. Dicho método indica que la Constitución debe interpretarse “siempre como un cuerpo o un conjunto orgánico y sistémico, de carácter fundacional, fundamental y supremo” (Linares Quintana, 1987: 405).

En ese sentido, la interpretación puede ser tanto de la misma Constitución como de un texto jurídico infraconstitucional vinculado con la Constitución. En el primer caso, se debe interpretar la Constitución como un todo; esto es, se debe comprender un artículo (o un conjunto de ellos) con relación a la sección a la que pertenece y, luego, con relación al capítulo al que pertenece, para continuar con la relación que tiene con el título y, finalmente, con la parte de la Constitución en la que está situado. En el segundo caso, se debe interpretar cualquier texto jurídico infraconstitucional conforme con la Constitución.

Para Naranjo Mesa:

La sistematicidad debe ser entendida a partir del momento en que [en] un país se da una Constitución, forzando al resto del ordenamiento jurídico a ser interpretado conforme a los preceptos de ella. En un sistema de Constitución rígida, tal sistematicidad es jerárquica, pues las relaciones entre sus componentes no revisitan el carácter de igualitarias (2010: 433).

Otro método tradicional es la *interpretación adecuadora*, la cual propone adecuar los preceptos constitucionales a las condiciones materiales (sociales, económicas y políticas) que hay en el momento en que se hace la interpretación. Esto no quiere decir que, so pretexto de cierta flexibilidad, se proponga la destrucción de la Constitución.

Siguiendo a Segundo Linares Quintana:

[...] flexibilidad no es sinónimo de factibilidad de cambio, sino que en realidad significa lo opuesto. Un objeto flexible es uno

que puede ser doblado sin que se rompa, que puede ser ajustado a las nuevas condiciones sin experimentar un cambio sustancial (1987: 433).

La interpretación adecuadora es un presupuesto de cláusulas abiertas, como la de derechos humanos, pues la Constitución no enumera todos los derechos de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, sino que los deja abiertos a un devenir de derechos. De la misma manera lo establece el parágrafo II del artículo 13 de la Constitución boliviana: “Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados”.

Para el método de interpretación adecuadora, el texto jurídico es amigable y, desde él, se pueden desentrañar posibilidades para el caso concreto. En un sentido similar, Gustavo Zagrebelsky (2009) utilizó el término italiano *mite* para referirse al Derecho como posibilidad abierta a la interpretación; como se dijo en el capítulo 2 (pág. 43), *mite* es traducido al castellano como dúctil. Esta posibilidad de ductilidad, de docilidad, de ser acomodadizo, es la que trastorna el carácter de solidez del Derecho. Los jueces, al momento de interpretar el texto constitucional, deben pensar en el Derecho como posibilidad, como algo amigable, tranquilo, apacible, abierto a la justicia a partir de la creación de una política constitucional y de una decisión justa, ajustada al caso concreto.

Por último, otro método tradicional de interpretación es el *teleológico* o *finalista*, de inspiración ilustrada, que busca desentrañar la intención o el espíritu del texto jurídico. En este caso, la interpretación debe ser orientada en función de lo que busca la Constitución, su finalidad, su objetivo, o en razón de lo que buscaron los constituyentes, aunque con ello ya se ingresa a la voluntad constituyente que analizamos más adelante.

Según Linares Quintana:

[...] el objeto general de la Constitución debe ser constantemente tenido en cuenta; la redacción de cada disposición aislada debe

interpretarse con referencia a aquel propósito y en tanto sirva al mismo. Ningún Tribunal está autorizado a interpretar una cláusula de la Constitución frustrando sus fines obvios (1987: 275).

Para Aharon Barak (2017), la interpretación teleológica es la mejor teoría de la interpretación constitucional, dado que pone en juego la voluntad constituyente con el texto abierto a la interpretación.

Respecto a los *principios de interpretación constitucional*, los más tradicionales son:

- *Pro homine*: principio que se irradia a toda norma jurídica y consiste en aplicar el mayor beneficio al ser humano. Siguiendo a Sagüés, es “una directriz de preferencia interpretativa, esto es, el intérprete de los derechos humanos ha de buscar la interpretación que más optimice un derecho constitucional” (citado en Cárdenas, 2011: 141).
- *Favor debilis*: principio que considera que los derechos fundamentales son la ley del más débil (Ferrajoli, 2006); por tanto, la normativa que defiende al que no se encuentra en posibilidades de igualdad. Siguiendo a Germán Bidart Campos, “es menester considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones o, dicho negativamente, no se encuentra realmente en pie de igualdad” (*ibid.*).
- *De posición preferente*: principio que establece que los derechos fundamentales gozan de una posición preferente en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, cuando están en disputa una norma y un derecho, este último tiene una posición preferente.⁶² Como sostiene Herbert Krueger, “si antes los derechos fundamentales

62 Con una idea similar, Ronald Dworkin (1993) afirma que un derecho fundamental es un triunfo; es decir, cada vez que esté en juego un derecho fundamental, ese es el que triunfa.

valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes valen solo en el ámbito de los derechos fundamentales” (citado en Cárdenas, 2011: 142).

- *De mayor protección de los derechos humanos*: principio que señala que se deben privilegiar las interpretaciones que habiliten y extiendan la normatividad de derechos; es decir, que generen mayores posibilidades de defensa de los derechos. Este principio debe entenderse según con lo dispuesto en los literales b y d del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] 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 partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; [...] d. excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

- *De fuerza expansiva de los derechos fundamentales*: principio que postula que los derechos fundamentales se aplican a todas las materias del Derecho –como efecto de la constitucionalización del ordenamiento jurídico–, sobre todo a las relaciones entre particulares, “actuando como verdaderos límites a la autonomía privada, extendiendo por tanto su eficacia a las relaciones entre privados” (Monroy Cabra, citado en Cárdenas, 2011: 146). Este principio pone los derechos fundamentales como ejes ordenadores de las relaciones civiles, económicas, laborales, mercantiles, etcétera. La fuerza expansiva de los derechos en todas las esferas, sobre todo en la civil (comercial, económica, mercantil) y ante terceros, es denominada por la doctrina alemana como *Drittwirkung*. Al respecto, Tomás de Domingo señala:

Esta posición central de los derechos fundamentales les dota de una vertiente objetiva o institucional, de manera que no solo son un instrumento de protección del individuo frente al Estado, sino también un “sistema de valores” objetivo que en cuanto tal aspira a regir en todos los ámbitos de la comunidad política. Por consiguiente, esta dimensión institucional de los derechos fundamentales refuerza su influencia en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, lo que se conoce como el “efecto de irradiación” de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva surge la discusión sobre la *Drittwirkung*, pues no parecía lógico que unos derechos que se fundan en la dignidad humana, y que se sitúan en la base de toda comunidad humana, limitaran su eficacia a las relaciones individuo-Estado; deberían alcanzar también, por el contrario, plena vigencia entre particulares (2010: 134-135).

- *Pro natura*: principio bastante nuevo en comparación con los anteriores, vinculado con la protección de los derechos ambientales y con todo lo que favorezca a otros seres vivos (conforme lo establece el artículo 33 y el numeral 16 del artículo 108 de la Constitución boliviana). Señala que, “en caso de duda sobre las disposiciones legales en materia de medio ambiente, éstas se aplicarán en el sentido que más favorezca a la protección de la naturaleza y de los seres vivos” (Murcia, citado en Acosta y Martínez, 2011: 310).
- *In dubio pro reo* y *pro operario*: principios que plantean, en caso de duda sobre la aplicación de una norma, que esta debe ser aplicada, respectivamente, a favor del imputado y a favor del trabajador. El principio *in dubio pro operario* está explícito en el parágrafo II del artículo 48 de la Constitución y el principio *in dubio pro reo* está explícito en el artículo 116 de la misma. Ambos son una modalidad del principio *favor debilis*.
- *De la supremacía de la Constitución y fuerza normativa*: principio que establece el cambio del Estado de Dere-

cho al Estado constitucional de Derecho. En ese sentido, prevalecen tanto la Constitución como sus normas por encima de cualquier otra disposición infraconstitucional.

- *De interpretación restrictiva, extensiva y analógica:* principio que se ordena en tres modos. La interpretación es restrictiva cuando se limitan o se reducen los privilegios que establece la Constitución; por ejemplo, fueros, inmunidades, etcétera. La interpretación es extensiva cuando se aplica el sentido más amplio de la norma; en particular, cuando se trata de beneficios a la persona (sea individual o colectiva). Y, finalmente, la interpretación es analógica cuando se busca cubrir una determinada área que no está prevista por la norma, pero que es necesaria.

Si bien el artículo 196 de la Constitución boliviana, en su parágrafo II, establece los criterios de interpretación constitucional (voluntad constituyente y tenor literal del texto), debe repararse en que no prohíbe el uso de otros criterios de interpretación constitucional, como los mencionados. En suma, un magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional puede recurrir a los criterios de interpretación que considere necesarios, previa fundamentación de su uso.

4.2. NUEVOS MÉTODOS Y PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL TEXTO VIGENTE

A continuación, revisamos los criterios anotados en el artículo 196 de la Constitución boliviana y, posteriormente, otros criterios adicionales que se desprenden del mismo texto constitucional y de la estrategia deconstructiva y de pluralismo jurídico a la que ya nos referimos.

4.2.1. LA VOLUNTAD CONSTITUYENTE

La búsqueda de la voluntad constituyente es parte del método de interpretación teleológico o finalista que, como se explicó,

debe orientarse en función de lo que busca la Constitución: “Como cualquier texto jurídico, la constitución debe ser interpretada de acuerdo a su finalidad” (Barak, 2017: 70).

Esa búsqueda de la finalidad se ocupa, en primer término, “del examen de los actos en los que se exterioriza[n] las discusiones suscitadas en el momento de la elaboración de la norma, y por consiguiente de los trabajos preparatorios” (Linares Quintana, 1987: 258).

El complejo proceso constituyente boliviano que se desarrolló entre 2006 y 2009 permite afirmar que la actual Constitución Política del Estado fue construida por etapas, por capas, entre las cuales se pueden identificar las siguientes:

- Las propuestas de la sociedad civil, como la propuesta de las organizaciones del Pacto de Unidad, gravitante en la elaboración de los informes y en el trabajo consolidado para los borradores del texto constitucional, entre otros.
- Los informes de las comisiones de la Asamblea Constituyente, que alimentaron el debate para el texto consolidado de los primeros borradores del texto constitucional.
- El texto constitucional aprobado en grande en Sucre, en noviembre de 2007.
- El texto constitucional aprobado en grande y en detalle y revisión en Oruro, en diciembre de 2007.
- El texto constitucional acordado en el Congreso de la República, en octubre de 2008.
- El texto constitucional aprobado en el referéndum constitucional realizado el 25 enero de 2009.

Esas etapas son las que permiten rescatar la voluntad constituyente como uno de los criterios preferentes de interpretación constitucional. Es preciso enfatizar que tales criterios son solo eso: criterios. Tanto los informes de las comisiones como los textos constitucionales aprobados en Sucre y en Oruro son documentos en los que están estampadas las firmas de los

constituyentes; en consecuencia, pueden ser tomados como *documentos, actas y resoluciones del constituyente*, conforme lo establece el parágrafo II del artículo 196 de la Constitución.

Por lo anterior, es posible interpretar la Constitución con todos esos documentos, los cuales retratan la voluntad del constituyente. De esa manera, se despliega un abanico mucho más amplio y rico en posibilidades de interpretación, que tiene como condición el carácter preferente señalado en el mencionado artículo 196.

4.2.2. EL TENOR LITERAL DEL TEXTO

De acuerdo con Mathias Klatt:

El tenor literal de una norma juega un papel determinante en la metodología jurídica en la medida que realiza tres importantes funciones. En primer lugar, es el punto de partida de la interpretación de las leyes. En segundo lugar, posee enorme repercusión en el cumplimiento del principio de sujeción a la ley por parte de los órganos judiciales. Finalmente, fija el límite entre la interpretación y la creación judicial del derecho (2017: 23).

El tenor literal del texto se emplea para la aplicación del método gramatical, uno de los más antiguos métodos de interpretación, usado por excelencia por los glosadores.

Una ilusión del paleopositivismo jurídico⁶³ fue tratar de encontrar un significado exacto en cada término jurídico y, solo en caso de oscuridad, recurrir a los principios generales del Derecho. Esto llevó a considerar el tenor literal del texto como la referencia clásica del método gramatical antes referido.

La Constitución boliviana vigente, en el parágrafo II del artículo 196, señala como criterio preferente de interpretación, después de la voluntad constituyente, al tenor literal del texto.

63 Por paleopositivismo jurídico entendemos al antiguo positivismo jurídico que se refería a las formas del Derecho y no así a los contenidos de la norma. Para una mayor referencia, véase: *Derechos y garantías: la ley del más débil* (Ferrajoli, 2006).

El mandato del tenor literal podría resumirse en el principio de que *no hay nada fuera del texto*. Dicho criterio, como fuente de interpretación, supone un trabajo de concordancia interna del texto constitucional al momento de tratar de encontrar las posibilidades de significado de los términos que se utilizan en los catálogos de derechos y en el texto Constitucional en sí.

Sin embargo, al tratar categorías como *pueblo boliviano, vivir bien, soberanía* y otras, el intérprete se encuentra frente a lo que se denomina *significante flotante*; es decir, un concepto que no termina de llegar a un significado (final), que flota, que no posee el peso determinante del cierre.⁶⁴ Ese fenómeno nos coloca delante de una riqueza de posibilidades que transforma el término en una categoría constitucional compleja, con un abanico de posibilidades de interpretación.

Asimismo, al momento de tratar otras categorías, entre ellas *descolonización, comunidades interculturales, libre determinación y territorialidad*, el intérprete está frente a *indecibles e indecidibles* que precisan el auxilio de la interpretación. Esto significa que, cuando no encuentra en el texto un significado preciso, necesita convocar algo que está en el texto, pero que no se explica, no se define en él.

Es el mismo tenor literal del texto el que otorga alternativas: interpretación heurística, interpretación vía bloque de constitucionalidad, interpretación a partir de instrumentos internacionales de derechos humanos e interpretación intercultural, entre otras.

Entonces, respecto a la interpretación literal del texto, es posible que nos encontremos con *significantes flotantes* y con

64 Ernesto Laclau explica lo siguiente respecto a los significantes flotantes: “En primer término, para que el flotamiento sea posible, la relación entre significante y significado tiene ya que ser indefinida –si el significante estuviera estrictamente adherido a un solo significado, ningún flotamiento podría tener lugar–. Es decir que el flotamiento requiere una vacuidad tendencial. Pero, en segundo lugar, el módulo del flotamiento requiere: 1) que el término flotante se articule diferencialmente a cadenas discursivas opuestas (de otro modo, no habría flotamiento en absoluto); 2) que dentro de estas cadenas discursivas, el término flotante funcione no solo como componente diferencial sino también equivalencial respecto de los otros componentes de la cadena” (2002: 26).

indecibles constitucionales que abran un abanico mucho más amplio de interpretación, no de cierre.

Finalmente, conviene cambiar la noción jurídica y tradicional de tenor a la voz que sustenta y desarrolla un registro posible de voz, de posibilidades que provienen de la resignificación de cada término en el texto mismo de la Constitución. Ese registro debe ser convocado para la búsqueda de una armonía de la Constitución aplicada a un caso concreto. En tal sentido, el tenor literal del texto no es otro que la voz que armoniza la Constitución con los materiales constitucionales necesarios para “decir la Constitución” o para decir algo desde la Constitución.

Como señalamos, quien diga lo que es o lo que dice la Constitución, la voz que otorgue significado a los artículos de la Constitución, lo podrá hacer solo a condición de su aplicación en un caso concreto. De lo contrario, el tenor literal generará una disonancia con la posibilidad de una armonía. Pero el ruido es siempre una posibilidad abierta.

La deconstrucción derrideana hace hincapié en el carácter contradictorio de todo texto y en la violencia latente en la ley. El devenir del Derecho, es decir, su invención como condición del acontecimiento, no necesariamente podrá generar una armonía. Como indica Luis Gámez, en su ensayo *El arte del ruido*:

[...] si aceptamos la capacidad profética que Jacques Attali otorga a la música (su capacidad para anticipar los cambios sociales mucho antes de que se hagan evidentes) se puede afirmar que nuestras sociedades, desde finales del siglo XX, han evolucionado en una dirección y a una velocidad tal que han asimilado expresiones originalmente radicales (...). El ruido no es música impensable, pero resulta terrorífico siquiera pensar en la clase de mundo que anuncia con su estruendo ensordecedor. Trompetas de Jericó. En el advenimiento de este mundo por venir, el *noise* alcanzará su frecuencia de resonancia y multiplicará las vibraciones hasta provocar el colapso en el que acabará todo y desde el que todo tendrá que empezar de nuevo (2012: 54-55).

En un tono similar, en *El ruido eterno: escuchar al siglo XX a través de su música*, Alex Ross señala que, con el tiempo:

[...] los extremos se convierten en contrarios. Los acordes escandalosos de [Arnold] Schoenberg, tótems del artista vienés sublevado contra la sociedad burguesa, se filtran en películas de policías de Hollywood y en el jazz de la posguerra. El supercompacto material dodecafónico de las Variaciones para piano de [Anton] Webern muta en una generación o dos en *Second Dream of the High-Tension Line Stepdown Transformer* de La Monte Young. La notación indeterminada de Morton Feldman conduce por un camino tortuoso a “A Day in the Life” (“Un día en la vida”) de los Beatles (2011: 667).

La armonía es un ideal, incluso uno moderno y estable. El ruido es híbrido y real.

4.2.3. INTERPRETACIÓN VÍA BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Esta modalidad de interpretación es considerada también como parte de la interpretación literal del texto. De hecho, conforme a lo establecido en el artículo 410 de la Constitución, son parte de la Constitución, de sus contenidos, los tratados y los convenios internacionales en materia de derechos humanos, y las normas del Derecho comunitario, ratificados por Bolivia; es decir, continúa una interpretación extensa y abierta del texto constitucional.

El artículo 256 de la Constitución incluye en la noción de bloque de constitucionalidad los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado. Entonces, se descentra el requisito de “ratificación necesaria” del tratado y se amplía el criterio polisémico de *instrumentos internacionales* en materia de derechos humanos, con lo que se despliega una pluralidad de instrumentos.

También se establece una condición: que los tratados o los instrumentos internacionales de derechos humanos declaren

derechos “más favorables” a los contenidos en la Constitución, generando la posibilidad de ponderar derechos más favorables, derechos que convengan más a un caso concreto.

De la misma manera, el párrafo IV del artículo 13 de la Constitución incluye en la interpretación vía bloque de constitucionalidad los deberes consagrados en la Constitución. Con ello, lo establecido en el artículo 108 (la lista de deberes de todas las bolivianas y bolivianos) debe ser leído en contraste y en tensión con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

4.2.4. *INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA ABIERTA*

El párrafo II del artículo 13 de la Constitución dice: “los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados”. En consecuencia, la Constitución establece un reconocimiento de otros derechos, sin condicionar la naturaleza o la fuente de ellos.

Inicialmente, se puede asociar esa fuente de derechos a la voluntad del constituyente conforme con sus documentos, actas y archivos, así como con la interpretación intercultural de los derechos. La cláusula abierta de los derechos permite pensar en derechos en devenir, es decir, en derechos que vendrán. Por ejemplo, es posible incluir en dicha cláusula abierta los derechos de la ciudad, los derechos de la naturaleza y los derechos de los animales, entre otros.

La riqueza de acepciones acerca del concepto ‘derechos no enunciados’ es muy amplia y, en consecuencia, el término está abierto a la interpretación

4.2.5. *INTERPRETACIÓN INTERCULTURAL*

A partir de 2009, se constitucionaliza la pluralidad y, en consonancia, el pluralismo jurídico,⁶⁵ que supone necesariamente

65 Una de las condiciones del pluralismo jurídico, pero también de los otros pluralismos (político, lingüístico, cultural, institucional, etcétera), es la preexistencia

un diálogo intercultural entre derechos y, a la vez, un descentramiento con relación a la fuente de derechos.

Si se interpreta la Constitución considerando con preferencia la voluntad constituyente (conforme a lo establecido en el párrafo II del artículo 196), debe repararse en lo dispuesto en el párrafo II del artículo 199 del proyecto de texto constitucional aprobado en grande en Sucre:⁶⁶ “II. La jurisdicción indígena originaria campesina respetará los derechos fundamentales establecidos en la presente Constitución, interpretados interculturalmente”.

Asimismo, el informe de la subcomisión de Justicia Comunitaria de la Comisión 6 (Judicial) señala: “La jurisdicción indígena originaria campesina respetará los valores y derechos fundamentales establecidos en la presente Constitución, interpretados interculturalmente”.

Por lo dicho, la voluntad constituyente permite rescatar la interpretación intercultural, establecida tanto en el artículo 1 como en el artículo 178 de la Constitución vigente, que es parte del pluralismo jurídico,

Para el pluralismo jurídico no hay una sola fuente del Derecho y de los derechos; no hay una sola fuente del lenguaje de los derechos y de las posibilidades de su realización. Al contrario, existe una pluralidad previa que funda los pluralismos como estrategias de diálogo intercultural.

El pluralismo connota la existencia previa de comunidades de derechos que provienen de diferentes matrices culturales. Es decir, el pluralismo supone que hay más de una fuente de derechos, pues hay más de una comunidad de derechos. La

de otros derechos, de otras comunidades de derechos. Entonces, la Constitución solo vuelve a restablecer esa condición que su primer artículo ha denominado como pluralidad. En este texto, no hemos querido recurrir a la noción de ‘reconocimiento del pluralismo’, pues podría generar tensión entre el que reconoce y el(los) reconocido(s).

66 Para el estudio de la voluntad constituyente, hacemos uso de los documentos compilados por la Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia en: *Enciclopedia histórica documental del proceso constituyente boliviano*, tomos 2, 3 y 5 (2012).

interpretación moderna de derechos corresponde en realidad solo a una de las comunidades de derechos.

El pluralismo, en todo caso, debería connotar la posibilidad de una comunidad de comunidades de derechos, que debe caracterizarse por su carácter producido e inventado,⁶⁷ de necesidad histórica y política; esto es, de concreción política construida por necesidades y determinaciones históricas, lo cual también se relaciona con una nueva condición de estatalidad que está en juego en la Constitución.

La comunidad de comunidades no es una síntesis, tampoco supone la construcción de una comunidad que elimina las comunidades que la constituyen. Es, si se desea, una caracterización, *una comunidad sin comunidad*⁶⁸ que descentra la posibilidad de ser *una* comunidad realizada de manera definitiva.

Es necesario reparar en la condición plural y política de dicha comunidad de comunidades de derechos, puesto que si fuera una comunidad social –o natural– se corre el riesgo de

67 El carácter producido e inventado trata de apartarse de la dicotomía entre lo artificial y lo natural. Inicialmente, en los primeros borradores de este texto y en otras publicaciones en las que sostuvimos esta idea (Rojas, 2011; Rojas y Rodríguez Veltzé, 2013), nos referíamos a un carácter artificial de esa comunidad de comunidades de derechos, pero el término ‘artificial’ convoca internamente la noción de ‘naturaleza’. No se trata de oponer esa comunidad de comunidades a la naturaleza, sino de desplazar la noción de ‘naturaleza’ a la noción de ‘producción colectiva’ de dicha comunidad de comunidades, generando el diálogo entre comunidades, un diálogo que debe partir de la igualdad y que, a la vez, debe conservar su carácter abierto.

68 La idea de una comunidad sin comunidad fue tratada por Jean-Luc Nancy en su texto *La comunidad desobrada*: “La Comunidad es lo que tiene lugar siempre a través del otro y para el otro. No es el espacio de los mí-mismo sino de los yo, que son siempre otros [...]. No es una comunión que fusione los mí-mismo en un Mí-mismo o en un Nosotros superior. Es la Comunidad de los otros. La verdadera comunidad de los seres mortales [...]. La Comunidad ocupa por tanto un lugar singular, asume la imposibilidad de su propia inmanencia, la imposibilidad de ser comunitario en tanto que sujeto. La Comunidad asume e inscribe –es su gesto y trazado propios–, de alguna manera, la imposibilidad de la comunidad” (1999: 35).

eliminar la diversidad de las comunidades de derechos y repetir el predominio de una comunidad sobre las otras. Por ello, la comunidad de comunidades presupone la existencia previa de las otras comunidades; es el carácter singular e inacabado de la pluralidad. Entonces, las comunidades existen previamente (está la idea de pluralidad y de pluralismo igualitario, es decir, muchos espacios de justicia), y para definir algún campo de aplicación del Derecho se unen en una comunidad de comunidades (pluralismo unitario, es decir, un solo espacio de justicia, pero constituido pluralmente).

El pluralismo jurídico,⁶⁹ en este entendido, supone descentrar el sistema jurídico dominante bajo el cual se organizaron el Estado moderno y el constitucionalismo, y, al descentrar, también vaciar los contenidos que funcionan como eje de organización de la discursividad de derechos.

Cuando nos referimos a que la comunidad de comunidades se genera en el diálogo político, no nos referimos a lo político partidario, sino a lo político que en sí mismo posibilita la pluralidad; lo político como querella discursiva, querella de la igualdad de las comunidades en busca de acordar esta comunidad de comunidades, en un tiempo y en un momento histórico, que no supone la fundación de ninguna categoría universal.

En consecuencia, la Constitución abre la posibilidad de pensar otro derecho o un derecho otro que no es un derecho de la otredad, sino un derecho de la comunidad de comunidades; esto es, un derecho a ser construido y que podría transformar el lenguaje de derechos y abrir las posibilidades de un Constitucionalismo plurinacional.

69 Por pluralismo jurídico entendemos la existencia de otras fuentes de derechos, de otras lógicas y posibilidades políticas de producir los derechos y el lenguaje de los derechos. En ese sentido, se abandona en parte el pluralismo en su vertiente liberal (como tolerancia con otras formas de vida) y se abre a la hospitalidad (como convivencia de todas las formas de vida sin centralidad).

4.2.6. INTERPRETACIÓN POR MEDIO DEL PRECEDENTE Y DE LA JURISPRUDENCIA

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia puede emitir las siguientes resoluciones: sentencias constitucionales, declaraciones constitucionales y autos constitucionales. La vinculatoriedad de las decisiones y de las sentencias, establecida en el artículo 203 de la Constitución, debe comprenderse para las dos primeras.

Las declaraciones constitucionales no crean Derecho *per se*, pues están relacionadas con el control previo de constitucionalidad; es decir, con la actividad del Tribunal de responder a consultas sobre proyectos de ley.

Las decisiones y las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional sí crean Derecho, en cuanto que determinan el fin de un conflicto en el que se disputa un derecho constitucional o una interpretación específica de la Constitución y la ley (artículo 196).

A partir de la interpretación de las disposiciones presentes en la Constitución, así como de la interpretación de las leyes conforme con lo establecido por la Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional puede expulsar del ordenamiento jurídico leyes, decretos, resoluciones y otras disposiciones, o puede mantener su vigencia mediante una interpretación de la disposición acorde con la Constitución. Además, por medio de resoluciones, puede sustituir una disposición por otra o complementar la disposición con un razonamiento constitucional. El Tribunal desarrolla todas esas tareas a través de las resoluciones que emite.

La posibilidad de crear Derecho a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional está en las denominadas sentencias interpretativas, sentencias aditivas o integradoras y sentencias sustantivas.⁷⁰

70 Las sentencias interpretativas declaran la inconstitucionalidad de una interpretación de la norma motivo de la acción y mantienen la disposición como constitucional. Los parámetros de interpretación son explicitados en la misma sentencia por el Tribunal Constitucional Plurinacional. Las sentencias

La colección de sentencias –específicamente de la parte de la sentencia denominada *ratio decidendi*–⁷¹ genera en sí lo que se conoce como jurisprudencia.

Como señala Diego López Medina:

[...] el derecho se ha liberado del monopolio de la ley. Sin dejarla de lado, apelando a un entendimiento más profundo del principio democrático y de las exigencias de la justicia, el derecho definitivamente se abre a una variedad de fuentes, modifica sus métodos y formas de aprehender la realidad y de reaccionar a su

aditivas o integradoras parten de la premisa de que se puede declarar la inconstitucionalidad de una disposición debido a que se encuentra incompleta (inconstitucionalidad por omisión). O bien se puede declarar la constitucionalidad, pero el Tribunal debe enmendar el contenido (en consecuencia, abarcar una función legislativa positiva). En las sentencias aditivas también se puede fijar un plazo para que el órgano encargado complemente la disposición. Finalmente, las sentencias sustantivas son similares a las aditivas. La diferencia radica en que, si bien declaran inconstitucional una disposición o una parte de ella, la sustituyen (por completo o reemplazan la parte declarada inconstitucional) por otra disposición, sea de la Constitución o del bloque de constitucionalidad, o, incluso, por otra disposición producida por el mismo Tribunal Constitucional Plurinacional. Una vez más, dicho Tribunal se convierte en un legislador positivo.

- 71 El término ‘*ratio*’ proviene de una voz latina que se define como razón o justificación de una regla jurídica. Estados como Alemania llaman a la sentencia *ratio decidendi* como “*tragende*”, que quiere decir fundamentos de soporte; en cambio, en Estados Unidos, se utiliza la expresión “*holding*” (López, 2006). En Bolivia, *ratio decidendi* es utilizado para referirse a la razón de la decisión. Pese a esas denominaciones, no es fácil dar una definición de lo que supone o trata una *ratio decidendi*. Según José Antonio Rivera, (2007), es en la *ratio decidendi* en la que: “se consignan las normas adscritas obtenidas de esa labor de interpretación, interrelación o integración de las normas jurídicas aplicables a la resolución del caso concreto, que se constituirán en los precedentes jurisprudenciales constitucionales o precedentes obligatorios que deben ser aplicados por los jueces y tribunales ordinarios en otras situaciones o casos análogos” (2007: 278). Así, la *ratio decidendi* conlleva los fundamentos lógicos de la decisión, permitiendo demostrar una decisión justa de acuerdo al Derecho. Esa fundamentación incluye reglas, principios y razones para argumentar la decisión judicial del Tribunal Constitucional Plurinacional.

entorno. El juez se ve obligado a imprimir un giro a su quehacer puesto que debe resolver las controversias y cada vez con mayor nitidez es manifiesto que la ley ha dejado de ser la única cantera de la que pueden extraerse sin más las reglas o principios que determinen su solución (2006: XII).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional posibilita la construcción de líneas de interpretación jurídica y bases de comprensión racional del Derecho, en busca de una realización de un nuevo Derecho constitucional plurinacional.

5

Tesis

5

Tesis

En este breve estudio sobre Constitución y deconstrucción, hemos expuesto las posibilidades de interpretación del texto constitucional y de otros materiales constitucionales; esto es, la creación de una política constitucional y de una decisión judicial de caso concreto, cada vez única. Podemos resumir lo dicho hasta aquí con las siguientes nueve tesis.⁷²

Primera, el objeto de interpretación, lo que se interpreta, no es en sí una norma, sino un texto. Dicho de otro modo, el intérprete no está delante de normas, sino delante de un conjunto de enunciados lingüísticos que se disponen, se lanzan ante los ojos del intérprete.

Segunda, la norma es el resultado de la interpretación del texto; es decir, de la interpretación del conjunto de enunciados lingüísticos que se denominan disposición. A esos enunciados lingüísticos se suman los materiales constitucionales, los cuales contribuyen a la interpretación. En el fondo de este argumento, lo que hace posible a la norma es la interpretación. Parafraseando a Nietzsche (2001), podríamos decir que no hay normas, sino interpretaciones.

Tercera, toda norma, una vez aplicada a un caso concreto, vuelve otra vez a ser un texto y, en cuanto texto, puede ser considerada como jurisprudencia y, entonces, también puede ser considerada como parte de los materiales constitucionales dispuestos para la interpretación, en la medida en que la *ratio*

72 Estas nueve consideraciones que presentamos como resumen y conclusión son una reformulación de una reflexión realizada en *Constitución Política del Estado anotada, concordada y comentada* (Rojas y Rodríguez Veltzé, 2013) a partir de Chiassoni (2011).

decidendi de una sentencia es un material dispuesto para la interpretación constitucional

Cuarta, todo texto –incluida la jurisprudencia– carece por sí mismo de aplicación futura a un caso concreto. Esto significa que el texto solo aspira a la universalidad y que un caso no es otra cosa que un recorte de la universalidad. Entonces, el texto es aplicable al caso concreto solamente si median la interpretación y la combinación con los materiales constitucionales.

Quinta, las normas formuladas por la interpretación tienen sentido solo para el caso concreto para el que fueron formuladas, pues, como dijimos, una vez aplicadas al caso concreto vuelven a ser texto.

Sexta, la norma, entonces, debe reinventarse conforme a cada caso que merezca atención.

Séptima, la norma ya no se encuentra más en el texto escrito, sino en las condiciones de la interpretación.

Octava, las condiciones de la interpretación son múltiples, como múltiples son los materiales constitucionales para la interpretación.

Novena, esa multiplicidad permite aseverar que cada disposición constitucional, cada texto de la Constitución, vibra en múltiples planos de intertextualidad, en múltiples posibilidades de armonía o de ruido.

El material que es denominado Constitución Política del Estado se encuentra abierto y convoca a una serie de otros materiales constitucionales con los cuales es posible convertir los textos en normas, la Constitución formal en Constitución material y los derechos en justicia aplicada a casos concretos; es decir, el acontecimiento en justicia, cada vez única.

Ya no es más el tiempo del positivismo jurídico, ni en el plano teórico ni en la interpretación, como tampoco en la metodología. Hay otro tiempo que se abre para pensar el Derecho, un tiempo posterior: siempre posterior.

Bibliografía

- Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (comps.)
 2011 *La naturaleza con Derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya-Yala.
- Balaguer, Francisco
 2011 “El Derecho Constitucional”. En: Francisco Balaguer (ed.), *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos. 29-39.
- Baldassarre, Antonio
 2001 *Los derechos sociales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Barak, Aharon
 2017 *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra.
- Barberis, Mauro
 2002 *Libertad: léxico de política*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Bonilla, Daniel
 2006 *La Constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Bouchard, Gérard
 2003 *Génesis de las naciones y culturas del Nuevo Mundo*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bourdieu, Pierre
 2000 *La fuerza del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Börth, Carlos
 2017 *Crisis de la justicia boliviana: causas y soluciones*. La Paz: Fundación Vicente Pazos Kanki.

Bidart Campos, Germán y Walter Carnota

2001 *Derecho constitucional comparado*. Buenos Aires: Ediar.

Campbell, Tom

2002 *La justicia: los principales debates contemporáneos*. Barcelona: Gedisa.

Carbonell, Miguel

2006 *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.

Carbonell, Miguel y Leonardo García Jaramillo

2010 *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta.

Cárdenas, Álvaro

2011 *Interpretación constitucional*. Quito: Cevallos.

Chiassoni, Pierluigi

2011 “Disposición y norma: una distinción revolucionaria”. En: Susanna Pozzolo y Rafael Escudero (eds.), *Disposición vs. norma*. Lima: Palestra. 7-17.

Courtis, Christian (ed.)

2006 *Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta.

De Domingo, Tomás

2010 *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*. Lima: Palestra.

De la Rocha, Paola

2018 “Estado y blanquitud”. Tesis de licenciatura. La Paz, Universidad Mayor de San Andrés, carrera de Sociología.

De Peretti, Cristina

1989 *Jacques Derrida: texto y deconstrucción*. Barcelona: Anthropos.

Derrida, Jacques

2001 *El tiempo de una tesis: deconstrucción e implicaciones conceptuales*. Barcelona: Proyecto A.

1997 *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*. Madrid: Tecnos.

- Derrida, Jacques y John Caputo
2009 *La deconstrucción en una cáscara de nuez*. Buenos Aires: Prometeo.
- Díaz-Polanco, Héctor
1991 *Autonomía regional: la autodeterminación de los pueblos indios*. México D. F.: Siglo Veintiuno.
- Dworkin, Ronald
1993 *Los derechos en serio*. Madrid: Planeta-Agostini.
- Engle Merry, Sally; John Griffiths y Brian Tamanaha
2007 *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Ferrajoli, Luigi
2006 *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Fioravanti, Maurizio
2014 *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trotta.
- Foucault, Michel
2000 *Vigilar y castigar*. España: Siglo Veintiuno.
- Gámez, Luis
2012 *El arte del ruido*. Barcelona: Alpha Decay.
- Gargarella, Roberto
1999 *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós.
- Greene, Brian
2007 *El universo elegante: supercuerdas, dimensiones ocultas y la búsqueda de una teoría final*. Bogotá: Planeta.
- Häberle, Peter
2001 *El Estado constitucional*. Lima: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Hart, Herbert y Ronald Dworkin
2002 *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Hegel, Georg

2007 *Fenomenología del espíritu*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Kant, Immanuel

1996 *La metafísica de las costumbres*. Barcelona: Altaya.

Karatani, Kojin

2005 *Transcritique: On Kant and Marx*. Massachusetts, Estados Unidos: MIT Press.

Kelsen, Hans

2000 *La teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

Klatt, Mathias

2017 *Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica en la argumentación jurídica*. Madrid: Marcial Pons.

Kristan, Andrej

2017 *Derecho y otros enigmas*. Madrid: Marcial Pons.

Laclau, Ernesto

2002 *Misticismo, retórica y política*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Lazarte, Jorge

2015 *Reforma del experimento constitucional boliviano: claves de un nuevo modelo estatal y societal de derecho*. La Paz: Plural editores.

Latour, Bruno

2007 *Nunca fuimos modernos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

Linares Quintana, Segundo

1987 *Tratado de interpretación constitucional: principios, métodos y enfoques para la aplicación de las constituciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

López Medina, Diego Eduardo

2006 *El derecho de los Jueces: Obligatoriedad del precedente*

constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá: Legis.

Martínez, Santiago y Amador Martínez

1993 *Diccionario diplomático iberoamericano.* Madrid: Cultura Hispánica / Instituto de Cooperación Iberoamericana.

Marx, Karl

2008 *Introducción a la crítica de la economía política 1857.* Buenos Aires: Luxemburgo.

Miranda, Boris

2012 *La mañana después de la guerra.* La Paz: El Cuervo.

Montesquieu

2004 *Del espíritu de las Leyes.* Madrid: Tecnos.

Nancy, Jean-Luc

1999 *La comunidad desobrada.* Madrid: Arena Libros.

Naranjo Mesa, Vladimiro

2010 *Teoría constitucional e instituciones políticas.* Bogotá: Temis.

Nino, Carlos Santiago

2013 *Una teoría de la justicia para la democracia.* Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

1992 *Fundamentos de Derecho Constitucional.* Buenos Aires: De Palma.

Negri, Antonio

2015 *El poder constituyente: Ensayo sobre las alternativas a la modernidad.* Madrid: Traficantes de Sueños.

Nietzsche, Frierdrich

2001 *Sobre verdad y mentira.* Madrid: Tecnos.

Pereira Menaut, Antonio-Carlos

2011 *En defensa de la Constitución.* Lima: Palestra.

Prieto Sanchís, Luis

2007 *Apuntes de teoría del Derecho.* Madrid: Trotta.

Randall, Lisa

2011 *Universos ocultos: un viaje a las dimensiones extras del cosmos*.
Barcelona: Acanalado.

Representación Presidencial para la Asamblea Constituyente (REPAC)

2007a “Constitución Política del Estado: Aprobada en grande”.
[Separata de prensa.] La Paz: REPAC.

2007b “Nueva Constitución Política del Estado: Versión oficial;
Aprobada en grande en detalle y en revisión”. [Separata de
prensa.] La Paz: REPAC.

Rey Martínez, Fernando

2003 *La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo*. Bogotá:
Universidad Externado de Colombia.

Rivera Santiváñez, José Antonio

2007 *Temas de Derecho Procesal Constitucional*. Cochabamba: Kipus.

Rojas, Farit

2011 “Hacia una nueva gramática constitucional”. En: *Ciencia y
Cultura*, revista de la Universidad Católica Boliviana, número.
29. 147-166.

Rojas, Farit y Eduardo Rodríguez Veltzé

2013 *Constitución Política del Estado anotada, concordada y
comentada*. La Paz: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad Católica Boliviana / Vicepresidencia del
Estado Plurinacional de Bolivia / COSUDE.

Rousseau, Jean-Jacques

2004 *Obras selectas*. Madrid: Edimat Libros.

Ross, Alex

2011 *El ruido eterno: Escuchar al siglo XX a través de su música*.
Barcelona: Seix Barral.

Santos, Boaventura de Sousa

2018 *Las bifurcaciones del orden*. Madrid: Trotta.

2010 *Refundación del Estado en América Latina*. La Paz: Plural
editores.

2009 *Una epistemología del sur*. México D. F.: Siglo Veintiuno.

- Scavino, Dardo
2007 *La filosofía actual*. Buenos Aires: Paidós.
- Schavelzon, Salvador
2012 *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia: etnografía de una Asamblea Constituyente*. La Paz: Plural editores.
- Tapia, Luis
2006 *La invención del núcleo común*. La Paz: Muela del Diablo.
- Trigo, Ciro Félix
2003 *Las constituciones de Bolivia*. La Paz: Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico del Honorable Congreso Nacional.
- Uzín Olleros, Angelina
2008 *Introducción al pensamiento de Alain Badiou*. Buenos Aires: Imago Mundi.
- Valencia Vega, Alipio
1997 *Desarrollo del constitucionalismo*. La Paz: Juventud.
- Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín (ed.)
2015 *Historia e historiografía constitucionales*. Madrid: Trotta.
- Vattimo, Gianni y John Caputo
2010 *Después de la muerte de Dios: conversaciones sobre religión, política y cultura*. Buenos Aires: Paidós.
- Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia
2012 *Enciclopedia histórica documental del proceso constituyente boliviano*. Tomos 2, 3 y 5. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia.
- Yrigoyen, Raquel
2011 “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”. En: César Rodríguez Garavito (ed.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno. 139-159.

Zagrebelsky, Gustavo

2009 *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

Zizek, Slavoj

2009 *El frágil absoluto*. Valencia, España: Pre-Textos.

2006 *Visión de paralaje*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Sobre el autor

FARIT ROJAS TUDELA es abogado titulado por la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, con posgrados en Educación Superior (Universidad Católica Boliviana “San Pablo” y Universidad de Sherbrooke, Canadá), Historia y Filosofía (Universidad Mayor de San Andrés), Gerencia Pública (Universidad Mayor de San Andrés) y Teoría crítica post y decolonial (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales). Tiene una maestría en Investigación Social (Universidad de Postgrado para la Investigación Estratégica en Bolivia) y un doctorado en Ciencias del Desarrollo con mención en “Justicia, democracia y ciudadanía” (Postgrado en Ciencias del Desarrollo de la Universidad Mayor de San Andrés y Universidad Nacional Autónoma de México).

Se desempeñó como coordinador del proyecto Enciclopedia Constitucional (Universidad Católica Boliviana “San Pablo”), ministro de primera en la Embajada de Bolivia ante el Reino de los Países Bajos (Ministerio de Relaciones Exteriores de Bolivia) y responsable de la línea de investigación Estado y política en el Centro de Investigaciones Sociales de la Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, donde también fue director general. Dictó cátedra de Teoría del Derecho (Universidad Católica Boliviana “San Pablo”) y Derecho Constitucional (Universidad Andina Simón Bolívar). Actualmente es docente de Teoría general del Derecho y Pluralismo jurídico en la carrera de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés.

Es autor de varios ensayos publicados en obras colectivas y en revistas especializadas, así como coordinador (y coautor) de los libros *Tomar el cielo por asalto* (2008), *Derecho de los derechos* (2009), *El sitio del Estado en el régimen de excepción* (2009), *Derechos fundamentales-fundamentales* (2012), *Democracias, Behemot y contrapoder* (2012), y *11 tesis sobre pluralismo jurídico* (2013).



Este libro se terminó de imprimir
en diciembre de 2018, en los
talleres de Editora Presencia,
en La Paz (Bolivia).

Constitución y deconstrucción ofrece una lectura de la teoría constitucional a partir de la estrategia de la deconstrucción, entendida como algo que tiene lugar (en este caso, en la Constitución boliviana) y no como un acto, una operación o un método. También problematiza el método jurídico, describe las tradiciones constitucionales, presenta los repertorios de interpretación y sintetiza en nueve tesis las posibilidades de deconstrucción del Derecho. En suma, combina deconstrucción, pluralismo jurídico y política constitucional, brindando una fundamentación de postpositivismo jurídico.

En este volumen, el cual deja ver que ya no es más el tiempo del positivismo jurídico –ni en el plano teórico ni en la interpretación, como tampoco en la metodología–, se exponen las posibilidades de interpretación del texto constitucional y de otros materiales constitucionales, con los cuales es posible convertir los textos en normas, la Constitución formal en Constitución material y los derechos en justicia aplicada a casos concretos.



Vicepresidencia del Estado
Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional
BOLIVIA



ISBN: 978-99974-77-45-3



9 789997 147745 3