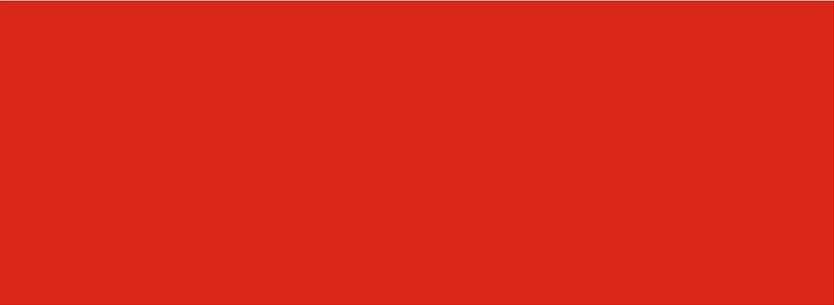


APUNTES SOBRE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA

NOTES REGARDING
THE BOLIVIAN CONSTITUTIONAL REFORM

Rev. boliv. de derecho n° 9, enero 2010, ISSN: 2070-8157, pp. 6 - 31



René
BALDIVIESO
GUZMÁN

RESUMEN: El presente trabajo está dedicado a un examen sucinto de dos temas que, en materia constitucional, tienen íntima relación con la vigencia de un Estado de Derecho y el sistema democrático, tal como lo conciben instrumentos internacionales, en este caso la Carta Democrática Interamericana de 11 de septiembre de 2001, y con la reforma total de nuestra Ley Fundamental que culminó con la promulgación de la nueva Constitución Política del Estado (NCPE), el 7 de febrero de 2009. Sobre este último aspecto se exponen criterios sobre puntos concretos del texto constitucional tales como: el modelo de Estado, la división de poderes y órgano judicial, para llegar a la conclusión de que hay necesidad de ir a la reforma de la Constitución, teniendo en cuenta, fundamentalmente, las circunstancias irregulares que se dieron en su aprobación.

PALABRAS CLAVE: Constitución, Estado de Derecho, democracia..

ABSTRACT: *This article's concern is to study, briefly, two issues that in Constitutional Law have a close relation with the effectiveness of the Rule of Law and of the democratic system of government, as they are defined by the international law instrument, such as the Interamerican Democratic Charter of September 11, 2001. Both issues are related with the total reform of our Fundamental Law, which finalized with the enactment of the new Political Constitution of the State (NCPE, in Spanish). About the new Constitution, the article analyses the model of State it proposes, the division of powers and the judiciary. Its conclusion is the necessity of modifying the Constitution, because of the non regular circumstances surrounding its approbation.*

KEYWORDS: *Constitution, Rule of Law, democracy.*

SUMARIO: Apuntes sobre la Reforma Constitucional en Bolivia. Introducción. I. Supremacía de la Constitución. Consideraciones generales. Jurisprudencia constitucional. II. Reforma total de la Constitución. a) Modelo de Estado. b) Derechos Fundamentales. c) Órgano Judicial. III. Conclusión.

INTRODUCCIÓN

Se tuvo la gran oportunidad en Bolivia de entregar al país una Constitución que sea la más sólida reafirmación del sistema democrático, la más indiscutible proclama de un auténtico Estado de Derecho en el que se dé la posibilidad de ir perfeccionando las instituciones depositarias y custodios de valores supremos como la igualdad, la libertad y la justicia. Y si para ello era necesario incorporar cambios, correspondía hacerlos pero sin el menoscabo de dichos valores, imponiendo un modelo de Estado permisivo de la conducta autoritaria de sus órganos, o con un texto excluyente que es reflejo del predominio unilateral de un partido político, en algo tan trascendental que, como es la reforma de la Ley Fundamental, demandaba pleno consenso. En ese orden, la Constitución española de 1978 es un ejemplo, pues pese a que en la época estaban latentes diferencias ideológicas que parecían ser insalvables, pero que fueron superadas con inteligencia y visión histórica, en beneficio del país. Un conocido profesor y magistrado de España decía¹: “No es éste el caso, natural y afortunadamente, de nuestra actual Constitución, cuyos autores, fueran cuales fueren las diferencias políticas que los separaban, coincidían plenamente en que la convicción de que la igualdad de los españoles y su plena libertad (que es tanto como decir su dignidad personal) eran el punto de partida necesario para su reorganización de nuestra vida política y la reforma de nuestro Derecho. Es esta convicción el **núcleo** del famoso “consenso” que hizo posible la Constitución de 1978, que es por ello la más sólidamente construida de todas nuestras constituciones, la que se asienta sobre bases más firmes”. Y hubiera sido posible hallar ese consenso en la Asamblea Constituyente que inició sus labores el 6 de agosto de 2006, si el encono partidario, la intolerancia y los afanes hegemónicos del partido gobernante, alentados desde los más altos círculos gubernamentales, hubieran dado paso a una amplia y fecunda discusión e intercambio de ideas. Pero, bien sabemos, no fue así y hoy tenemos una Constitución como resultado de la imposición y predominio cuantitativo del partido oficial, aprobada en medio de excesos y desbordes de violencia con el deplorable saldo de víctimas mortales, antecedente que no puede abonar por la legitimidad de la nueva Constitución.

Hemos titulado este trabajo *Apuntes sobre la Reforma Constitucional* porque contiene notas sobre puntos concretos que son abordados en la Nueva Constitución Política del Estado (NCPE). Es decir, se refieren a ciertos aspectos propios de la parte dogmática y otros de la parte orgánica, pero que, a nuestro juicio, son suficientes para identificar los rasgos definidamente estatistas y centralizadores que tiene el

¹ Francisco Rubio Llorente, Catedrático español de Derecho Político, en la nota preliminar al texto de la Constitución española publicado en 1986 por la editorial Civitas, Madrid, España

nuevo texto constitucional que habrán de significar réditos políticos al partido gobernante en desmedro de un equilibrio democrático que se debe propugnar en toda Constitución. Vivimos ahora esa experiencia negativa cuando la nueva carta fundamental permite la reelección presidencial y descarta la alternabilidad que propugnan los instrumentos internacionales, o se elimina el sistema republicano para dar paso a un estatismo exacerbado que pertenece al pasado.

Aun así, parecería impertinente en las actuales circunstancias hablar de reformar la Constitución y calificar de peregrina la idea, si hace poco se ha promulgado la nueva el 7 de febrero de 2009. Pero creemos que no ocurre tal cosa y este trabajo se lo presenta para sostener lo contrario y plantear la necesidad de su reforma si queremos tener una Constitución con valores y principios propios de un Estado de Derecho y reafirmar la vigencia del sistema democrático tal como está concebido en los documentos internacionales suscritos por Bolivia. Una Constitución, particularmente en el caso de nuestro país, debe servir básicamente como instrumento de cohesión antes que alentar la confrontación interna. El que la actual tenga mayor número de artículos (411), o un catálogo más amplio de derechos fundamentales, un tratamiento especial a los pueblos campesino originario indígenas, o por mucho que esté enunciada la fórmula de que Bolivia es un “Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario...”, no quiere decir que los cambios hayan sido positivos y que aseguran un mejor futuro para el país. Lo cierto es que la actual Constitución tiene artículos en los que por su redacción y contenido ponen en duda todo aquello que se hubiera pretendido mostrar como expresión de cambio democrático, espíritu constructivo y consolidación del Estado de Derecho. Hay en su texto fórmulas que lo desvirtúan, al haberse insertado en la Constitución preceptos que pueden, en su momento, justificar la represión política, causar la inseguridad jurídica o debilitar la tutela a los derechos fundamentales. Léanse, para empezar, los arts. 123 y 124 de la NCPE. El primero que amplía los efectos retroactivos de la ley a los casos de corrupción, y el segundo que da una nueva y peligrosa tipificación del delito de traición a la patria. Más adelante hacemos un análisis de ambos preceptos que nos llevará a la conclusión de que se trata de un criterio regresivo, incompatible con el ejercicio de los derechos fundamentales porque tales artículos ponen en manos del Estado y por supuesto del partido gobernante, mecanismos de represión contra la disidencia democrática y llegar a lo que el escritor Víctor Hugo diría alguna vez: “la horrible lógica de la represalia”

Pero lo que no se puede ni debe olvidar es el hecho de que la Constitución fue aprobada bajo circunstancias totalmente irregulares, que la hacen cuestionable en cuanto a su legalidad y legitimidad, al margen de un marco jurídico-constitucional, sin la participación de un gran sector de la oposición, al que se le impidió por la fuerza intervenir en el debate. No sólo eso sino que la Asamblea Constituyente sesionó en

un recinto militar² que estuvo custodiado por miembros de la Policía y del Ejército y por grupos del partido oficial que asumieron actitudes intimidatorias. En esa situación de violencia fue aprobado en grande el proyecto de Constitución el 24 de noviembre de 2007, hecho que causó enfrentamientos de las fuerzas del ejército y de la policía que resguardaban el local, con la población civil, dando el lamentable saldo de muertos y heridos. Los hechos ocurrieron en el lugar denominado "La Calancha", a pocos kilómetros de la ciudad de Sucre, con ello se puso el signo de la violencia gubernamental en la aprobación del texto constitucional. Aparte de tan deplorable episodio, que será difícil justificarlo, debe considerársele como un serio y determinante antecedente fáctico que vicia todo el proceso que sirvió para aprobar el proyecto de Constitución, pues resulta difícil, si no imposible, admitir la validez de una Constitución que emergió de esas circunstancias.

La Asamblea Constituyente, prosiguiendo con las irregularidades, quince días después se trasladó a Oruro para sesionar en el local de la Universidad Técnica de ese distrito, a citación de su Directiva, con el respaldo de una Ley de convocatoria aprobada precipitadamente por el Congreso, con infracción evidente del procedimiento que debía observarse en este caso y con calculada prescindencia de otras fuerzas políticas de oposición a las que se negó, por la fuerza, el ingreso a las deliberaciones mediante cercos organizados. Fue allá donde la Asamblea aprobó en detalle y en revisión el nuevo texto constitucional propuesto solo por el partido oficial (MAS). Finalmente el Congreso Nacional, con sede en La Paz, en virtud de una ley interpretativa del art. 232 de la anterior Constitución, procedió a hacer "ajustes" previstos por dicho instrumento legal³, luego de lo cual sancionó la nueva Constitución Política del Estado (NCPE), para su promulgación, que después sería objeto del referéndum efectuado el 25 de enero de 2009.

La NCPE no fue pues aprobada dentro de un marco legal, menos con legitimidad, y peor como resultado de un amplio debate y de haberse seguido las reglas democráticas y, sobre todo, de haberse llegado a un consenso entre las diferentes corrientes representadas en el órgano legislativo encargado de la reforma, en nuestro caso la Asamblea Constituyente. Ninguno de estos factores, lamentablemente, concurrieron al proceso de reforma; por el contrario en las fases decisivas de aprobación del texto constitucional afloraron -según hemos visto- la intolerancia y la violencia. La primera porque no se permitió el debate ni se quisieron escuchar opiniones y criterios diferentes. La posición oficialista fue intransigente y la respaldó con el predominio cuantitativo a través de una mayoría guiada por la consigna partidaria antes que por la racionalidad del debate y la contienda democrática de

2 Nos referimos al Palacio de la Glorieta, situado a unos tres kilómetros de la ciudad, y ocupado hace décadas por el Liceo Militar.

3 En el párrafo II del art. 232 de esta ley interpretativa se establece: "Concluido el proceso constituyente y recibida la propuesta constitucional, para ser sometida a consideración del pueblo soberano, el Honorable Congreso Nacional podrá realizar los ajustes necesarios sobre la base de la voluntad popular y del interés nacional, por ley especial de Congreso aprobada por dos tercios de votos de sus miembros presente"

ideas. La segunda, porque fue con el uso de la fuerza y el amedrentamiento que impidieron a la disidencia participar en la Asamblea Constituyente y tener así el monopolio en el manejo del proyecto de Constitución sólo presentado por ellos y aprobarlo sin problema.

Tenemos que partir, entonces, de una inevitable referencia a los hechos y antecedentes que tuvieron lugar durante la etapa de aprobación del texto constitucional caracterizada por la irregularidad del procedimiento seguido que culminó, finalmente, el 7 de febrero de 2009 fecha de promulgación de la Nueva Constitución Política del Estado (NCPE) que, al ser resultado de semejantes antecedentes, pone a nuestro país en la necesidad de ir hacia su reforma para reemplazar su texto, con otro que refleje la verdadera voluntad de todo el pueblo boliviano que quiere perfeccionar sus instituciones democráticas y reafirmar la vigencia del Estado de Derecho, con cambios que nos lleven hacia delante y no hacia atrás, pues lo que se tiene actualmente es un documento ideológico-partidista, por lo tanto unilateral, producto de una incomprensible mezquindad sectaria con miras a sentar un poder hegemónico, anacrónico y contrario a los fines de integración y de unidad de los bolivianos (hombres y mujeres), prescindiendo inclusive de los principios sentados por la Organización de Estados Americanos (OEA), especialmente los proclamados en la Carta Democrática Interamericana de 11 de septiembre de 2001⁴. Y al parecer la comunidad internacional no ha compulsado los antecedentes que se los expone acá de modo sucinto e inexplicablemente se encuentra persuadida, tal vez con algo de generosidad o de ingenuidad, de que en nuestro país hay una nueva Constitución que le ha de permitir al país envidiables niveles de organización jurídica, política y económica.

Si bien encontramos en su texto un catálogo amplio de los derechos fundamentales que le dan en apariencia un carácter garantista, sin embargo y para frustración colectiva se han incorporado, contradictoriamente, preceptos que desvirtúan su enunciado haciéndolos vulnerables. Un ejemplo: dice el artículo 116 de la NCPE: "Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado". O sea que con esta redacción se debilita el principio de presunción de inocencia al decir que simplemente se lo garantiza en el proceso si es que fuera vulnerado, añadiendo que para caso de duda se estará a lo favorable. Aparentemente se da firmeza a este principio, pero no es así porque el condicionamiento al que se lo somete en la práctica a esta garantía procesal, dará lugar a incidencias dilatorias dentro de cualquier proceso penal, que disminuirán notablemente la efectividad del

4 Dice el artículo 3 de este documento: "Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas, basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos"

derecho. Con esta redacción, que aparentemente ratifica el principio de presunción de inocencia, se está más bien poniendo en manos de los órganos jurisdiccionales un peligroso arbitrio que podrá ser manejado políticamente en perjuicio de los derechos de la persona.

El artículo 16 de la Constitución abrogada, por el contrario, tenía una redacción más precisa al establecer de manera terminante en su párrafo I: "Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad". Su aplicación no estaba reatada a condición alguna y permitió, en la práctica enmendar graves injusticias.

De ahí que la reciente promulgación de la nueva Constitución el 7 de febrero de este año, luego de los accidentados afanes de una Asamblea Constituyente que funcionó bajo la égida de un sectarismo secante ha causado una creciente desazón en el ciudadano que esperaba tener señalada por la Constitución, una clara perspectiva democrática producto de una contienda de ideas civilizada donde no podía faltar la virtud de la tolerancia antes que acudir a la violencia y a la intimidación para imponer un texto constitucional que debió ser más bien el resultado de un histórico consenso. Éstos fueron los antecedentes que precedieron a su aprobación y bajo tales circunstancias se sancionó la nueva Constitución Política⁵.

Con esta explicación preliminar, ingresamos al desarrollo del presente trabajo que ha de versar sobre dos temas básicos: **Supremacía y Reforma Constitucional**. La primera cuestión que se relaciona con el lugar que ocupa la Constitución en el ordenamiento jurídico ocupando la cúspide del mismo. La segunda, que tiene actualidad permanente por haberse emprendido la reforma total de la Constitución, en cuyo contenido hemos considerado aquellos aspectos que, a nuestro juicio, dan señales inequívocas de que es una Constitución que no ha colmado la expectativa nacional, da precariedad a la vigencia del Estado de Derecho, alienta la fragmentación del país, se aparta de los cánones internacionales que garantizan y sustentan la institucionalidad democrática. Sobre todo, y esto es lo preocupante, tiene un texto que emerge de la imposición hegemónico - partidista, con la agravante de haberse usado la violencia para ello. En la historia republicana de nuestro país no se ha dado una situación parecida en los procesos de reforma constitucional.

5 El diario de Sucre *Correo del Sur* publicó un folleto con el título de "**Capitalidad: Cuando Sucre despertó**" en el que narra los acontecimientos producidos los días 24, 25 y 26 de noviembre motivados por la decisión de la Asamblea de no considerar el pedido de Chuquisaca para que sea tema de debate en la Asamblea, el retorno de los poderes públicos a la Capital. No se pedía que se apruebe ese retorno en el texto constitucional sino que sea punto de discusión para que decida luego la Asamblea Constituyente. Esta publicación documentada anota en su pág. 253: "Gonzalo Durán, Juan Carlos Serrano y José Luis Cardozo (...) fueron víctimas de la violencia desatada contra el pueblo chuquisaqueño el 23, 24 y 25 de noviembre, cuando centenas de efectivos del orden llegaron a Sucre para resguardar a la Asamblea Constituyente en el Liceo Militar, lugar donde el MAS aprobó su proyecto de Constitución y pasó por alto el pedido chuquisaqueño de restituir al debate el tema de la Capitalidad".

I. SUPREMACÍA Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

I.- Consideraciones generales

Si tanto la doctrina como la realidad jurídica coinciden en darle a la Constitución de cualquier país el carácter de norma suprema, podemos comprender la magnitud de esa inquietud que embarga a toda la Nación a raíz de lo que antes hemos anotado. Bien hubiera sido para el país que el proceso de reforma total de la Constitución, encomendado a la Asamblea Constituyente, se haya encaminado por la discusión edificante, la práctica democrática y el consenso. Lamentablemente no fue así y hoy estamos con un presente griego que nos han dejado tanto la Asamblea Constituyente como el Congreso Nacional.

Esto nos recuerda que todo legislador a quien se le ha dado la oportunidad y responsabilidad de redactar una ley, con mayor razón si se trata de la Constitución, debe hacer una cuidadosa compulsión de la realidad nacional y tener presente que los pueblos aspiran a desarrollarse en un marco de libertad, seguridad y convivencia pacífica y que las personas quieren alcanzar su plena individualidad, física e intelectual, dentro de un ambiente de garantías efectivas para el ejercicio de sus derechos. De ahí que una Constitución ha de ser la respuesta clara y categórica a esos anhelos legítimos en un Estado social y democrático de derecho, más aún si se ha planteado su reforma total. No en vano la comunidad internacional, luego de la dolorosa experiencia de la Segunda Guerra Mundial causada por regímenes totalitarios, tuvo urgencia de plasmar en fórmulas jurídicas y políticas las prerrogativas de la persona como ser humano y poner atajo, hasta donde sea posible, a los desbordes y excesos de gobiernos autoritarios que escarnecieron la dignidad humana bajo el signo de la intolerancia, la violencia y el racismo. En esas normas y reglas universales, que han dado lugar a sistemas de protección internacional de los derechos fundamentales, es siempre posible encontrar criterios básicos de orientación para incorporar en las constituciones modernas, instituciones democráticas como lo han venido haciendo la mayor parte de las naciones del mundo, porque una Constitución es esencialmente garantista ante la imprescindible y permanente necesidad, en cualquier tiempo y lugar, de que esa Ley Fundamental abarque un cúmulo de derechos esenciales del individuo, fije objetivos básicos del Estado y defina el funcionamiento y atribuciones de sus órganos, sin olvidar la prioridad que merece la preservación de los derechos fundamentales de hombres y mujeres.

2.- Supremacía de la Constitución

El tema cabe dentro del constitucionalismo contemporáneo que se universalizó como movimiento y evolución del pensamiento jurídico, particularmente reflejado en los cambios que se incorporan a una Constitución por ser ésta el marco obligado del ordenamiento jurídico en general, y porque de ella tienen que derivar todas

las normas legales que rijan las relaciones de las personas entre sí y de éstas con el Estado y la sociedad. Del constitucionalismo se ha dicho (Lowenstein) que durante mucho tiempo ha sido “el símbolo de la conciencia nacional y estatal, de la autodeterminación y de la independencia”. En nuestro país podríamos decir que el constitucionalismo –como corriente del pensamiento jurídico en la materia- arrancó el año 1826 con la Constitución promulgada el 26 de noviembre de ese año, para luego desarrollarse a través de las veintiún siguientes constituciones sancionadas durante los siglos XIX, XX y en la primera década del siglo XXI.

Digamos, entre tanto algo incuestionable: que una Constitución, al ser norma suprema, debe señalar los fines superiores que el Estado se encuentra obligado a cumplir en beneficio de la persona, individualmente considerada, y de la sociedad en la que desenvuelve su actividad. Es que, en el Derecho, las normas tienen como destinatario final al individuo con una importante incidencia en la organización y marcha de la sociedad. No queremos decir con ello que se tenga una Constitución de corte liberal, individualista, propia de la época decimonónica. De ninguna manera. Por el contrario nos alineamos junto a los instrumentos internacionales que desde el 10 de diciembre de 1948 han venido concretando en fórmulas universales los derechos de la persona humana y de los pueblos. Hecha esta digresión abordamos en seguida el tema de la supremacía de la Constitución.

La doctrina y la realidad jurídica y social coinciden en darle a la Constitución el valor de norma suprema situándola en la cima del ordenamiento jurídico de un país. Por ello se afirma con toda razón: “es (la Constitución) un sistema de normas jurídicas que organiza el poder político estatal y define la relación entre la esfera de la libertad y la de ese poder político”.

Las diferentes constituciones proclaman este principio de supremacía, algo inobjetable por el enorme y singular valor jurídico, político e histórico que ellas tienen, al ser fundamento insustituible de la organización y funcionamiento del Estado. La Constitución fija reglas y limitantes al ejercicio del poder público, evitando sus excesos o abusos. Hace expreso reconocimiento y otorga protección a los derechos de las personas y da las pautas básicas que deben seguir las leyes especiales para tener validez y evitar motivos de impugnación. Viene a ser, en última instancia, la condensación de las aspiraciones individuales y colectivas, una verdadera doctrina de la libertad y de la democracia, una filosofía puesta al servicio de la dignidad de la persona y de la soberanía de los pueblos y, finalmente, una garantía de convivencia social civilizada.

Sin embargo, está comprobado que no es suficiente invocar esta supremacía sino hacerla realidad ante un poder público siempre tentado a desconocerla. Si bien desde 1851 la Constitución boliviana sentó ya este principio de supremacía, reafirmado en la Constitución de 2004 (art. 228) y en la actual promulgada el 7 de

febrero del presente año (art. 410), tal principio no tendría efectividad en la práctica si no fuera por la presencia y la acción de un órgano jurisdiccional que defienda esa supremacía. Y esto ha ocurrido desde que la genialidad de Hans Kelsen creó en 1920 el Tribunal Constitucional en Austria, posteriormente imitado en Europa y América, para cumplir tan trascendental objetivo.

Los dos últimos textos constitucionales (2004 y 2009) mantienen este principio de supremacía aunque con diferente redacción como podrá apreciarse en la transcripción que al pie de página se hace de ambos, para tener un juicio comparativo que siempre será útil a un análisis del cambio en la redacción y en el contenido⁶.

En el ámbito de las garantías jurisdiccionales, reconocer a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, es dar a los jueces y tribunales reglas y criterios básicos de interpretación para aplicar la ley en situaciones concretas, resguardando el Estado de Derecho y, sobre todo, el valor superior de la justicia, partiendo de la Ley Fundamental. De otro modo quedaría librado al criterio personal o subjetivo de los jueces y de otras autoridades públicas el manejo de la jerarquía normativa que señala la Constitución poniendo en riesgo las garantías constitucionales, en diferentes esferas del derecho y provocar una verdadera anarquía en la interpretación y aplicación de las leyes sustantivas y adjetivas y afectar no sólo a la seguridad sino a otros derechos fundamentales..

3.- Jurisprudencia constitucional en Bolivia

El control de constitucionalidad que se ha aplicado en Bolivia desde el 1º de junio de 1999 hasta fines del año 2007, hizo prevalecer el principio de supremacía constitucional, sobre todo tratándose de proteger a los derechos fundamentales de la persona y de definir la inconstitucionalidad o no de disposiciones legales cuestionadas, mediante sentencias emitidas en diferentes oportunidades, sentando jurisprudencia que por su solidez son ya precedente obligatorio para el nuevo órgano jurisdiccional que tenga a su cargo ese control de constitucionalidad (Tribunal Constitucional Plurinacional). Vemos, por consiguiente, oportuno citar algunos casos sobre la cuestión:

- *IV.3. Que, en consecuencia, la oposición de una norma de jerarquía inferior como la Resolución Ministerial No. 5333 con relación a la norma superior, en este*

6 Los textos son los siguientes: La Constitución anterior, o sea la de 2004, decía sobre el tema: "Art. 228.- La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones". La redacción adoptada en la nueva Constitución promulgada el 7 de febrero de este año, es en los siguientes términos: "Art. 410. I La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa (...) La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a la competencia de las autoridades territoriales: 1.- Constitución Política del Estado. 2.- Los tratados internacionales. 3.- Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena 4.- Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes". Esta última redacción establece en forma expresa, la gradación normativa que está encabezada por la Constitución, seguida de otras normas jurídicas.

caso la Resolución Suprema No. 216145, se constituye en flagrante violación a la jerarquía de las normas jurídicas establecidas en el Art. 228 de la Constitución Política del Estado, concordante con el Art. 20 de la Ley 1788 de 16 de septiembre de 1997 (Ley de Organización del Poder Ejecutivo) por lo que la Resolución 44 Ministerial No. 5333 es contraria a los Arts. 7mo. incs. c) y d), 32, 228 y 229 de la Constitución Política del Estado (SC No. 003/2000 – RDI)

- (art. 228) Textualmente dispone: “La Constitución Política del Estado es la Ley Suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”. Este precepto constitucional proclama, por un lado, el principio de supremacía constitucional, que implica que la Constitución Política del Estado es la Ley Suprema y fundadora de todo el ordenamiento jurídico del país, y de otro, el principio de jerarquía normativa, al señalar la estructura jurídica del Estado respecto de los niveles jerárquicos de las disposiciones que conforman el ordenamiento, constituyendo así la pirámide jurídica en la que las normas inferiores no pueden contradecir a las superiores (SC No. 019/2006)
- El art. 228 de la CPE textualmente dispone: “La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones.” Este precepto constitucional proclama, por un lado, el principio de supremacía constitucional, y de otro, el principio de jerarquía normativa. El principio de supremacía constitucional nace de la cualidad específica de la Constitución Política del Estado, como base, sustento y marco que informa todo el sistema normativo. El principio de supremacía constitucional significa que el orden jurídico y político del Estado está estructurado sobre la base del imperio de la Constitución Política del Estado que obliga por igual a todos, gobernantes y gobernados. Dentro del orden jurídico, la Constitución Política del Estado ocupa el primer lugar, constituyéndose en la fuente y fundamento de toda otra norma jurídica, por lo que toda ley, decreto o resolución debe subordinarse a ella. Constituye una garantía de equilibrio en el ejercicio del poder político y de los derechos fundamentales de la persona, es el más eficiente instrumento técnico hasta hoy conocido para la garantía de la libertad, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la Ley Fundamental. (SC No. 075/2006 – RDI)

Estos casos de jurisprudencia constitucional, y muchos otros similares, ilustran de manera objetiva el lugar que la Constitución ocupa dentro de la gradación de las normas jurídicas, principio que hace posible poner límites al ejercicio del poder público y precautelar la vigencia del Estado Democrático de Derecho, de modo que la legislación se encuadre necesariamente al marco de la Constitución respetando

la supremacía que ella tiene, evitando su alteración a través de leyes que pudieran modificar sensiblemente este principio que finalmente se constituye en garantía y sustento del Estado de Derecho.

II. REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN

A partir del 20 de febrero de 2004, se incorpora a la Constitución la figura de la reforma total y se crea el órgano para ese objeto: la Asamblea Constituyente (art. 4), que será convocada por Ley Especial. El gobierno instaurado el 22 de enero de 2006 promulgó esa ley, y la Asamblea Constituyente inició su trabajo el 6 de agosto de 2006 en la ciudad de Sucre, declarada sede de la misma. Su accidentada labor dejó una estela de duda sobre la validez del proyecto de Constitución aprobado posteriormente, luego de que su trabajo durara desde el 6 de agosto de 2006 al 14 de diciembre de 2007. Pero no quedaron así las cosas sino que para despejar esas dudas y sospechas sobre la legalidad y legitimidad del texto constitucional aprobado, el Congreso Nacional sancionó el 28 de octubre de 2008 una ley interpretativa del art. 232 de la Constitución Política del Estado, para auto-habilitarse como última instancia en el proceso constituyente y realizar “ajustes” al Proyecto de NCPE. La citada ley interpretativa dispuso: “Art. 232.II.- (...) el H. Congreso Nacional podrá realizar los ajustes necesarios sobre la base de la voluntad popular y del interés nacional, por ley especial de Congreso, aprobada por dos tercios de votos de sus miembros presentes”.

Nos preguntamos: ¿Cabía encomendar al Congreso Nacional hacer una especie de supervisión o de refrendar, si se quiere, el texto aprobado por la Asamblea Constituyente a título de efectuar “ajustes”? ¿En cual de sus significados habría que tomar el concepto de “ajustes”? ¿Convenir, concordar, pactar, arreglar, componer o reconciliar? Pero cualquiera que fuera el sentido que se hubiere dado, al final resultó que se le disminuía notablemente a la Asamblea Constituyente esa facultad privativa, exclusiva, que se le había dado en la Constitución de 2004, recurriendo para ello a una ley interpretativa –según se ha visto- de dudosa raigambre constitucional. Algo más, esta ley le otorga al Congreso una facultad optativa de hacer o no esos ajustes. Y más adelante se complica la situación cuando en su parte final dice: “Los ajustes no podrán afectar la esencia de la voluntad del constituyente”. Surge la pregunta: ¿cómo identificar o descubrir esa “esencia”? En fin, tal es nuestra preocupación y, a la vez, nuestra reflexión en el tema. Al haber intervenido el Congreso Nacional en el proceso de reforma total de la Constitución, para hacer estos llamados “ajustes”, pareció más bien que de lo que se trataba era de encontrar una forma de dar legitimidad y legalidad a un texto que no satisfacía a la opinión nacional por las serias irregularidades en su aprobación y por carecer de consenso al haber sido impuesta con el uso de la fuerza. De este modo el Congreso Nacional más bien convalidó, a

título de “ajustes”, un proceso de reforma total de la Constitución llevado con serias irregularidades.

Hubo pues un accidentado y anómalo proceso para aprobar la Constitución – según lo hemos señalado-. En grande, en un recinto militar con la deplorable secuela de víctimas mortales en Sucre, más una aprobación en detalle y revisión en un local cercado por fuerzas del orden en Oruro para impedir la participación de los sectores de oposición o, por lo menos, someterlos mediante acciones de amedrentamiento.

Para desarrollar nuestro trabajo de crítica a algunas cuestiones del texto constitucional que está en vigencia desde el 7 de febrero de 2009, hemos tomado como temas centrales de referencia: modelo de estado, derechos fundamentales y división de poderes. En consecuencia, estos **Apuntes** están dirigidos a señalar la normativa constitucional pertinente a estas materias y su incidencia poco confiable en el fortalecimiento de un estado de derecho; todo ello, independientemente de haberse ya encontrado el justificado cuestionamiento a la NCPE por ser producto de la imposición por la fuerza y la convivencia cuantitativa del partido oficial.

1.- Modelo de Estado.

Dentro de este apretado análisis del nuevo texto de la Constitución, es posible hallar las pautas y orientación que ha seguido. Para ello utilizaremos glosas y comentarios que puedan satisfacer esa urgente como inaplazable necesidad de informarse sobre el nuevo enfoque normativo de las bases organizativas del Estado y que, desde luego, responde a una estrecha concepción, muy propia de una posición partidista con inconfundible tendencia hegemónica, por lo que no es precisamente una concepción renovadora y de cambio, sino más bien carente de la universalidad en el sentido de involucrar a todos los bolivianos (hombres y mujeres) que exige una Constitución moderna, omisión que puede apreciarse en el texto aprobado, esa universalidad que, además, la haría compatible con los objetivos que persigue la comunidad internacional en lo que es una democracia auténtica. No habiendo esa característica, mal podría afirmarse que se trata de una Constitución que garantiza el Estado de Derecho. De otro lado, por mucho que se pretenda encontrar bondades en el texto de la NCPE, o que ciertamente las tuviera, no deja de ser difícil para la convicción y sentimiento democráticos del pueblo, aceptar su contenido, por haber sido impuesto mediante la fuerza y la violencia, y por alejarse de los postulados democráticos de la comunidad internacional. Veamos:

Tiene un **Preámbulo**⁷ en el que se intenta justificar el nuevo texto constitucional. “Dejamos en el pasado -dice- el Estado colonial, republicano y neoliberal...”. O

7 Los constitucionalistas chilenos Humberto Nogueira y Francisco Cumplido, anotan en su libro *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional* (Editorial Universidad de Talca, Noviembre de 2002, Tomo II, pág. 53), anotan lo siguiente: “...En diversos ordenamientos, dentro de los cuales destacan el español, se considera el preámbulo

sea que se descarta todo lo relacionado con el carácter republicano del sistema. Evidentemente no encontramos ni la palabra ni el concepto “república” cuando en su primer artículo la Constitución define el modelo de Estado, un cambio de la palabra que solo parecería formal, pero que analizado en el fondo implica eliminar el modelo republicano que está más identificado con una institucionalidad democrática, para sustituirla por la de Estado, para asumir; ni duda cabe, otro modelo cuyas características no son compatibles con el sistema democrático y, sí más bien, con el autoritarismo.

Las constituciones modernas, en ese orden, no han encontrado motivo para abandonar el añejo concepto de “república”, ni siquiera lo hicieron los países de la Europa Oriental que durante el período de la guerra fría no tuvieron inconveniente en llamarse “Repúblicas”, claro está con el aditamento de “populares y democráticas” aunque en la práctica no tuvieron esas características al ser de corte totalitario bajo la hegemonía de un solo partido político, el partido comunista.

El modelo de Estado es algo primordial para definir la dirección y objetivos que se le quiere dar a éste⁸. En el derecho comparado las constituciones de países americanos y europeos definen el modelo de Estado sin eliminar –como dijimos- el concepto de “república” con todo lo que este concepto implica para identificar a un Estado democrático. Así la Constitución de la Nación Argentina dice en su artículo 1º: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”. Si bien no hace expresa alusión al régimen democrático, debe considerárselo implícito por su carácter republicano. Así lo sostiene el destacado constitucionalista argentino Néstor Pedro Sagües: “No dice “democrática” pero ello emerge tácitamente...”⁹- afirma.

En la Constitución de Colombia el artículo 1º proclama: “Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. Puede advertirse en esta redacción que expresamente se declara el Estado Social de Derecho y la forma de República unitaria democrática, más otros rasgos esenciales del modelo republicano.

como un elemento orientador de la interpretación constitucional de carácter finalista, armónica y sistemática, además de un valor normativo limitador y vinculante respecto del desarrollo de las demás disposiciones integrantes de la Carta Fundamental”.

- 8 En nuestro opúsculo *Una Constitución para todos los bolivianos*, mayo 2007, decíamos sobre el modelo de Estado: “Viene a ser el punto de partida para el diseño y estructura de funcionamiento del Estado, del que depende toda la organización de las instituciones sobre las cuales éste descansa. El más interesado en este diseño es la persona como destinatario final de las normas constitucionales aprobadas. Esta premisa es esencial pues en última instancia es el individuo sobre quien recaerá las bondades o defectos de la norma jurídica, más aún si se trata de la Constitución que es el marco de todo el ordenamiento jurídico” (pág. 112)
- 9 Sagües, Néstor Pedro. *Constitución de la Nación Argentina*. El texto transcrito corresponde a la *Introducción* que hace en esta publicación, el destacado constitucionalista

En la Constitución de Guatemala hay dos artículos que sirven al propósito de este trabajo y expresan lo siguiente: “**Artículo 1°.- Protección de la persona.** El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común.- **Artículo 2°.- Deberes del Estado.** Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”. En esta Constitución –vemos– se reconoce como objetivo fundamental del Estado, la protección de la persona y el bien común, para luego señalar los deberes de éste de garantizar a los habitantes de la **República** y, por supuesto, resguardar los valores que se encuentran enunciados expresamente.

Dicho lo anterior y volviendo al **Preámbulo** de la NCPE, aparte de lo señalado, debemos formular una interrogante que emerge de una cuestión aparentemente formal pero que en realidad –según criterio nuestro– tiene relevancia. Tal vez en ello contribuyó la prisa en aprobar la Constitución o se aceptó (lo menos probable) el criterio de que el **Preámbulo** no era parte del texto constitucional. La interrogante es: ¿El **Preámbulo** aludido es parte del nuevo texto constitucional?, pues si leemos con algún cuidado el encabezamiento del texto de la ley que promulga la Constitución este **Preámbulo**, al parecer, no forma parte del texto constitucional si partimos de la misma publicación de la Gaceta Oficial de 7 de febrero de 2009, ya que dicho **Preámbulo** figura en otra página independiente, anterior a la ley que promulga la Constitución, como puede comprobarse cuando dice en la parte final del encabezamiento: “... **Por voluntad del soberano se proclama la siguiente: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO;...**”, y a continuación sigue la transcripción del texto íntegro en el que, como se ha indicado, no se incluye al **Preámbulo**, lo que nos lleva a pensar que no podría considerarse parte de la Constitución promulgada el 7 de febrero de 2009 y, por consiguiente, sin posibilidad de merecer una cita o mención dentro del manejo interpretativo de su contenido. Como información ilustrativa diremos que las constituciones de Alemania, España y Colombia tienen ese **Preámbulo** que, aparte de estar redactado en tono solemne e impecable ajeno a todo desliz de resentimiento, forma parte de la estructura misma del texto promulgado.

1.2.- Constitución boliviana de 7 de febrero de 2009

Su art. 1° tiene la siguiente redacción: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario, Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”. No hallamos la palabra “república”.

En la anterior Constitución, el art. 1° al definir el modelo de Estado, sin mayores complicaciones y en forma precisa disponía que: “Bolivia, libre, independiente y soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su

gobierno la forma democrática representativa y participativa, fundada en la unión y solidaridad de todos los bolivianos”. Finaliza con el párrafo II que tiene una fórmula igualmente clara, sin caer en la innecesaria ampulosidad al expresar: “II. Es un Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad y la justicia”.

Salta a la vista la marcada diferencia entre ambos textos, un cambio conceptual por el que del sistema republicano se va al de tipo excesivamente estatista. Por otra parte, el art. 1º de la actual Constitución está redactado de modo que podría dar a entender que Bolivia recién a partir del 7 de febrero de este año 2009 “se constituye (antes no lo habría estado) en un Estado unitario social de Derecho”, una sutileza gramatical si se quiere, pero que puede causar situaciones imprevistas cuando el nuevo órgano jurisdiccional de control de constitucionalidad (Tribunal Constitucional Plurinacional), que será elegido por voto popular, haga la interpretación de su texto y dé prioridad a una línea estatista más identificada con un régimen autoritario, sobre todo si la prevista elección popular de magistrados dé lugar al predominio gubernamental o del partido oficial dentro de la conformación del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional. Inclusive, el acto de refundación que se invoca en la parte final del **Preámbulo**, podría servir también a este propósito, de riesgo para la subsistencia del Estado de Derecho, si se lo interpreta con ese criterio de predominio estatal que parece ser su finalidad.

2.- Derechos fundamentales

En esta materia, la nueva Constitución tiene un extenso repertorio. Antes estaban enunciados en once (11) incisos del art. 7 de la abrogada Constitución. Ahora, en la nueva (NCPE) el catálogo de los derechos fundamentales es mucho más amplio, desde el art. 13 al art. 75, se hace una enumeración, en algunos casos con más normas reglamentarias.

La inserción de un catálogo de los derechos fundamentales al texto de la Constitución, es una característica inherente a sus fines primordiales y responde a la necesidad de que la persona esté garantizada efectivamente en su libertad y su dignidad conforme plantea la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. “En una democracia moderna- dice un estudioso del tema- quien toma las decisiones, directa o indirectamente, son siempre y solamente los ciudadanos, con su voto (...) Sin la concepción individualista de la sociedad no se puede justificar la democracia”¹⁰. Un criterio de fondo que, bajo un ligero análisis, podría considerarse liberal o conservador; pero no es así, porque hace una estimación justa, elevada y profunda al mismo tiempo, de la persona dentro de la sociedad en

10 Velasco Criado, Demetrio. *LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN SU CINCUENTA ANIVERSARIO*. Libro colectivo publicado por la Universidad de Deusto. Bilbao, España. 1998. Pág. 211.

una suerte de reciprocidad de intereses entre ambas: individuo y sociedad. No cabe duda de que en materia de derechos humanos se ha elaborado toda una doctrina que los afianza y los justifica: “La naturaleza del individuo, - se afirma- libre e igual, sigue siendo el fundamento ontológico de la humanidad regenerada reconciliada que postula la Declaración. Desde este nuevo orden ontológico “individualista”, en el que no caben discriminaciones ni los particularismos excluyentes, se proyecta un ideal universalista, de carácter democrático, que debe encontrar su participación jurídica, tanto en el ámbito estatal, como en el de las relaciones internacionales. La persona humana concreta, sujeto de derechos inalienables, es el fundamento ontológico de toda construcción social y política. Cualquier pretensión que busque priorizar otros potenciales derechos “colectivos”, socioeconómicos, políticos o culturales, a costa de los derechos individuales, queda deslegitimada como totalitario y ajena al espíritu de la Declaración”¹¹. Y no olvidemos que este documento tiene a Bolivia entre los primeros países que lo suscribieron.

Debe preocuparnos por ello que si bien, se tiene en la nueva Constitución un texto amplio relativo a los derechos humanos y están señalados los medios de defensa de los mismos bajo la denominación de “acción de defensa” (arts. 125 y siguientes), hay, sin embargo, preceptos que contradictoriamente los hacen vulnerables como por ejemplo: los arts. 123 y 124 de la propia Constitución, que antes los hemos mencionado. El primero en cuanto altera el principio de irretroactividad de la ley al posibilitar excepcionalmente esa retroactividad para investigar, procesar y sancionar los delitos de corrupción, no para beneficiar que es la finalidad de la retroactividad en casos especiales. Se recordará que el texto anterior correspondiente al art. 33 de la Constitución abrogada, sólo excepcionalmente admitía la retroactividad en dos situaciones, en materia social y en materia penal cuando la ley beneficiara al delincuente. La nueva versión de este principio dispone esa retroactividad excepcional, no precisamente para beneficiar a la persona, sino más bien para procesarla, tratándose de delitos de corrupción como lo establece el citado art. 123 cuando dispone: “La ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo excepto (...) en materia de corrupción, para investigar procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado, y en el resto de los casos señalados por la Constitución”.

Es decir, que una ley anticorrupción podrá aplicarse, a instancia del Estado o de un particular, a servidores o funcionarios públicos que hubieran ejercido su cargo hace quince o veinte años. Se abre así una peligrosa compuerta a la revancha o a la represalia política y se pone en manos de los grupos de poder una herramienta ideal para usarla discrecionalmente contra los adversarios del régimen, y alentar una persecución que curiosamente podría respaldarse con una norma constitucional

¹¹ Ob. Cit., pág. 239.

contraria al principio de irretroactividad. ¿No será caer en lo que el escritor Víctor Hugo llama la “rutina del odio”?

El artículo 124 hace una nueva tipificación del delito de traición a la patria que solo podía darse en situaciones de guerra extranjera, en el tratamiento que se dio a este delito en nuestras constituciones pasadas. Así lo decía el art. 17 de la Constitución abrogada: “Se entiende por traición la complicidad con el enemigo durante el estado de guerra extranjera”. Ahora el citado art. 124 involucra otras situaciones a las que se asimila como delitos de traición a la patria –con una tipificación discutible- al señalar que comete delito de traición a la patria la boliviana o el boliviano que viole el régimen constitucional de los recursos naturales o que atente contra la unidad del país, dos figuras penales que también ponen en riesgo, ni duda cabe, la seguridad y la libertad del individuo porque se facilita al Estado (y por ende al partido político gobernante) la imputación de estos delitos en forma arbitraria y cuando así convenga hacerlo a los organismos gubernamentales o al partido oficial. Por la redacción del citado artículo es fácil suponer que detrás de una imputación de esta naturaleza estará la intención política de inhabilitar al adversario o a quien incomode al gobierno, sea dirigente sindical, universitario o cívico. Hasta le puede servir a quien utilice esta figura para venganza personal. Un verdadero retroceso dentro del sistema de garantías. Pero no sólo eso, sino que la aplicación posterior de este artículo puede resultar, en el futuro inmediato o mediato, un bumerán para sus mentores y para quienes actualmente están en función de gobierno, cuando dejen de ejercerla y aun estando en el desempeño de un cargo público, una perspectiva poco tranquilizadora, teniendo en cuenta que el mencionado delito está severamente sancionado con treinta años de presidio. En consecuencia no tiene el artículo citado alcances preventivos o disuasivos, dentro de una correcta política criminal, y será más bien utilizado para efectos intimidatorios a quienes se manifiesten contrarios a la política oficial.

Encontramos otra contradicción cuando la NCPE se refiere al derecho de participar en la formación del poder político pues no obstante que en su art. 26.II,2), reafirma el principio de que el voto es universal, directo, indivisible, secreto, libre y obligatorio y es en esa forma que se deberá ejercer el derecho Sin embargo y a renglón seguido fija un condicionamiento o una limitación poco democrática, cuando dice: “Donde se practique la democracia comunitaria los procesos electorales se ejercerán según normas o procedimientos propios, supervisados por el órgano electoral...” Y aunque en esta redacción se reitera el carácter universal, secreto, individual y directo del voto, no deja dudas de que se podrá imponer otra forma de votación, contraria al principio universal antes señalado haciéndolo más bien de carácter corporativo o comunitario, ajeno a una concepción y práctica democráticas, desde el momento en que se refiere a una democracia comunitaria a ser ejercida bajo sus propias normas y procedimientos. Lo correcto y admisible sería que esa

denominada “democracia comunitaria”, de carácter corporativo, ceda dentro del proceso electoral y dé paso a una democracia participativa.

Esta variante contradice abiertamente la esencia del derecho al voto universal, pues donde haya una “democracia comunitaria”, como dice el texto constitucional, los procesos electorales se realizarán según normas y reglas propias. ¿No será una forma de restablecer el voto corporativo propio de regímenes autoritarios que fueron derrotados en la Segunda Guerra Mundial?

2.1. Derecho de aislamiento de los pueblos indígena originario campesinos

Recordemos que en el Régimen Agrario Campesino incorporado a la Constitución de 2004, su art. 171, tenía un texto con sólidos principios a ser desarrollados mediante leyes orgánicas y especiales en beneficio de este sector. En la nueva Constitución, si bien se le dedica un texto mucho más extenso, a propósito de sus derechos, inclusive dando el concepto de lo que es nación y pueblo indígena originario campesino, en el art. 30 incurrir en una omisión al no precisar como objetivo específico del Estado la promoción cultural, económica y social de las naciones y pueblos indígena campesinos, su efectiva incorporación a los beneficios de la cultura y civilización. Por el contrario en el art. 31 se los condena a su aislamiento en lugar de ofrecerles mejores perspectivas de progreso para sacarlos de ese aislamiento denunciado por el citado art. 31.II y erradicar prácticas ancestrales de autoexclusión al plantear que: “II. Las naciones y pueblos indígenas en aislamiento y no contactados gozan del derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan”. O sea que el Estado empieza por institucionalizar esa situación de aislamiento y paradójicamente les reconoce a los pueblos que viven en esa situación precaria, el derecho de seguir viviendo así, aislados, sin contacto con el mundo civilizado que los rodea. Parece más bien que esta curiosa forma de reconocer el aislamiento como un derecho, tiene de trasfondo asegurar en un futuro inmediato el apoyo al régimen gobernante, algo que ciertamente no se articula o no concuerda con un Estado que siga una línea verazmente democrática que promueva la integración nacional. Suponemos que la prisa por aprobar la nueva Constitución a como dé lugar, por las buenas o por las malas –como dijo en su momento el primer ciudadano del país- nos ha llevado a tener un texto impuesto por intereses de hegemonía partidaria antes que por consolidar el Estado de Derecho. Y en medio de un frondoso repertorio de derechos se introduce una fórmula que exige al Estado de los fines que lo obligan a buscar medios de promoción de esos pueblos “aislados” y, por el contrario, los condena a vivir en su territorio, con la agravante de hacerlos vulnerables al manoseo del partido político en función de gobierno y someterlos a un régimen de servidumbre política. En el siglo pasado hemos tenido experiencias de esa naturaleza.

Se podría creer en las ventajas y bondades de este art. 31, parágrafo II si tuviera una redacción que permita esperar efectos saludables y que comprometa al Estado a encarar este problema del aislamiento¹² (que no puede ser un derecho), estableciendo por ejemplo que el Estado social y democrático tendrá, entre sus fines, el de promover en el campo social, económico y cultural de los pueblos indígenas y campesinos en aislamiento, su incorporación a los beneficios de la civilización y la cultura aplicando políticas adecuadas de integración, conforme a ley. Entonces no habría el enunciado de un derecho que no es tal, el de “mantenerse aislados” y sí, más bien, abrirles la oportunidad de integrarse a la Nación a más de plantear la necesidad de que se dicte una ley que desarrolle este principio de integración nacional. Inclusive se habría cumplido la importante misión del legislador: primero, dictar leyes que se puedan cumplir; segundo: hacer de ella un instrumento de unidad de los bolivianos; tercero: abrir posibilidades, en vez de cerrarlas, para una apertura democrática a favor de los pueblos indígenas que les permita un desarrollo pleno de su personalidad e individualidad, una efectiva promoción cultural, económica y social, y una verdadera integración en el país, en lugar de aplicar una política interna de aislacionismo desde el mismo Estado con el sólo propósito de facilitar el acceso exclusivo de los grupos de poder a estos pueblos y someterlos a la consigna partidaria.

2.3. Cuestión que atañe al derecho de familia

En el abreviado análisis que venimos haciendo en este trabajo, encontramos que en materia familiar, asunto que interesa a todos por ser el núcleo fundamental de la sociedad, la Constitución vigente le dedica los arts. 62 al 66 que no guardan precisamente una secuencia lógica, ni tienen asomo alguno de concordancia, características necesarias a los fines interpretativos y de aplicación de las normas jurídicas a casos concretos porque finalmente se trata de eso: la ley, como instrumento o herramienta de la justicia, es para aplicarla. En otras palabras, la normativa redactada para esta cuestión no responde a una correcta sistemática ni al título que lleva la Sección respectiva, como a continuación indicamos:

Bajo el rótulo “Derecho de las familias” (cuando mejor hubiera sido decir: “Derechos de la familia”), en la Sección VI del Capítulo Quinto de la NCPE (Derechos Sociales y Económicos), tan pronto se habla de las garantías que el Estado brindará a la familia, como en seguida pasa a dar una noción descriptiva de lo que debe entenderse por matrimonio: “El matrimonio –dice- entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges”. Algo de prosaico tiene esta redacción en su primera parte cuando aclara que el matrimonio es entre una mujer y un hombre, lo que siempre se ha

¹² La acepción de la palabra “aislar”, según el Diccionario de la Lengua Española, es “Dejar una cosa sola y separada de otras (...) Retirar a una persona del trato y comunicación de la gente o de un grupo”, de manera que no sería apropiado hablar de un derecho de aislamiento.

sabido y se ha cumplido. Luego el art. 65 incursiona de manera impertinente en una regulación que corresponde hacerla a una ley especial, pues señala una incidencia procesal donde se establece el principio de presunción de filiación, salvo prueba en contrario. Aceptable hasta este punto pero innecesario, por no ser propio, el fijar elementos probatorios que corresponde presentarlos y valorarlos dentro de un procedimiento especial señalado por la ley respectiva.

Completa esta Sección VI, el art. 66 que contiene una norma en la que se garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos. Han debido darse razones de peso para introducir este artículo dentro del capítulo destinado a los "Derechos de las familias", antecedentes que deben constar en los archivos de la Asamblea Constituyente pues la ubicación y la redacción de la norma citada, no corresponderían a una adecuada estructura y sistemática, por cuanto ni el régimen familiar ni el matrimonio tratados en este capítulo guardan relación con las garantías que da la Constitución actual en el ejercicio de los derechos sexuales de hombres y mujeres y sus derechos reproductivos, pues se sobreentiende que las relaciones de esta naturaleza entre cónyuges no precisan de garantía alguna.

2.4. Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa.

Hasta hace poco teníamos los recursos de hábeas corpus (1931) y de amparo constitucional (1967) como los medios que la Constitución estableció para resguardo de la libertad y de los derechos fundamentales de la persona. En la reforma constitucional del año 2004 se instituyó el *hábeas data* para protección de la honra y fama de la persona y la de su familia. La Constitución de 7 de febrero de 2009, amplía estos medios aunque dándoles distinta denominación bajo el Título general de **Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa (Título IV, Primera parte arts. 109 a 136)**: acción de libertad, acción de amparo constitucional, acción de protección de la privacidad, de inconstitucionalidad, de cumplimiento, acción popular. En consecuencia son estas acciones, en lugar de los antes denominados **recursos**, las que conforman las garantías jurisdiccionales y proveen los medios de defensa en resguardo de los derechos fundamentales de la persona. La **acción de inconstitucionalidad**, la **acción de cumplimiento** y la **acción popular** son los nuevos recursos que la Constitución de 7 de febrero incorpora en su texto para la defensa de los derechos. La acción de inconstitucionalidad (art. 132), que en cierto modo restituye la demanda de inconstitucionalidad que podía plantear cualquier ciudadano ante la Corte Suprema de Justicia; la acción de cumplimiento (art. 134), para pedir el cumplimiento de normas constitucionales o de leyes, que los servidores públicos omitieran hacerlo; la acción popular (art. 135) dirigida contra actos u omisiones de autoridades o de personas que violen o amenacen violar derechos o intereses colectivos.

No obstante de que este capítulo de la Constitución está dedicado a las garantías jurisdiccionales, llama la atención que dentro de él se hayan introducido las figuras penales de genocidio, de lesa humanidad, de traición a la patria, crímenes de guerra, de los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, para sentar el principio de imprescriptibilidad de esos delitos. Nos parece en realidad, que correspondía hacer el enunciado de los mismos en otra sección de la nueva Ley Fundamental, más acorde con una apropiada sistemática o distribución de materias, o se haga una tipificación más técnica en el código de la materia, porque tal principio de imprescriptibilidad tiene que ver más bien con la sanción a quienes hubieran incurrido en éstos delitos y evitar su impunidad por el transcurso del tiempo y esté siempre vigente la acción penal. Mayor nuestra preocupación si algunas de estas figuras delictivas estarán sujetas al régimen excepcional de la retroactividad como se dispone en el art. 123 de la NCPE, entre ellas el delito de traición a la patria (art. 111).

III DIVISIÓN DE PODERES.

Una de las más firmes garantías para la vigencia de un Estado de derecho, es la división de poderes. Pese al tiempo transcurrido, más de dos siglos, la separación o división de poderes es un principio que se viene manteniendo vigente en las constituciones modernas como base de la organización del Estado. Se ha sostenido alguna vez por la doctrina, sin embargo, que tal principio ha sido superado por el de separación de funciones puesto que el Estado ha ampliado sus objetivos y se le han dado mayor número de responsabilidades, por lo que la clásica división de poderes ya no sería suficiente. No obstante todavía se la mantiene y no por ello resulta anacrónica. Y nos parece un acierto porque, jurídica y políticamente, será siempre más fácil identificar, en los ámbitos del legislativo, ejecutivo o judicial, a quienes ejercen correctamente el poder, o a quienes abusan de él, de manera que pueda tener más eficacia el control de constitucionalidad con relación a estos tres poderes (ahora son cuatro órganos: legislativo, ejecutivo, judicial y electoral), que en todo caso deben someter su ejercicio a la Constitución, alejando la posibilidad de que uno de ellos pretenda arrogarse ilegalmente las facultades que correspondan a otro, o particularmente incurra en excesos. Inclusive el término **poder**, como denominación, está en el uso diario de la opinión pública que, de ese modo, identifica de inmediato a quienes lo ejercen con legitimidad, o a quienes se sirven de él abusivamente. Ni en la dinámica de una teoría constitucional se ha prescindido de esa denominación. Inclusive en un instrumento internacional como es la Carta Democrática Interamericana, se utiliza el término, cuando en su Artículo 3 se refiere a la cuestión de **acceso al poder**.

En la práctica, además, resultaría de menor efecto o impacto hablar por ejemplo de “abuso de funciones” y no así de “abuso de poder”, de manera que no sólo

por razones histórico-políticas sino por la necesidad de hacer un control efectivo en el uso del poder cualquiera que sea su motivación y quienes lo ejerzan, era conveniente mantener el principio de **división de poderes**, con esa denominación que se ha impuesto tanto en la doctrina como en el derecho positivo, y asegurar la vigencia de un sistema democrático sin perjuicio, si se quiere, de ampliar y perfeccionar su contenido.

La Constitución española (1979) dentro de su redacción, alude en forma reiterada a los **poderes públicos**. Tenemos los siguientes textos: "Art. 9.1. Los ciudadanos y los **poderes públicos** están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Dentro de este mismo precepto se tiene el párrafo 3 con el siguiente texto: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas (...) la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los **poderes públicos**" (la cursiva es nuestra).

La Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (1949), de manera explícita dice en su artículo 1. (3) "Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los **poderes legislativo, ejecutivo y judicial** como derecho directamente aplicable" (la cursiva es nuestra). Cabe anotar que aparte de mencionar a los tres poderes, la Constitución alemana establece el principio de vinculatoriedad que tienen dichos poderes del Estado con referencia a los derechos fundamentales de la persona y la aplicación directa de éstos, es decir sin necesidad de remitirse a ley especial alguna pues basta el enunciado constitucional de esos derechos para ejercerlos y protegerlos sin reserva alguna.

En la Constitución Política de la República de Costa Rica encontramos el Artículo 9 con la siguiente redacción: "El Gobierno de la República es popular, representativo,, alternativo y responsable. Lo ejercen **tres Poderes** distintos e independientes entre sí: **Legislativo, Ejecutivo y Judicial**.

"Ninguno de los **Poderes** puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias". (la cursiva nos corresponde).

El art. 2º. de nuestra anterior Constitución era bastante concreto y de manera precisa se refería a la soberanía popular y a la división de poderes¹³. En el contenido de este precepto está concentrada toda una doctrina político - constitucional, pues por una parte se declara que la soberanía reside en el pueblo, en otras palabras está enunciado el principio de soberanía popular la que está delegada a los tres poderes

¹³ Su texto es el siguiente: "La soberanía reside en el pueblo, es inalienable e imprescriptible; su ejercicio está delegado a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La independencia y coordinación de estos poderes es la base del gobierno. Las funciones del poder público: legislativa, ejecutiva y judicial, no pueden ser reunidas en el mismo órgano" (CPE de 2004)

del Estado, cuya independencia y coordinación es la base del gobierno; y por otra se prohíbe la concentración de poderes en un solo órgano.

Concluimos esta parte citando la opinión de un autorizado tratadista español: “Hemos de recordar (...) que la división de poderes no es ningún artificio ingenieril para distracción de constitucionalistas sino que fue concebida desde el principio precisamente como una técnica de garantía de la libertad...”

¿Cómo se encara este asunto en el nuevo texto de la Constitución? Desde luego que el término **poder** deja de tener preeminencia. En el art. 12 se habla de que “El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos”.

La redacción de este artículo de la nueva Constitución boliviana deja en duda la eficacia de una auténtica división de poderes como antes se la enunciaba. Se identifica en el citado precepto a un Estado absolutista cuando en tono posesivo se refiere a “**su** poder público” por si acaso en el futuro tuviera que interpretarse con alguna sutileza en ese sentido para favorecer; no al Estado como tal que cumple o debe cumplir fines superiores, sino al partido en función de gobierno que esté a cargo del manejo del Estado. Constituciones modernas mantienen esta división de poderes según hemos indicado anteriormente, y no por ello puede afirmarse que están dentro de las superadas corrientes “neoliberales”, terminología que, según hemos visto, figura en el preámbulo de la NCPE con una clara intención peyorativa.

I.- Órgano judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional.

Finalizamos nuestro breve trabajo refiriéndonos al ahora llamado Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional, correspondiente al Título III de la Segunda Parte de la Constitución, relativa a la **Estructura y Organización Funcional del Estado**. No olvidemos que en lugar de la clásica división de los tres poderes del Estado, ahora se tienen cuatro “Órganos”: Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral de acuerdo con el art. 12.I de la NCPE. Sólo nos concretaremos a señalar brevemente los siguientes aspectos:

a) Se reconocen las siguientes jurisdicciones: ordinaria, constitucional, agroambiental, indígena originaria campesina, sin contar con la de carácter disciplinario a cargo del Consejo de la Magistratura.

b) No se establece en el texto constitucional el número de miembros que debe tener cada uno de los órganos jurisdiccionales, como lo hacían las constituciones anteriores, de modo que será la ley especial la que determine ese número, lo que puede significar, en el futuro, aumento progresivo e irracional de miembros,

sea del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Agroambiental o Consejo de la Magistratura, en la medida en que se vayan presentando exigencias de carácter político partidista. O sea que no se mantiene el anterior criterio de que sea la Constitución la que fije el número de miembros de cada uno de esos órganos, como lo vino haciendo dándole jerarquía constitucional a la respectiva norma, aparte de que se evitaba que por circunstancias políticas o presiones partidistas coyunturales, se pretenda incrementar el número de miembros, modificando la ley respectiva, trámite más fácil que reformar la Constitución.

c) Estará seriamente afectada la independencia del Órgano Judicial porque sus miembros serán elegidos por voto popular, es decir basándose en preferencias partidistas antes que en la idoneidad, y peor aún si la selección de postulantes o candidatos, estará a cargo de la Asamblea Legislativa Plurinacional, órgano predominantemente político, pues el art. 182. I de la NCPE le asigna la facultad de efectuar la preselección de los postulantes.

d) Se añade a lo anterior el hecho de que se da al Consejo de la Magistratura la facultad de promover la revocatoria de mandato de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Agroambiental. Esto significa que a instancia del Consejo de la Magistratura – movida o influenciada por intereses partidistas- podrá irse a la revocatoria de cualquiera de las autoridades que presuntamente hubieran cometido faltas disciplinarias gravísimas. Digamos que no es aconsejable este procedimiento, pues hace del Consejo de la Magistratura un organismo con semejante facultad que lo llevará a cometer arbitrariedades¹⁴

f) Se da también al Consejo de la Magistratura la facultad de ejercer el control disciplinario de los vocales, jueces y personal administrativo y auxiliar del órgano judicial, con la excesiva atribución de decretar la cesación en el cargo de los funcionarios que el Consejo los haya procesado, por la comisión de faltas disciplinarias gravísimas señaladas por ley. Se abre acá la tentación para caer en el abuso de poder o abuso de funciones y crear un factor de desestabilización del órgano judicial, con la consiguiente inseguridad jurídica.

IV. CONCLUSIÓN

Hemos hecho el análisis sucinto de una mínima parte del extenso texto constitucional que nos da una idea de la línea marcadamente estatista que sigue, producto de una imposición de corte hegemónico, Constitución aprobada por la

¹⁴ Nuestro temor lamentablemente se dio en la realidad, pues el todavía actual Consejo de la Judicatura, mediante uno de sus personeros, aplicó la pena de destitución contra un Vocal del Tribunal Agrario Nacional, en una franca infracción de las garantías constitucionales y en una usurpación de funciones, incurriendo en una grave arbitrariedad. Si bien esta situación fue reparada posteriormente mediante una acción de amparo constitucional, en todo caso ya mostró sus primeros efectos negativos.

Asamblea Constituyente en medio de hechos y circunstancias que hacen cuestionable su legitimidad y legalidad y que se han señalado en este trabajo. Habrá que pensar por ello en reformas posteriores del texto constitucional a fin de reencauzar los objetivos de un auténtico Estado de Derecho y cumplir el principio proclamado por la Carta Democrática Interamericana de 11 de septiembre de 2001 que en su art. I expresa: “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”.