



Revista

TRIBUNA JURÍDICA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

(En línea)

ISSN: 2789-4754

(Impreso)

ISSN: 2707-4153

Número

03

Vol. 3

REVISTA CIENTÍFICA

Departamento de Investigación Ciencia y Tecnología

Enero 2022

TJ
Tribuna Jurídica



ISSN: 2707-4153 (Impreso)

ISSN: 2789-4754 (En línea)

Revista

TRIBUNA JURÍDICA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

Nro. 03 Volúmen. 3

REVISTA CIENTÍFICA

Departamento de Investigación Ciencia y Tecnología

Enero 2022

PRESENTACIÓN



MSc. Abog. Edgar Ortíz
Caso

Decano de la Carrera
de Derecho
Facultad de Ciencias
Jurídicas y Políticas

En mi condición de Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma Juan Misael Saracho, me siento honrado en presentar la revista facultativa “Tribuna Jurídica” Nro. 3 Volúmen. 3; y habiendo concluido favorablemente el proceso de evaluación y acreditación de la Carrera de Derecho, nos motiva a continuar en las acciones que contribuyan al mejoramiento del proceso enseñanza aprendizaje. La investigación es un pilar fundamental en la educación universitaria y una debilidad detectada en la autoevaluación y evaluación de nuestra Carrera de Derecho, por lo que pretendemos implementar políticas institucionales que mejoren y amplíen la investigación.

El impacto producido por el COVID-19, constituyó un reto que enfrentamos, realizando las actividades académicas de manera virtual, así también cumplimos con la segunda edición semestral prevista para nuestra revista facultativa “Tribuna Jurídica”, siendo nuestro objetivo, posicionarnos como un referente en soluciones a problemas que se presentan en la sociedad, satisfaciendo en especial la necesidad general de justicia.

La investigación jurídica, hoy más que nunca, es necesaria para el estudio y aplicación del derecho como práctica social, como conocimiento científico para el académico, para el abogado, el juez, el legislador, el funcionario público. Pretendemos dejar de lado la enseñanza memorística y repetitiva en la formación de los abogados, la cual se reproduce en la práctica jurídica en todos los campos de su desempeño, por lo que es necesario avanzar significativamente en lo que se refiere a la investigación.

Quedamos profundamente agradecidos con nuestros docentes, y con los profesionales del interior y exterior del país, que participan con sus artículos en esta publicación de la revista “Tribuna Jurídica”, y esperamos que en nuestras siguientes ediciones continúen participando juristas de reconocido prestigio, motivando a todos los docentes a ser parte de este reto, que es el de posicionar a nuestra revista en el ámbito nacional e internacional.

EDITORIAL



MSc. Miriam Gina
Flores Hoyos

Editora
Docente Carrera de
Derecho

Resulta satisfactorio para el Consejo Editorial de la Revista “Tribuna Jurídica” de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma Juan Misael Saracho, haber cumplido con la meta propuesta, de realizar una segunda publicación anual de nuestra revista, a pesar de la pandemia emergente del COVID-19, lo cual fue posible gracias a la virtualidad y al trabajo a distancia. Ponemos a disposición de la comunidad científica nacional e internacional, y en especial de nuestra comunidad universitaria, artículos producto de trabajos de reflexión e investigación, resultado del esfuerzo de cada uno de los autores, quienes no solo realizan un aporte científico y contribuyen al desarrollo del conocimiento de nuestros lectores, sino que además brindan un valioso apoyo al posicionamiento de nuestra revista en el ámbito nacional e internacional.

Les invito a leer cada uno de los artículos que engalanan nuestra revista, donde encontrarán contenido de gran relevancia e interés académico, escritos por nuestros docentes y por juristas de reconocido prestigio nacional e internacional, con un nivel crítico y profundo a la hora de plasmar sus ideas y mostrarlas a la comunidad académica en general. Nuestros lectores podrán apreciar investigaciones que abordan temas de gran importancia en el mundo actual, artículos científicos que presentan de manera detallada los resultados originales de estudios concluidos, artículos de reflexión y revisión de temas académicos. Varios de los artículos que se publican en esta edición, plasman la visión de sus autores respecto de temas vinculados a nuestra ley fundamental: la Constitución Política del Estado Plurinacional, de 2009, que es nueva si la comparamos con los viejos textos constitucionales de países del primer mundo y nos viene muy bien a los estudiosos del derecho y a la población en general, no solamente conocer el texto constitucional, sino analizarlo con un pensamiento crítico que nos permita su entendimiento. Por último, quiero agradecer a las autoridades universitarias y facultativas, a la DICYT, al Consejo Editorial, a los autores de los artículos, y a todos aquellos que aportaron en la consecución y publicación de esta revista.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA JUAN MISAEL SARACHO

AUTORIDADES

M.Sc. Ing. Henry Valdéz Huanca
Rector

M. Sc. Dra. Olga Martínez Revollo
Vicerrectora

M. Sc. Ing. Jorge Tejerina Oller
Director DICYT

AUTORIDADES FACULTATIVAS

M. Sc. Abog. Edgar Alejandro H. Ortiz Caso
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

M. Sc. Abog. Sonia Llanos Llanos
Vicedecana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

M. Sc. Abog. Miriam Gina Flores Hoyos
Editora

Lic. Guadalupe Amusquivar
Corrección

Rosalba Castillo Ordoñez
Carla Cruz Castillo
Diagramación

Israel Marino Jerez
Diseño

Sitio web

<https://dicyt.uajms.edu.bo/revistas/index.php/tribuna-juridica>

Correo Electrónico

revista@uajms.edu.bo

dicyt.uajms.edu@gmail.com

Reservados todos los derechos. Esta revista no podrá ser reproducida en forma alguna, total o parcialmente, sin la autorización de los editores. El contenido de esta revista es responsabilidad de los autores. Publicación financiada por el proyecto “Fortalecimiento de la Difusión y Publicación de Revistas Científicas en la Universidad Autónoma Juan Misael Saracho”

Enero, 2022



CONSEJO EDITORIAL

Esp. Abog. Eduardo Alberto López Centellas

Docente

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

M. Sc. Abog. Mónica Ugarte Wachtel

Docente

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

M. Sc. Abog. Sonia Llanos Llanos

Docente

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

M. Sc. Abog. Ximena Ávila Márquez

Docente

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

M. Sc. Abog. Miriam Gina Flores Hoyos

Editora

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

ÍNDICE

CONTENIDO

1.	Populismo punitivo y su relación con el derecho penal en Colombia: análisis del período 2000-2020 a partir del impacto de los medios de comunicación Omar Huertas Díaz, Paula Andrea Cruz Tibaduiza, Iván Ricardo Morales Chinome	2
2.	La opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su impacto en el régimen democrático boliviano Alan E. Vargas Lima	30
3.	Un café, escenario propicio para unas breves reflexiones dialógicas entre Mama Oclo y la diosa Themis sobre la acción popular a más de diez años de vigencia de la Constitución boliviana María Elena Attard Bellido	50
4.	La progresividad como principio y garantía de los derechos en el Estado democrático Ema Natalia Miranda Parra	72
5.	Constitución económica: evolución de la regulación de la economía en el marco constitucional boliviano Shirley Gamboa Alba	80
6.	El neoconstitucionalismo latinoamericano ¡quitemos la venda de los ojos de la diosa Themis! Los aportes de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en la construcción del Neoconstitucionalismo Latinoamericano Rossio Lima Gutiérrez	93
7.	Contradicciones del Tribunal Constitucional Plurinacional generan inseguridad jurídica Magda Lidia Calvimontes Calvimontes	108
8.	Test de razonabilidad y proporcionalidad: debido proceso desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Estado Plurinacional de Bolivia Ximena Carola Gonzales Ibáñez	124
9.	Acceso a la justicia de los pueblos indígenas en el ámbito tutelar del control plural de constitucionalidad: avances y retrocesos Mónica Gabriela Sauma Zankys, Patricia Serrudo Santelices	138

ARTÍCULO 1

Populismo punitivo y su relación con el derecho penal en Colombia: análisis del período 2000-2020 a partir del impacto de los medios de comunicación

Punitive populism and its relationship with criminal law in Colombia: analysis of the period 2000-2020 based on the impact of the media

Omar Huertas Díaz¹, Paula Andrea Cruz Tibaduiza², Iván Ricardo Morales Chinome³

¹ Abogado, Profesor Titular, Doctor en Derecho y Ciencias de la Educación, Investigador Senior de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia

² Estudiante de Derecho de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

³ Abogado, especialista en Instituciones Jurídico Penales y magíster en Derecho con profundización en Sociología y Política Criminal de la Universidad Nacional de Colombia.

* **Correspondencia del autor(es):** ohuertasd@unal.edu.co, dirección.

Resumen:

El populismo ha sido un término transversalizado, usado indistintamente para determinar una amplia gama de políticas públicas. Por su parte el término “populismo punitivo” está enfocado en la afectación directa e indirecta de la libertad de los individuos a causa de la reacción del derecho penal y contiene desafíos complejos que aún no han sido respondidos completamente, tales como la transferencia efectiva de este término. No se tiene certeza de cuál es la frontera que separa una medida atribuible al populismo punitivo y una que, a pesar de resultar polémica, cuestionable e incómoda, para un sector de la población no lo sea. Si bien los absolutismos no resultan una respuesta adecuada para construcciones lingüísticas y jurídicas, sí es posible ofrecer caracterizaciones mejor enfocadas que permitan visualizar un panorama más claro, crítico y menos pasional y políticamente utilitarista.

Palabras clave: Populismo punitivo, Colombia, sistema penal, medios de comunicación, democracia, proporcionalidad, política criminal sistémica.

Abstract

Populism has been a cross-sectional term, used interchangeably to determine a wide range of public policies. For its part, the term “punitive populism” is focused on the direct and indirect impact on the freedom of individuals due to the reaction of criminal law and contains complex challenges that have not yet been fully answered, such as the effective transfer of this finished. It is not certain which is the border that separates a measure attributable to punitive populism and one that despite being controversial, questionable and uncomfortable for a sector of the population is not. Although absolutisms are not an adequate answer for linguistic and legal constructions, it is possible to offer better focused characterizations that will visualize a clearer, more critical and less passionate and politically utilitarian panorama.

Keywords: Punitive populism, Colombia, penal system, communication media, democracy, proportionality, systemic criminal policy.

1. Introducción

Se ha comprendido que el populismo punitivo en sus concepciones más comunes plantea aumentar las penas privativas de la libertad o adicionar tipos penales a la ley para abarcar y penalizar conductas socialmente rechazadas; se ha utilizado con especial frecuencia en los delitos que tocan fibras profundamente sensibles en la sociedad. Igualmente, se ha aceptado que quienes han hecho propuestas de este tipo han buscado alguna clase de rédito político con su accionar. Sin embargo, no se cuenta con criterios que permitan clasificar con mayor solidez una propuesta en esta categoría, ni que muestren el nexo de una propuesta de este tipo con la búsqueda de un rédito político.

Se han aceptado al menos tres puntos cuando se habla de populismo punitivo i) atraen la atención de la población, al tocar temas de interés general o repudio social ii) como principales medidas proponen el aumento de penas o la creación de tipos penales, iii) quienes realizan estas propuestas buscan algún rédito político.

Estos puntos se han aceptado a nivel doctrinal sin mayor reparo, pero no se ha encontrado en la discusión un análisis de su razón de ser, del como estos puntos determinan que en efecto nos encontramos ante una propuesta populista, en el país no se ha contemplado la posibilidad de que en algún momento nos encontremos ante un proyecto que se refiera a un aumento en la pena o creación de un tipo penal por un tema de gran impacto sin encontrarnos per se ante el populismo punitivo. No hay un enlace que permita determinar la relación entre una propuesta populista y la búsqueda u obtención de réditos políticos.

El objetivo del presente artículo es plantear una serie de criterios que puedan ser analizados a la hora de calificar una propuesta legislativa como populismo punitivo poniéndolos en práctica sobre los proyectos legislativos que fueron calificados en su momento bajo este concepto en Colombia, entre el año 2000 y 2020. Se busca entonces caracte-

terizar el fenómeno del populismo punitivo desde su respectivo desarrollo conceptual, fundamentar criterios para el análisis del populismo punitivo y valorar el carácter populista de la aprobación de proyectos penales entre el 2000 y el 2020.

El presente estudio permite abordar de manera crítica el concepto de populismo punitivo, plantea un análisis metodológico de diversas propuestas legislativas desde todos los marcos políticos que buscan calmar el clamor popular de una sociedad convulsionada por procesos violentos en sus diferentes esferas, que busca que los índices de delitos bajen, razón por la cual normalmente se cae en propuestas punitivas “exageradas”, algunas de ellas sin aval constitucional, y otras tantas que desconocen las realidades del país.

Así las cosas, una de las preguntas a resolver será, ¿cuándo afirmar que hay populismo punitivo por aumento de penas?, para hacerlo se requiere una revisión de los elementos contextuales que rodean la propuesta, de las coyunturas electorales o la situación política para poder ver una suerte de conexión entre la propuesta y el rédito político, además de ver si se deben a casos mediáticos o situaciones altamente difundidas en medios de comunicación.

El fin de esto es construir criterios para saber cuándo hay populismo punitivo y así hacer un análisis centrado y guiado de las propuestas legislativas, conceptualizar el populismo punitivo se relaciona con los interrogantes: ¿qué es?, ¿cuáles son sus características centrales? ¿cuáles son sus consecuencias?, ¿se presenta una contradicción con los principios penales?, y ¿bajo qué contexto es usado? Para este análisis se debe determinar además el sentido de las propuestas, determinar cuántas obedecían a esta lógica de aumentar penas o reducir beneficios y cuáles eran más comunes si aumentar las penas, la eliminación de beneficios o subrogados penales o la creación de tipos penales específicos, revisar el contexto en el que surgieron las propuestas, la influencia social, económica, mediática y política y cuántas de esas terminaron siendo aprobadas.

Para tal propósito se comenzará por una reconstrucción del término de populismo punitivo en el que se pretende definir el concepto bajo el matiz de las discusiones y críticas que se dan sobre su significado y aplicación, además de dar un panorama de los efectos nocivos que las propuestas de este tipo pueden traer consigo. En un segundo momento se plantea el estudio de tres elementos evaluativos que permitan aplicar este concepto a proyectos específicos, estos son: i. El impacto de los medios de comunicación masivos en la formulación de estas propuestas, ii. El impacto de estas medidas en la democracia y su relación con la misma y iii. La congruencia y tensiones entre estos proyectos y los principios del derecho penal; se utilizará un ejemplo (el caso de Yuliana Samboní) en cada uno de los puntos analizando lo expuesto. En un tercer momento se analizarán un par de proyectos, utilizando los elementos metodológicos de los acápites anteriores y para determinar si nos encontramos ante un proyecto que se pueda catalogar como populista punitivo. Se finaliza el texto con una reflexión encaminada a analizar la prevención como una alternativa óptima a la criminalidad.

2. Reconstrucción del populismo punitivo como concepto

Es importante precisar que el populismo punitivo no se limita a una aplicación en el área penal, pues hay medidas tributarias que se han tratado como populistas al desconocer las realidades fiscales temporales del lugar donde se plantean; la diferencia frente al populismo radica precisamente en su contenido punitivo, en el eje que implica privar de la libertad a una persona. En este caso nos preocupa conceptualizar su aplicación en el área penal tantas veces tratado a nivel nacional como internacional, especialmente en América Latina y algunas partes de Europa. Para hacer una reconstrucción del populismo punitivo se requiere analizar el concepto, ver los efectos que este tiene en la práctica y naturalmente ubicar el

concepto en el territorio colombiano abarcando el momento en que el concepto empezó a usarse, la razón por la cual se hizo y visibilizar su claridad.

3. Hacia un concepto de populismo punitivo

Con el fin de precisar el concepto de populismo punitivo se requiere conocer el statu quo de lo que se maneja como populismo punitivo, para esto se hará una revisión a la luz de los postulados de varios autores en cuanto a cuando se empezó a manejar el término, y las discusiones que se han suscitado al respecto.

En 1995 Bottoms planteó el concepto de “populist punitiveness” (The philosophy and politics of punishment and sentencing. The politics of sentencing reform), cuya traducción literal sería “punitividad populista” adaptada a la doctrina latinoamericana como “populismo punitivo”. Según este autor los políticos buscan un beneficio político o electoral al exponer posturas o sentimientos sobre el castigo que consideran son compartidos por gran parte de la sociedad, estas propuestas se basan en la presunción de que mayores penas tendrán un efecto directamente proporcional en la reducción del delito, además de formar una suerte de consenso social. Según Pratts (2005) el populismo penal (punitivo) “es la estrategia desplegada por actores políticos y funcionarios del sistema penal, encaminada, aparentemente, a remediar los problemas que se derivan del crimen y la inseguridad”. Ahora bien, esto implica hacer un trabajo con la ciudadanía en el que se les promueva la idea de una necesidad intrínseca de mano dura y cero tolerancia frente a la criminalidad (o mejor, frente a determinadas expresiones de criminalidad). El populismo punitivo se plantea como una respuesta que escucha las necesidades y exigencias ciudadanas, como una respuesta directa a las preocupaciones sociales; sin embargo, este tipo de preocupaciones y respuestas no son más que reacciones impulsadas por el sentimiento en lugar de la razón.

Sobre el tema se ha discutido bastante, en especial sobre su impacto en el sistema penal y la hipertrofia que producen, por lo cual se ha llegado a aceptar una serie de “características” del populismo punitivo, el cual es la mezcla entre la aspiración política en su faceta populista y la propuesta penal como la parte punitiva. La faceta populista toca los puntos neurálgicos de la criminalidad en la sociedad y la parte punitiva se conecta con las medidas que propone. Las características se pueden sintetizar en lo recogido por Reyes Hincapié (2019):

“i) mediante propuestas para disminuir la consumación de delitos con un alto grado de punibilidad, los agentes del Estado buscan atraer la atención de la ciudadanía, ii) sobre iniciativas tales como aumento de penas privativas de la libertad o creación de nuevos tipos penales, o de condiciones más gravosas para ciertos delitos y que estas sean asimiladas como propuestas efectivas para erradicar la criminalidad iii) para así lograr un propósito político, el cual puede ser, una búsqueda hacia la reelección de un cargo.”

Buscando seguir con la construcción de este término, vale recordar que Uribe (2012) realiza una crítica al populismo punitivo explicando que este concepto parte de una teorización que lo entiende como aquellos escenarios en los cuales existe un sentido social particular producido por el modelo político neoconservador y económico liberal, con este escenario el Derecho Penal es usado de forma autoritaria. Todo esto, gestado por un sector político dominante que pretende utilizar estas medidas para obtener réditos electorales independientemente de los efectos que la norma trae consigo, uno de estos es la división poblacional que hace posible diferenciar a los ciudadanos “buenos” del “otro” a criminalizar.

Roxin por su parte ha mencionado que el populismo punitivo (en su concepción tradicional de aumentar penas y crear nuevos delitos) “no cambia en nada la existencia de crímenes y por eso la medida más eficaz contra la criminalidad

es tratar de cambiar los orígenes y las causas de estos comportamientos; por ejemplo, la pobreza, es una causa muy importante” (2017). Se denota pues que el populismo punitivo resulta ser una respuesta vacía a una problemática profundamente arraigada en la sociedad, no atacar el origen del problema de la criminalidad, sino buscar medidas tardías para castigar la ejecución de los delitos, lo cual no genera una disminución en la tasa de criminalidad.

Por lo anterior podemos ver que el concepto de populismo punitivo se ha visibilizado por su connotación peyorativa, ya que se ha dirigido históricamente a designar proyectos de propuestas reiterativas (aumento de penas y creación de nuevos tipos penales) poco o nada eficaces. La falta de propuestas de un cambio estructural en pedagogía y de políticas públicas de prevención hacen que el populismo punitivo no sea siquiera una medida beneficiosa para reducir los índices de delincuencia.

4. El populismo punitivo en Colombia

4.1. La categoría en el territorio nacional

En el 2012 la Comisión Asesora de política criminal hizo una recomendación que sirvió de fundamento para determinar una tendencia legislativa que representaría una tendencia de explicación más amplia de los fundamentos del término posteriormente adoptado “[...] es posible detectar una tendencia en últimos 20 años y es que las medidas penales se han vuelto más severas. Esto se puede constatar, a nivel abstracto, por la creación de nuevas figuras delictivas, y por el aumento de las penas mínimas y máximas de los delitos ya establecidos en la legislación penal. Igualmente puede verificarse por el aumento de las personas privadas de la libertad, no sólo a nivel absoluto sino también en proporción a la población.” (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012)

Se podría rastrear el uso de este término a la sentencia T- 388 de 2013 de la Corte Constitucional, se contempla en ella al populismo punitivo como “formas de gobierno social que ven en el sistema penal una manera fácil y rápida, al menos simbólicamente, de adoptar soluciones a los problemas sociales.” Por lo tanto, el concepto de populismo ingresó como una categoría auxiliar para comprender el problema carcelario en Colombia, se pretendió en su momento mostrar que determinados lineamientos al formular política pública terminaban por afectar el sistema de hacinamiento y se optó por usar el término ya común en la doctrina de “populismo punitivo”. Sin embargo, el concepto se estancó en el análisis colombiano, se permitió que se viera como una base del estado de cosas inconstitucional, no como una categoría independiente con retos de interpretación y aplicación.

Ahora bien, Uribe (2012) menciona que el populismo punitivo “es la estrategia desplegada por actores políticos y funcionarios del sistema penal, encaminada, aparentemente a remediar los problemas que se deriven del crimen y la inseguridad.” situándolo al interior de la denominada cultura del control, comenta las dificultades presentadas al importar estos conceptos en nuestro contexto. Y se plantea la necesidad de crear un concepto que capte la especificidad de la cultura política colombiana, utilizando un concepto denominado populismo hobbesiano para hablar de cómo el poder político tradicional, durante décadas, dejó en un estado de abandono a la población colombiana, dejándola a la merced de grupos armados ilegales, causando una exigencia colectiva por seguridad sin importar el costo económico ni social.

Es valioso recordar lo mencionado en la sentencia aludida anteriormente al respecto del lineamiento de una política criminal que sea capaz de evitar caer en solicitudes populistas que terminen por perjudicar el sistema jurídico:

“(iii) Una política criminal debería contar con justificación estricta, en términos constitucionales, de su necesidad. Razones que legitimen claramente por qué se ha de usar tan costoso medio de control para los derechos, en especial, para la dignidad humana. La política criminal fundarse en la realidad, no en percepciones o meras impresiones. En Colombia, tal como lo señala la Comisión Asesora de Política Criminal, “[...] en la actualidad no se les mide el impacto a las propuestas ni a las normas. Es necesario en concordancia con el modelo de toma de decisiones mejor informadas montar un esquema de evaluación e impacto de las reformas. [...]”. Una política criminal que sea coherente y se funde empíricamente, tiene herramientas para resistir las tentaciones y presiones de la demanda de ‘populismo punitivo’” (T-388 de 2013)

A mediados de 2020 nuevamente se abrió el debate sobre la cadena perpetua para castigar delitos sexuales contra menores de edad, la Comisión Primera del Senado realizó una sesión con 19 juristas expertos en el tema. De dicha sesión se recogieron reiteradas opiniones que explicaban que ésta es una medida cruel, contraria a la dignidad humana que incrementa el sufrimiento para las familias de los penados, además mencionan que las penas actuales permiten que personas pasen un tiempo en prisión de 40 a 60 años, lo que termina por ser una pena para el resto de la vida del condenado. El proyecto terminó perdiendo fuerza.

Aún con esto en pleno 2021 el presidente de la República decidió revivir la propuesta con el abuso cometido por alias “Manolo” a 22 niños en un jardín infantil de Medellín; sin embargo, la propuesta fue infructuosa ya que la Corte Constitucional en Sentencia C-294/21 declaró la inconstitucionalidad de la prisión perpetua al ser un “retroceso en materia de humanización de las penas, en la política criminal y en la garantía de resocialización de las personas condenadas”. No importa cuantas veces desde la academia se explique con lujo de detalles que es una medida

populista, que es innecesaria y nociva, que ya hay medidas que resultan por cumplir el objetivo de recluir por la mayor parte de su vida a un sujeto que haya cometido un crimen y que no se ha comprobado que resuelva la criminalidad en ningún aspecto, se seguirá usando este tipo de medidas por parte de gobernantes y políticos para apaciguar las aguas y mostrar “mano dura”.

En consecuencia, podemos ver que en el territorio nacional hay dos aristas de este concepto. La primera, la propositiva y referente a la formulación de medidas que cumplen con las características más conocidas del populismo punitivo; la segunda, la acusatoria, referente a la connotación negativa del concepto, usado por actores políticos y civiles para desestimar proyectos y propuestas.

4.2. El problema de esta categoría

El populismo punitivo resulta ser difuso en tanto no hay una claridad de cuando se habla de él, de en qué momento se forma un vínculo entre unas situaciones fácticas y su respuesta. No hay una claridad que permita determinar bajo cuáles criterios específicos nos encontramos ante populismo punitivo.

Puede resultar compleja la aplicación del concepto en algún momento, ya que podemos encontrarlos ante medidas que proponen la creación de un nuevo tipo penal, pero no por ello resultan ser populistas. Lo que pone en jaque los criterios iniciales que resultan ser taxativos y no contemplan excepciones.

En Colombia, al ser una categoría auxiliar para facilitar el entendimiento de fenómenos como el estado de cosas inconstitucional, se dejó de mirar la aplicación del concepto de populismo punitivo bajo un marco de evaluación clara, se aplica actualmente de manera indiscriminada a medidas que impliquen un aumento de pena, la creación de tipos penales que a consideración de muchos derivan de los ya existentes o con la limitación de subrogados penales para que el individuo pase un tiempo determinado y sin beneficios privados de

la libertad. Después de determinar una medida como populista resulta complejo sustentarla más allá de decir que se trata de una medida con una de las dos características dadas anteriormente y analizar quién la hace y sus posibles intenciones.

5. Consecuencias nocivas del populismo punitivo

Las consecuencias suelen ser la hipertrofia normativa por la presentación de proyectos que buscan aumentar las penas o tipos penales. El aumento de estas se refleja en el incremento de procesos judiciales referentes a los nuevos tipos penales y un aumento en el hacinamiento carcelario. Se suele presentar este tipo de propuestas durante un proceso de campaña electoral o como respuesta “simbólica” a una situación coyuntural como un caso muy mediático, un pico de determinadas conductas o una discusión social recurrente como se verá a continuación.

El manejo del delito en la sociedad empieza a tener un cambio considerable, y no del delito en su generalidad, sino de su expresión en unas conductas específicas, posiblemente sobre una población específica y en un entorno determinado. Se apoya en los medios de difusión para situar en el interés público un delito determinado, se da la oportunidad de abrir unos debates específicos.

En el caso colombiano, el resultado más notable es el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario -en adelante ECI- que si bien se reconoció en la sentencia T-153/1998 de la Corte Constitucional como una de sus causas el populismo punitivo en la sentencia T-388 de 2013 que lo refleja como una tendencia de endurecimiento de medidas punitivas. Más tarde se reitera el populismo como una de las causas del ECI, en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia T-762 de 2015 que dice que “Los Directores explicaron que el incremento de la población carcelaria tiene varias causas, dentro de las cuales se destaca el aumento en la imposición de me-

didias de aseguramiento privativas de la libertad y el “populismo punitivo” aclarando además que con populismo punitivo “se refiere a la producción “desmesurada” de leyes que aumentan penas o tipifican nuevas conductas como punibles, como consecuencia de la presión de la opinión pública y/o de los cálculos populistas de algunos sectores.” Por lo tanto, podríamos ver que la respuesta institucional a la crisis carcelaria y penitenciaria por la que atravesamos desde hace casi una década, es una réplica directa al accionar del legislativo, que ignora la necesidad de mantener un orden sistémico al poder público.

El populismo punitivo tiene también una consecuencia social, y es el dar la falsa percepción de que la problemática de criminalidad se soluciona con el endurecimiento punitivo cuando este fenómeno, como lo ha dicho la Corte constitucional en la sentencia T-762 de 2015, conlleva a tres resultados poco beneficiosos “(i) la creación de nuevas conductas penales, (ii) el incremento en las penas mínimas y máximas de los delitos existentes y, (iii) el aumento de las personas privadas de la libertad.”. Así las cosas, podemos ver que el populismo punitivo, lejos de ofrecer una solución trae consigo aún más problemas. Es una medida tardía que tiene como uno de sus efectos el hacinamiento carcelario lo que va en contra vía directa con los derechos humanos y la dignidad de las personas privadas de la libertad. No hay interés visible de que el legislativo busque disminuir los índices de criminalidad, no hay interés visible de que el legislativo busque brindar dignidad y seguridad a la población carcelaria, como tampoco se ve congruencia de sus proyectos y decisiones con los principios básicos del derecho penal y constitucional.

6. Elementos metodológicos para el análisis del populismo punitivo.

Se requiere un estándar de evaluación que permita ubicar al populismo punitivo en un marco de aplicabilidad. Para esto se necesita ver los elementos que influyen en su existencia y aplicación. A continuación, se explica la transferencia de tres teorías y su influencia en el populismo punitivo. El papel de los medios de comunicación en la viabilidad de proyectos populistas, el papel de la democracia en el populismo punitivo y la relación de este mismo con los principios que orientan el derecho penal.

7. Teoría de medios: lógicas de análisis de medios masivos de comunicación

Los medios de comunicación tienen un papel fundamental en la difusión de noticias, hechos y demás cuestiones que atañen al interés de la comunidad, al dominio público. En 1972 Maxwell McCombs y Donald Shaw (*The Agenda-Setting Function of Mass Media*) analizaron el papel de los medios de comunicación en la campaña presidencial de 1968 en Carolina del Norte, con ese estudio plantearon la teoría de Agenda-Setting, con dicha teoría se comprobó que los votantes consideraban prioritarios políticamente hablando los asuntos en los que los medios se habían concentrado tras seleccionarlos previamente.

El papel de los medios de comunicación en la preparación de la agenda no se limita a centrar la atención del público en un grupo de preguntas específicas, sino que además influye en nuestra

comprensión y visión de los temas que aparecen en las noticias. Esto está claro una vez que pensamos en el término “agenda” en términos abstractos. En teoría, los temas que definen una agenda son «objetos». En la mayoría de las indagaciones sobre el establecimiento de la agenda, dichos objetos son preguntas públicas, sin embargo, además tienen la posibilidad de ser figuras públicas, empresas, territorios o cualquier otra cosa que sea el centro de atención. Paralelamente, todos esos objetos tienen varios «atributos», esas propiedades y aspectos que describen y definen el objeto. Mientras que ciertos atributos se resaltan, otros reciben menos atención, y varios no reciben nada de atención. Al igual que los objetos varían referente a su prominencia, asimismo lo hacen los atributos de cada objeto. De esta forma, para cada objeto existe además una agenda de atributos, que constituye una gran parte de lo cual los periodistas y, después, los miembros del público, poseen en mente una vez que consideran y hablan de los objetos de las noticias. La predominación de la agenda de atributos de las noticias en el público es el segundo grado de establecimiento de la agenda. El primer grado, desde luego, es la transmisión de la saliencia del objeto. El segundo grado es la transmisión de la saliencia de los atributos (McCombs & Valenzuela, 2007).

Adicional a lo anterior Erving Goffman (1974) trajo el concepto framing o encuadre noticioso, hace referencia a los “esquemas de interpretación”, estos esquemas permiten a la sociedad “percibir, identificar y etiquetar hechos”, esto implica que, a la hora de interpretar un hecho, se le dará un encuadre específico, el contexto, el marco de referencia. Con lo anterior podemos ver que los medios terminan direccionando el manejo de contenido informativo para enfocar la atención en determinados puntos de interés o posicionan las noticias bajo un contexto o ángulo específico. Ese marco mediático permite gestar debates sobre temas políticos y sociales, tiene la capacidad de imponer “tópicos tendencia” sobre los cuales se crean espacios propositivos.

Para mostrar a grandes rasgos el uso de framing, de una manera más entendible y en el plano nacional, se muestra el manejo de una noticia que causó bastante revuelo en Colombia. El caso de Yuliana Samboní (4 de diciembre de 2016), un caso muy mediático que abrió el debate de aumento de pena para violadores de menores de edad. Yuliana Samboní, una menor de siete años de ascendencia indígena que vivía con su familia en un barrio popular de la ciudad de Bogotá, fue secuestrada, torturada, violada y posteriormente asesinada por Rafael Uribe Noguera en su apartamento ubicado en una prestante zona de la ciudad. La noticia conmocionó a todo el país, se dedicaron varias notas televisivas, escritas, en la radio y redes sociales sobre el caso; en un principio se informó de los hechos, se mostró a la familia de la menor, al perpetrador de los hechos y a sus hermanos acusados en días posteriores de colaborarle.

El rechazo a lo sucedido fue generalizado, se presentaron plantones en frente del edificio Equus 66 construido por Uribe Noguera y lugar donde sucedieron los hechos, marchas rechazando lo sucedido e incontables publicaciones de indignación. Después de que la mayoría del país estuviera al tanto de lo que había sucedido, se abrieron espacios en los medios de comunicación más importantes del país para hablar sobre el “fenómeno de violencia a menores de edad”, había una preocupación generalizada y era la pena que iba a recibir Uribe Noguera por las atrocidades cometidas hacia la menor, el sentimiento popular (enardecido e indignado) consideraba que Uribe Noguera no debía salir nunca de reclusión, pedían cadena perpetua para él y demás violadores y asesinos de niños y niñas, a pesar de ser una pena prohibida por nuestro ordenamiento y rechazada por el bloque de constitucionalidad.

El 7 de diciembre, tres días después del suceso en la gaceta del congreso se podía ver el siguiente encabezado “PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 12 DE 2016 SENADO Por el cual se modifica el artículo 34 de la Constitución

Política de Colombia, para permitir la prisión perpetua revisable cuando la víctima de los delitos de homicidio, acceso carnal violento, secuestro, explotación sexual o feminicidio sea un menos de 14 años o menor de 18 años con discapacidad y se dictan otras disposiciones. - Ley Yuliana Samboñí” (Senado de la República, 2016)

Para poder aplicar la teoría de medios al análisis de proyectos de ley tenemos dos opciones; i) el análisis de opinión pública previa y posterior a la exposición a medios de comunicación y ii) el análisis del comportamiento de medios en un momento determinado, este momento se enmarca en el tiempo previo, durante y posterior a la formulación de un proyecto de ley. La primera de ellas resulta ser un ejercicio riguroso de análisis de opinión con el modelo de costo esperado común de la reacción de un sujeto frente a una situación específica (Ajzen & Fishbein, 1980) Una reacción hacia un objeto, es la suma ponderada de una secuencia de creencias evaluativas sobre aquel objeto en cuestión. Especialmente, $Reacción = \sum v_i * w_i$, donde v_i es la evaluación del objeto en el atributo denominado i , y w_i es el peso de prominencia ($\sum w_i = 1$) asociado con aquel atributo. Con este método se plantea el análisis de opinión en al menos dos momentos, un momento previo a la exposición de un tema en medios y uno posterior, de esta manera podemos saber aquello que se prioriza antes de la exposición en medios y qué se prioriza después de la exposición a los mismos.

A modo de ejemplo para aplicar lo anterior, la reacción general de una persona, (A), hacia un nuevo proyecto de ley podría consistir en una mezcla de evaluaciones negativas y positivas, v_i , del plan en diferentes magnitudes i . Un sujeto puede creer que el plan favorecerá la economía ($i=1$) sin embargo tendrá un costo social negativo ($i=2$). Suponiendo que este sujeto proporciona un costo de gran importancia tanto a la economía como a una construcción social benéfica, entonces v_1 es positivo y v_2 es negativo, y su reacción hacia el plan dependerá de las dimensiones relativas de v_1 y v_2 descontado por los pesos relativos (w_1 y

w_2) indicados a cada atributo (Nelson, Oxley, & Clawson, 1997)

Se debe tener en cuenta que el modelo de expectativa convencional es una concepción idealizada con base en una reacción como un “resumen de un grupo definible de creencias que un sujeto tiene sobre un asunto”. En la práctica, un sujeto puede tener solo nociones vagas sobre varios temas políticos y puede no haber desarrollado evaluaciones en general que podrían llamarse reacciones o posturas, él o ella podría manifestar varias consideraciones que le han venido a la mente en contestación a una pregunta de la encuesta, empero no podría decidir su trascendencia relativa o agregarlas en una puntuación resumida. En estos casos, la pregunta de la encuesta en el mejor de los casos produce una representación imperfecta de las emociones de una persona basada en el subconjunto de creencias que son disponibles en aquel instante, lo que podría ser difícil de analizar y no sería muy diciente, en especial durante el examen previo a la exposición del tópico en medios. (Chong & Druckman, 2007)

La segunda opción es un análisis del comportamiento de medios, en este punto no se requiere de una respuesta directa de individuos, pues lo que se plantea es un análisis del material publicado en medios de comunicación durante el periodo previo a la formulación de un proyecto, las notas que son publicadas durante el tiempo en que dicho proyecto es presentado y debatido y la información referente al tema posterior a la aprobación o archivo de proyecto. Esto se hace mediante un recuento en el archivo de los medios, las plataformas digitales y demás bases de datos de un medio en específico durante la temporalidad necesaria para ver los tres momentos antes mencionados (por ejemplo, las publicaciones entre las fechas 10 de marzo y 10 de abril de 2001 en el periódico XY). Cabe aclarar que esta opción no es excluyente de la primera, por el contrario, sirve para complementar la información, saber cuál fue la intensidad de publicación y contrastar el posterior cambio o no en las opiniones y preferencias

de los individuos.

Se puede concluir que los medios tienen la capacidad de centrar la información en puntos específicos de determinados temas, tienen la capacidad de “bombardear” a la audiencia con un gran número de notas sobre un tema específico para centrarlo en los debates de actualidad, además de tener la capacidad de enfocarlo en un contexto determinado. El papel de los medios de comunicación es sumamente importante en la formulación de propuestas populistas en el momento previo a la propuesta formando un panorama específico en el que se exigen respuestas estatales y en el momento posterior a la formulación del proyecto en tanto da la oportunidad de que los electores sientan que la propuesta formulada se corresponde con la situación del país, que su aplicación resulta imperante para cambiar el panorama que se les presenta.

Se espera que una medida populista (en el sentido punitivo) sea influenciada por movimientos sociales y mediáticos que tengan relativa intensidad respecto a temas en específico que incomodan a la población. Y que además se encuentre transversalizada por un enfoque específico, pues la perspectiva con la que se cuenta lo sucedido puede influir de manera importante en la percepción a la postre de dicho tópico, algunos medios de comunicación y comunicadores pueden dar titulares tendenciosos, escandalosos, tremendistas o fatalistas seguidos por contenidos de similar calibre con el fin de apelar a la pasión y a la conmoción popular con el propósito de conmover la opinión pública y que se termine moviendo por temor, miedo, rabia, inseguridad o demás emociones que orillen a que la población ejerza presión en el órgano legislativo y la rama judicial, con el fin de endurecer la respuesta punitiva en el sector que les causa dicho escozor.

8. Teoría del populismo frente a la democracia

En específico se pueden ver dos aristas de esta problemática, la primera se refiere a la relación del elector y sus propuestas respecto del conglomerado que ha confiado sus votos; la segunda se refiere a la relación del populismo ante una sociedad democrática, las problemáticas intrínsecas que trae con este a una idea de democracia participativa y social.

Ahondando sobre la principal problemática, debemos recordar que las elecciones representan un momento crucial en la realidad de una sociedad, implican el poder de legislar para mantener un orden específico, unas directrices y una guía social. Ahora bien, las elecciones vienen acompañadas de promesas de llegar a ser y a hacer. Con base en las promesas se termina por decidir quién va a ocupar determinados cargos. Ahora bien, en campañas electorales es común escuchar propuestas para manejar y disminuir el nivel de delincuencia, o de algún delito o problemática específica. Para la campaña se toman los puntos centrales en la preocupación ciudadana para entrar a barajar las cartas buscando soluciones. Una vez los candidatos consiguen llegar al puesto empieza el control ciudadano de estos representantes, se empieza una evaluación constante de su actuar, en especial de la congruencia de éste con lo propuesto en campaña y su manera de actuar frente a situaciones críticas o complejas.

Así las cosas, se habla de un doble criterio de evaluación en cuanto a la democracia, primero el de sus propuestas en campaña y posteriormente el del accionar una vez electo, no solo en tanto si cumple lo prometido en campaña, sino su accionar frente a sucesos complejos, problemas importantes y exigencias de actualidad. Es verdad que los electos tienen determinada independencia en su labor, pero dicha independencia contiene en sí misma el riesgo de perder el apoyo de los electores, de que estos dejen de sentirse representados cuando el representante se aleja de manera más

que evidente de las propuestas que lo ayudaron a conseguir su posición o cuando desconoce las realidades del país y se desconecta de la población.

Respecto a la segunda arista, tenemos que remontarnos a las implicaciones que tiene el populismo en una democracia, en sus diferentes vertientes el populismo se caracteriza por una suerte de demagogia. Hay una práctica institucional bastante común que se basa en generar reglas para saciar necesidades institucionales de legitimidad más que para poder lograr de manera satisfactoria fines instrumentales. En ocasiones las reglas jurídicas son ineficaces en términos instrumentales, ya que ellas apuntan a consumir fines diversos de esos que se desprenden de la lectura espontánea de sus textos (García Villegas, s.f.). Como lo vimos en los apartados anteriores se apela al sentimiento y las pasiones de las masas, recurriendo sistemáticamente al temor al otro, instrumentaliza eventos complejos como bandera de lucha. Todo esto termina por minar a la democracia desde adentro, se camufla bajo el pretexto de la representación misma de la democracia “el voto popular”, utiliza instrumentos propios de la democracia enmascarando otras intenciones, lo que es exigible es que la protección del Estado de Derecho se realice sobre principios democráticos, “que además poseen más que ver con el raciocinio ilustrado, que con una cierta tradición religiosa” (Todorov, 2012), como lo expresa el mismo autor, la única solución para dichos riesgos es el retorno a un humanismo que reclame la soberanía del sujeto y la moderación, ante el populismo punitivo, el mesianismo y el neoliberalismo.

Además de esto, también podemos encontrar una creciente división social, resultado de la unión de los puntos mencionados; la mayor parte de los investigadores del populismo concuerdan en que la contraposición entre «el pueblo» y una élite que no representa los verdaderos intereses del mismo constituye la idea central de la retórica populista y el encuadre que se le da en la política (IDEA. International Institute for democracy and electoral assistance, 2020). Varios populistas

se muestran como los únicos y verdaderos representantes del pueblo con un tinte de aversión a las élites lo que los hace más convincentes, constantemente interpretan su apoyo electoral como un mandato que les autoriza a desconocer o no respetar las instituciones consagradas en las constituciones democráticas como valores congénitos o determinados derechos. Esto, que podríamos leer como una predisposición inherente al poder sin limitaciones por aquellos gobiernos elegidos democráticamente, que aplican reformas legales para debilitar las instituciones democráticas por medio de las mayorías parlamentarias, convierte al populismo en una totalmente nueva y compleja amenaza potencial para la democracia.

En el caso del proyecto de ley Yuliana Samboní propuesto por Johana Jiménez (hija de Gilma Jiménez quien abanderó una lucha por protección de niños y niñas) buscaba calmar el clamor popular por lo sucedido con Yuliana, además de que teniendo en cuenta precisamente ese momento social se aspiraba aplicar una medida prohibida hasta el momento en el país y que en parte recogía propuestas vacías del pasado, en dicho proyecto se mencionaba lo siguiente “la sociedad con mucha razón ha expuesto su conmoción ante casos en que se han violado los derechos fundamentales de los menores y con gran juicio a debatido sobre la fragilidad del sistema jurídico en la protección de los menores y ha venido exigiendo medidas legislativas que hagan prevalecer verdaderamente los derechos de los menores. Los legisladores entonces debemos actuar como catalizadores de las exigencias de los colombianos evaluando la pertinencia y conducencia de las diferentes propuestas que se hagan en torno a esta situación.” Y “El país está clamando por medidas que contrarresten este tipo de crímenes y castiguen a los criminales que las perpetúan.” (Proyecto de Acto Legislativo S012 de 2016 - Legislatura 2016-2017) Este proyecto resulta ser una respuesta directa y evidente a un hecho coyuntural (el mismo nombre del proyecto de ley lo deja en evidencia), ya se había oído de casos de abuso a menores que si

bien habían sido impactantes, el apoyo de los medios no había sido tan masivo y prolongado como en este caso, estos hechos resultaron ser banderas de propuestas específicas para forjar un “cambio”, marcar un precedente y permitir un resultado efectivo en la protección de menores de edad, el legislativo daba la impresión de estar trabajando por aquello que el pueblo necesitaba. La hija de Gilma Jiménez con el precedente que tenía por su madre resultó ser una exponente con una credibilidad y visibilidad importante, pues era el tipo de propuestas que se esperaban de ella. Además, quienes promovían estas medidas se articularon con el fin de formar una campaña masiva de visibilización y concientización; buscaban que las personas vieran que las medidas propuestas eran la única solución pues la situación de justicia del momento no resultaba alentadora y las penas no persuadían de cometer los actos ilícitos en cuestión.

Las medidas populistas, entonces, se camuflan en la democracia utilizando sus propias herramientas, legitimando medidas nocivas con instrumentos legítimos que son difíciles de rebatir. El populismo punitivo surge de mano de la democracia, su existencia depende de la misma. El sistema jurídico se convierte en un instrumento designado a la validación de políticas públicas por encima de ser una herramienta de utilización instrumental de dichas políticas. En dichos entornos críticos, la producción y utilización de normas abre paso a una recomposición de los inconvenientes sociales y a un político hacia terrenos en los que los gobiernos tienen la posibilidad de obtener más grandes ventajas o sencillamente disminuir los efectos perversos de su imposibilidad política. La deficiencia de legitimidad, derivado y provocado a la vez por la ineficacia instrumental del Estado, se aspira indemnizar parcialmente con el incremento de la comunicación por medio de la producción de discursos legales como respuestas a las solicitudes sociales de estabilidad, justicia social y colaboración (García Villegas, s.f.).

Para poder aplicar esto al estudio de proyectos de ley se requiere ver el tipo de propuestas que realizaron en campaña quienes impulsan los proyectos, si están respondiendo a un momento de tensión social y se requiere también ver la forma de expresión de estas propuestas, de antemano podemos decir que la generalidad es que sean propuestas del legislativo, utilizando el procedimiento de formulación de proyectos de ley lo que representa naturalmente la expresión de mecanismos democráticos, lo cual por sí solo no es un indicio determinante de populismo punitivo, pero sí es *conditio sine qua non* para poder hablar de populismo punitivo como una categoría aplicable y no solo como una clasificación teórica.

9. Teoría del derecho penal, razonabilidad y proporcionalidad del derecho penal

El derecho penal se rige por unos principios que permiten mantener un sistema coherente, funcional y con una finalidad alcanzable. Entre dichos principios se encuentran los de razonabilidad y proporcionalidad, que si bien pueden resultar parecidos no son lo mismo. La razonabilidad versa sobre la correspondencia entre la pena o sanción impuesta y el tipo penal alegado (Rubiano Mora, 2019) estas penas deben ser respetuosas de los parámetros constitucionales, ser acordes con el bloque de constitucionalidad:

“La razonabilidad actúa como un factor justificador del ordenamiento jurídico. Cuando el legislador sanciona una norma, cuando el juez dicta una sentencia, o el administrador emite un acto administrativo, se busca en todos los casos generar los medios necesarios para lograr una finalidad querida. En este proceso de creación normativa o de interpretación jurídica aparece generalmente más de una alternativa frente a una misma finalidad. Cuando la norma sea razonable, no sólo en sí misma, sino frente a todo el ordenamiento jurídico, sólo así podrá considerarse que es “derecho” y así, justa (p.162).” Sapag (2008)

Retomando el concepto sobre la proporcionalidad mencionado en la sentencia C-022 de 1996 según la cual este principio comprende tres conceptos parciales:

“i. La adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, ii. La necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin determinado (Es decir, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que este medio sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), iii. La proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, lo que quiere decir que no haya un sacrificio de principios constitucionalmente más importante durante la satisfacción del fin.

Retomando entonces, la razonabilidad en materia penal se refiere a implementar penas y sanciones se encuentren acordes al comportamiento o tipo penal cometido, y en todo caso sean respetuosas de los principios constitucionales y legales que se han fijado al respecto. Mientras que se habla del principio de proporcionalidad cuando se hace referencia a la correspondencia entre el acto cometido y la pena impuesta por el Estado en el ejercicio de su poder punitivo; entonces, la materialización de este inicio se hace por medio de la comparación entre pena y el delito, se examina la responsabilidad de la acción y la afectación del bien jurídico tutelado que se ha visto o podido ver afectado. Hacer propuestas que contraríen explícitamente estos principios ponen en tela de juicio el papel del derecho penal y el de la misma constitución colombiana. Empieza a difuminarse y perderse el sentido de la pena, ya no se piensa en el sentido resocializador de la pena privativa de la libertad.”

Retomando el proyecto de acto legislativo que está sirviendo de ejemplo se recuerda una parte del mismo “La finalidad de la pena es preventiva, retributiva, enmendadora o reinsercionista. El castigo por ser castigo se encuentra en la forma de pena retributiva. No obstante, se considera que las demás finalidades son igual o más importan-

tes que el mero castigo. Así las cosas, se espera que el delincuente aprenda de su error, retribuya a la sociedad, no reincida y se reintegre como ser funcional.” Resulta pues contradictorio encontrar este argumento en un proyecto que propone un aumento significativo de penas que alejan al sujeto privado de la libertad de una reintegración como ser funcional, plantea un obstáculo para la resocialización.

Ahora, un proyecto que se catalogue como populismo punitivo va en contravía de principios básicos del derecho penal y constitucionales. La ejecución de proyectos populistas implica romper con principios que habían sido planteados con antelación para mantener una uniformidad al sistema jurídico y garantizar unos pilares básicos de dignidad y derechos para la población, ese es uno de los principales efectos nocivos de propuestas así, el peligro de encontrarse ante una realidad regresiva que deja de ser garantista de derechos, no brinda seguridad jurídica y es nociva para una sociedad que espera mantener una democracia social de derecho.

La manera de implementar la teoría del derecho penal en el estudio de proyectos se da mediante el test de proporcionalidad, el cual fue definido como un método de interpretación y es utilizado por la Corte Constitucional al hallarse frente a la colisión de derechos o principios constitucionales primordiales. El test de proporcionalidad como un procedimiento de interpretación y aplicación jurisprudencial, toma gran relevancia, debido a que hay sectores que parten del presupuesto que, pese a que el ordenamiento jurídico de Colombia cuenta con una carta de derechos constitucionalizados, propios de la corriente neo constitucional, estos no son de custodia absoluta, sino que, cada derecho se confronta a la verdad de ser reducido bajo unas situaciones conflictivas y determinadas.

Con el planteamiento propuesto sobre la limitación de derechos, la aplicación del principio de proporcionalidad como examen de aplicación e

interpretación constitucional ayuda a “determinar en qué casos concretos se utilizan principios o en su defecto se utilizan normas o una vez que colisionan principios o colisionan normas cuál debería preponderar en la situación en concreto” (Cuello & Sardoth, 2017). Este procedimiento de interpretación, paralelamente, se convierte “en una evaluación de la legitimidad de las medidas del Estado, más que nada esas que condicionan e intervienen el ejercicio de derechos fundamentales” (Montealegre, Bautista, & Vergara, 2014)

Ahora bien, la aplicación del test de proporcionalidad está orientada por la sentencia de la Corte Constitucional C114 de 2017, expediente D-11581, según la cual podemos encontrar las siguientes características en la aplicación de diversos test de proporcionalidad:

- A. El juicio de proporcionalidad de intensidad estricta pide revisar, anteriormente, si la medida restrictiva (i) sigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, urgente o inaplazable. Una vez ello está establecido, debería determinarse si tal medio resulta (ii) en verdad conducente, (iii) primordial y (iv) proporcionado en sentido riguroso. Hablamos de una revisión estricta de la justificación del tamaño juzgada y se aplica, entre otros casos, en esos en los cuales el tamaño implica el trabajo de categorías sospechosas, perjudica a conjuntos en especial salvaguardados, o impacta el goce de un derecho constitucional importante.
- B. El juicio de proporcionalidad de intensidad intermedia pide entablar, en un primer instante, si el tamaño (i) se orienta a lograr un objetivo constitucionalmente fundamental. Una vez ello se comprueba, debería establecerse si resulta (ii) verdaderamente conducente para conseguir hablado objetivo. El

test intermedio fue aplicado por la Corte en esos casos en los cuales la medida acusada se fundamenta en la utilización de categorías semisospeschosas, perjudica el goce de un derecho constitucional no importante o constituye un mecanismo de discriminación inversa.

- C. El juicio de proporcionalidad de intensidad débil obliga decidir, al principio, si el tamaño (i) sigue una finalidad constitucional legítima o no prohibida por la Constitución. En caso de ser ello de esta forma, hace falta además implantar si (ii) el medio puede considerarse, por lo menos prima facie, como correcto para conseguir el fin perseguido. La Corte ha considerado pertinente ejercer este juicio una vez que se juzgan, entre otras, medidas adoptadas en desarrollo de competencias constitucionales concretas o de naturaleza tributaria o económica. Se necesita advertir que el juicio de proporcionalidad, en todos dichos casos, está precedido de un examen que tiene por objetivo conceptualizar si el tamaño cuyo juzgamiento se pretende está de manera directa proscrita por la Carta.”

Este test de proporcionalidad se aplicará para el estudio previo en los proyectos de ley o en su defecto en el estudio posterior de leyes en la categoría de “intensidad estricta” en tanto el derecho a la libertad (principal afectado en las medidas de populismo punitivo al pedir penas más largas, creación de tipos penales que lleven a la privación de la libertad o eliminación de subrogados penales que confieren una carga menos gravosa para la libertad) se encuentra en debate. El estudio se dará en torno a los argumentos de sustento presentados en el proyecto, con el fin de saber si las razones cumplen los criterios del test de propor-

vación y de atenuación, que además excluyen cualquier beneficio para los condenados por este delito.

Ahora que hemos observado los proyectos y su respectivo contenido se plantea un análisis de los puntos que se han estudiado como relevantes a lo largo de la presente investigación. Haciendo un ejercicio con cada proyecto con el fin de estudiar su relación con estos puntos. Retomando los aspectos clave señalados en los apartados anteriores tenemos:

Los medios de comunicación tienen la capacidad de centrar la información en puntos específicos de determinados temas por lo tanto tienen gran importancia en la formulación de propuestas populistas en tanto brindan el espacio para que los electores sientan que: 1) previo al proyecto se prepara el ambiente para facilitar la formulación de este, mostrando la necesidad de una medida así o 2) demostrar que la propuesta ya formulada se corresponde con la situación del país.

El populismo punitivo está relacionado directamente con la democracia en dos aspectos principales i. Se da como una manera de convencer o responder a los electores ii. Se vale de medidas democráticas para validarse. Estas medidas tienen una doble relación con la democracia, la usan para legitimarse y la destruyen internamente. iii. Una medida populista contradice principios constitucionales o del derecho penal. Siendo los principales los de proporcionalidad y razonabilidad.

Para poder traslapar estas categorías a los proyectos de ley o leyes se usarán momentos clave en cada categoría o una ubicación de estudio más específica. En el caso de análisis de medios se plantea un análisis cuantitativo en aumento de noticias, y cualitativo en cuanto a su contenido, para esto se hará una revisión en medio electró-

nicos de las noticias previas, en el transcurso y posteriores al proyecto de ley para ver su comportamiento en cuanto a calidad e información contenida. En cuanto al estudio desde la democracia se mira el objetivo populista buscado con la ley o proyecto y que termina por marcar el alejamiento de la norma, así se busca mirar el uso instrumental del populismo, el manejo de masas con el uso de elementos democráticos, esto para poder revisar si se está persiguiendo una suerte de rédito político o es una forma de legitimarse frente a los electores. Para este ejercicio se revisará a los actores que impulsan los proyectos o leyes en estudio, si hay registro de que hicieron propuestas previas al respecto, si están actuando como respuesta a un momento de fervor popular y si además lo adelantan como una bandera de acción para próximas elecciones. Por último, pero no menos importante, en cuanto al estudio desde la teoría del derecho penal nos enfocaremos en la revisión de los proyectos y leyes desde el principio de proporcionalidad haciendo un test de proporcionalidad con los elementos dados en la motivación de la ley, y se aplicará el test estricto al hablarse la afectación a la libertad del individuo.

Todos estos elementos refieren una relevancia en el trasegar social y político de las medidas que se pretenden populistas, y si bien de entrada no se puede asegurar que para que una determinada medida se entienda como populismo punitivo por el cumplimiento estricto de determinados componentes, se puede tener una idea más clara de si resulta coherente calificar una medida como populismo punitivo. Para el presente, entendemos como populismo aquel que cumple de manera parcial o completa con al menos dos de los tres componentes estudiados.

11. ¿Como leer los resultados?

		Ley						
Análisis de Medios*	Radicación	Cuantitativo	Antes		Durante		Después	
	Sanción	Cuantitativo						
		Cualitativo						
Análisis desde la democracia**	Actor		¿Habló al respecto en Campaña?		¿Se acercan las elecciones?		¿Es una manera de legitimarse frente a una coyuntura social?	
			Si	No	Si	No	Si	No
Congruencia con principios del derecho penal.	Sigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, urgente o inaplazable		Condición	Si		No		
	Si	No						
			Principio	Si		No		
				o				
		Proporcionalidad	Si		No			
		nada						

Ilustración 1. Plantilla elaborada por los autores, sugerida para análisis de proyectos y leyes

El ejercicio propuesto consiste en completar la plantilla con la información recolectada de la ley o del proyecto en las tres categorías estudiadas a lo largo del trabajo.

En cuanto al análisis de medios si encontramos en la radicación o sanción un aumento considerable de noticias o que el enfoque con que se manejan cambia de manera radical podemos decir que se cumple con esta categoría.

En cuanto al análisis desde la democracia, si de las tres preguntas planteadas al menos dos se responden con un sí podemos decir que esta categoría se cumple.

Por último, en la congruencia de la medida con los principios del derecho penal se ha de realizar el test estricto de proporcionalidad, en caso de que no pase el test se entenderá que la categoría se cumple. En el caso que dos de las tres categorías se cumplan se podrá afirmar con mayor certeza que nos encontramos ante populismo punitivo.

LeY 1098 de 2006¹

		<i>Antes</i>	<i>Durante</i>	<i>Después</i>
Radicación	<i>Cuantitativo</i>	Ni El Tiempo ni Caracol Radio, ni Revista Semana tienen noticias que involucren violencia hacia menores de edad, ni a estos como sujetos activos en delitos.	Caracol Radio no dedicó ninguna nota referente a la presentación de este proyecto, tampoco hay registro en El Tiempo, ni en Revista Semana.	Ni El Tiempo ni Caracol Radio, ni Revista Semana tienen noticias que involucren violencia hacia menores de edad, ni a estos como sujetos activos en delitos.
	<i>Cualitativo</i>	No se cuenta con material para analizar.	No se cuenta con material para analizar.	No se cuenta con material para analizar.
Sanción 3	<i>Cuantitativo</i>	Caracol Radio no presentaba ninguna noticia sobre delitos sexuales cometidos contra menores de edad, lo mismo sucedió con la revista Semana.	Caracol Radio dedicó una nota sobre la aprobación de la misma. Semana por su parte no informó sobre la sanción de esta ley.	Caracol Radio no presentaba ninguna noticia sobre delitos sexuales cometidos contra menores de edad al igual que Semana.
	<i>Cualitativo</i>	No se maneja ningún discurso al respecto pues ni siquiera se cuenta con noticias sobre casos de abuso a menores	El contenido de la nota de Caracol Radio es meramente informativo, pues no resaltan ningún aspecto sensacionalista y procuran mostrar el contenido de la ley. ⁴	No se maneja ningún discurso al respecto pues ni siquiera se cuenta con noticias sobre casos de abuso a menores
Análisis de la democracia**	<i>Actor</i> Bajo la autoridad del Procurador General de la Nación, Dr. Edgardo Maya Villazón, del Defensor del Pueblo, Volmar Pérez Ortiz y de los senadores Gina Parody, Carlos Piedrahita y Juan Hurtado. La ley fue aprobada en el segundo gobierno de Álvaro Uribe Vélez bajo el partido Primero Colombia	<i>¿Habló al respecto en Campaña?</i>		
		<i>¿Se acercan las elecciones?</i>	<i>¿Es una manera de legitimarse frente a una coyuntura social?</i>	
		<i>Sí</i>	<i>Sí</i>	<i>No</i>
		<i>No</i>	<i>No</i>	<i>No</i>
		Tomando el proyecto como resultado del gobierno de turno, no se encuentra que en el caso de Álvaro Uribe Vélez se haya hablado de delitos sexuales a menores de	Para la fecha de radicación del proyecto faltaban poco más de seis meses para las elecciones legislativas y poco	Para ese momento la principal preocupación a nivel político en el país se refería a la guerra con la guerrilla, el plan Colombia y diferentes problemáticas sociales y económicas que gravitaba alrededor del conflicto armado interno. Al no ser una de las principales preocupaciones sociales y al no ser una respuesta a un hecho social impactante no se

1 Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Contribuyó con el difícil del sistema penitenciario y carcelario según la corte constitucional.
 2 Para el trámite en el Senado. El proyecto se presentó el 17 de agosto de 2005, la fecha de aprobación del primer debate fue el 15 de junio del 2006 y la del segundo debate fue el 29 de agosto de 2006. Por lo tanto, se tomarán las noticias entre julio de 2005 y septiembre de 2006.
 3 La ley fue sancionada el 8 de noviembre de 2006, así que se tomarán las noticias entre octubre y diciembre de 2006.
 4 “Se endurecen penas contra abusadores de menores al ser sancionada ley de infancia. Desde hoy los abusadores sexuales o quienes maltratan algún menor de edad, no tendrán rebajas de penas por confesión ni por sentencia anticipada, según lo estipula la nueva ley de infancia sancionada por el presidente Álvaro Uribe” (Caracol Radio, 2006)

	Proporcionalidad *** Congruencia con principios de derecho penal						<i>Sigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, urgente o inaplazable</i>				edad como una insignia de campaña. No lo habló en la campaña del 2002	Sí	Sí	más de siete meses para las presidenciales.	espera que se busque legitimar el gobierno con este. Aunque vale recordar que las medidas legales tomadas en temas que involucran menores suelen ser muy sensibles para la sociedad independientemente del momento.
Conducente		Sí	No					Sí	No					No	No se ha demostrado que el aumento de penas resulte ser una medida útil en la eliminación de violencias contra menores (Cita Triana & González Amado, 2017). No hay soporte empírico que precise una disminución de esta clase de delitos al quitar beneficios de la pena
Primordial		Los menores de edad siendo sujetos de especial protección requieren una sociedad apta para brindar un desarrollo saludable y seguro. Es deber del Estado, la familia y la sociedad el cuidado y protección de los menores. Por lo tanto, se debe trabajar en pro de medidas que prevengan toda clase de maltrato y violencia contra esta población. Se busca la promulgación de políticas públicas que disminuyan al mínimo posible los delitos contra niños, niñas y adolescentes.						Sí	No					No	Se apela al derecho penal como herramienta de prevención al apelar que con esta se persuadirá al individuo de cometer los actos delictivos. Sin embargo, esta premisa no ha resultado respaldada, y por el contrario tiene el efecto de “falsa seguridad” lo que conlleva a que se deje de pensar en medidas verdaderamente preventivas, en pedagogía y medidas previas a la ejecución del delito. No cumple con el derecho penal como Extrema Ratio
Proporcionado				Resulta racional la afectación del bien jurídico libertad cuando es respuesta de la violación a derechos fundamentales de menores de edad sujetos de especial protección. Si bien el resultado no es comprobado es lógico pensar que hay una proporcionalidad en no brindar beneficios en forma de subrogados penales frente a este tipo de delitos. No se busca con esta ley el aumento de la pena sino la imposibilidad de recibir un trato privilegiado que resulte en una condena más corta.				Sí	No					No	No cumple con el derecho penal como Extrema Ratio

* El movimiento mediático del tema en diarios de alta circulación como Revista Semana digital, El Tiempo y medios tradicionales de noticias como Caracol Radio no presenta en general un cambio determinante sobre el tema, de lo encontrado solo hubo mención al tema para informar de la aprobación de la ley. Más no se encuentran registros previos sobre casos que versen sobre el papel de menores en los índices de criminalidad ni como sujetos pasivos ni como activos

** No se observa como objetivo de esta ley que el gobierno de ese momento, y en efecto la cabeza de Estado el presidente Álvaro Uribe Vélez buscara un beneficio derivado de la promulgación de la ley, tampoco se puede hablar que su promulgación se deba a una deuda con el electorado ni que responda de manera directa a un momento social tensionante que verse sobre el tema de la misma, en este caso sobre delitos cometidos contra menores de edad. Si bien las elecciones presidenciales y legislativas estaban cerca, no se vio un interés en visibilizarse como actores activos para utilizarlo posteriormente.

***Se trabaja sobre el texto de la ley aprobada y consideraciones de la legislación previas. La motivación resulta muy importante para poder hacer el test de proporcionalidad y en este caso contamos con que la motivación se dio por la “necesidad” de hacer modificaciones al decreto predecesor de la ley en estudio, que según informa la gaceta del senado posea problemas en algunas consideraciones sobre la responsabilidad del menor, adopción y algunos delitos.

No podemos decir que nos encontramos ante una medida propiamente populista, no se ve una influencia de medios, una auto legitimación con la medida, la búsqueda de un rédito político a corto o mediano plazo en elecciones, ni un cumplimiento a una promesa electoral. Si bien cumple con dos de los elementos del test de proporcionalidad (finalidad imperiosa y proporcionalidad) no sucede lo mismo conductancia y primordialidad; esto hace que la medida no sea completamente acorde a los principios y las finalidades del derecho penal pero no la convierte per se en populista al faltar influencia tanto de medios como de intención democrática; además de no incumplir el requisito sine qua non del test de proporcionalidad en cuanto a la finalidad constitucionalmente imperante y probablemente el segundo requisito más importante en cuanto a la proporcionalidad.

Ley 1236 de 2008			
	<i>Antes</i>	<i>Durante</i>	<i>Después</i>
Radicación 5	<i>Cu ant itat ivo</i> Ni El Tiempo ni Caracol Radio, ni Revista Semana tienen noticias sobre delitos sexuales hacia menores de edad.	No se hacen referencias a la radicación del proyecto ni a los debates.	Ni El Tiempo ni Caracol Radio, ni Revista Semana tienen noticias que involucren violencia hacia menores de edad, ni a estos como sujetos activos en delitos.
	<i>Cu alit ati vo</i> No se cuenta con material para analizar.	No se cuenta con material para analizar.	No se cuenta con material para analizar.
Sanción 6	<i>Cu ant itat ivo</i> Ni Caracol Radio, ni revista Semana informaron al respecto. Solo se dio a conocer una noticia sobre la aceptación de cargos de un sacerdote que aseguró haber abusado de varios menores de edad.	Ni Caracol Radio, ni revista Semana informaron al respecto. Diarios como El Tiempo y El Espectador tampoco lo mencionan.	Ni Caracol Radio, ni revista Semana informaron sobre algo relacionado a esta. Diarios como El Tiempo y El Espectador tampoco lo mencionan.
	<i>Cu alit ati vo</i> No se cuenta con material para analizar.	No se cuenta con material para analizar.	No se cuenta con material para analizar.
Análisis desde la is	Actor	¿Habló al respecto en Campaña?	¿Es una manera de legitimarse frente a una coyuntura social?
		<i>Sí</i> <i>No</i>	<i>Sí</i> <i>No</i>

5 El proyecto fue radicado el 20 de julio de 2006, el primer debate fue el 13 de septiembre de 2006 y el segundo el 11 de diciembre del mismo año. Se tomarán las noticias entre junio de 2006 y enero de 2007.

6 La ley fue sancionada el 23 de julio de 2008. Se tomarán las noticias entre junio y agosto de 2008

<p>Test de proporcionalidad Congruencia con principios de derecho penal</p>	<p>Los autores fueron los senadores Alexandra Moreno Piraquive, Manuel Virguez y Gloria Stella Diaz. La ley fue aprobada en el segundo gobierno de Alvaro Uribe Vélez bajo el partido Primero Colombia</p>	<p><i>Sigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, urgente o inaplazable</i></p>	<p>no se encuentra que en el caso de Uribe Vélez se hablara de delitos sexuales a menores de edad como una insignia de campaña. No lo habló en la campaña del 2006 ni quedó como un pendiente de la campaña de 2002.</p>	<p>Si</p>	<p>Para el momento aún faltaban dos años para las presidenciales. Y no resalta ningún nombre en el senado que se abanderara con el tema para las siguientes elecciones.</p>	<p>Para este momento el panorama nacional se encontraba atravesado por dificultades económicas, había preocupación por los índices de corrupción en diferentes niveles de la administración.</p>
		<p>Conducente</p>	<p>Si</p>	<p>No</p>		<p>No</p>
	<p>Si</p>	<p>No</p>	<p>Si</p>	<p>No</p>		<p>No</p>
	<p>Los menores de edad siendo sujetos de especial protección requieren una sociedad apta para brindar un desarrollo saludable y seguro. Es deber del Estado, la familia y la sociedad el cuidado y protección de los menores. Por lo tanto, se debe trabajar en pro de medidas que prevengan toda clase de maltrato y violencia contra esta población. Se busca la promulgación de políticas públicas que disminuyan al mínimo</p>	<p>Primordial</p>	<p>Si</p>	<p>No</p>	<p>Se apela al derecho penal como herramienta de prevención al apelar que con esta se persuadirá al individuo de cometer los actos delictivos. Sin embargo, esta premisa no ha resultado respaldada, y por el contrario tiene el efecto de que se deja de pensar en medidas verdaderamente preventivas, en pedagogía y medidas previas a la ejecución del delito. No cumple con el derecho penal como Extrema Ratio</p>	<p>Resulta racional la afectación de la libertad cuando es respuesta de la violación a derechos fundamentales de menores de edad sujetos de especial protección. Sin embargo, las modificaciones que hizo esta ley a los infractores resultan ser la duplicación de la pena privativa de la libertad, que sumada a la imposibilidad de aplicar subrogados penales la convierten en una pena fija y considerablemente dañina para el goce de la libertad y demás derechos subsidiariamente afectados.</p>
	<p>posible los delitos contra niños, niñas y adolescentes.</p>	<p>Proporcionado</p>	<p>Si</p>	<p>No</p>		<p>No</p>

*Es interesante para este punto ver la falta de atención al suceso. Si bien no se espera que en todos los casos se haga un manejo mediático importante, el tema tratado resulta ser de usual interés general. Razón por la cual, resulta poco común que no se haga un seguimiento mediático importante a un aumento de penas de la magnitud de esta Ley.

** Nuevamente no se observa como objetivo de esta ley que el gobierno de ese momento, y en efecto la cabeza de Estado el presidente Álvaro Uribe Vélez buscara un beneficio derivado de la promulgación de la ley, tampoco se puede hablar que su promulgación se deba a una deuda con el electorado ni que responda de manera directa a un momento social tensionante que verse sobre el tema de la misma, en este caso sobre delitos cometidos contra menores de edad.

*** Se trabaja sobre el texto de la ley aprobada y consideraciones de la legislación previas. La motivación resulta muy importante para poder hacer el test de proporcionalidad y en este caso no contamos con la motivación más allá de la información de prensa, columnas de opinión y el contraste del texto final con los principios constitucionales y penales. La diferencia radica que aún sin la parte motiva el cambio es tan evidente y la afectación a la libertad es tan importante que aún con la parte motiva resulta poco posible que un cambio de esta magnitud sea sustentable con evidencia empírica.

Así las cosas, podemos ver que no nos encontramos ante una ley populista bajo los términos dados, no se ve una influencia de medios, una auto legitimación con la medida, la búsqueda de un rédito político a corto o mediano plazo en elecciones, ni un cumplimiento a una promesa electoral. Es una propuesta transgresora de los principios del derecho penal, pero no se puede concluir que la vulneración por sí misma del principio de proporcionalidad resulte en populismo punitivo.

Ley 1944 de 2018				
	<i>Antes</i>	<i>Durante</i>	<i>Después</i>	
Análisis de medios 7	<i>Cu ant itat ivo</i>	Para el inicio del 2016 no se encuentran noticias sobre el abigeato.	En periódicos de circulación nacional ni regional no se encuentra con información sobre la radicación del proyecto ni sobre casos de abigeato.	El 14 de diciembre del 2017 el portal digital de Fedegan dedicó una nota a este delito en el Valle de Ubaté.
	<i>Cu alit ati vo</i>	No se cuenta con material para analizar.	No se cuenta con material para analizar.	La nota menciona la presencia de focos de abigeato y de sacrificio en potreros en los diferentes municipios de la región del Valle de Ubaté, ante lo que piden a los ganaderos que denuncien estos delitos
Sanción 9	<i>Cu ant itat ivo</i>	En periódicos de circulación nacional no se encuentra información al respecto. Solo es rastreable en periódicos locales o focalizados a la actividad agrícola y ganadera.	En periódicos de circulación nacional ni regional no se encuentra con información sobre la radicación del proyecto ni sobre casos de abigeato.	No se dio gran revuelo a la aprobación de la ley, no hicieron referencias a esta en notas de diarios de alta circulación ni programas radiales. Sin embargo, poco más de un mes después Francisco Bernate (2019), el reconocido penalista, dedicó una columna sobre la ley.

7 El abigeato es un delito concurrente en los departamentos cuya principal actividad económica es la ganadería. Sin embargo, no se le da la suficiente importancia para ser tratado a nivel nacional con alto grado de intensidad. Hay noticias a nivel regional que es donde se presta mayor interés al tema.

8 La fecha de presentación 9 de agosto de 2016, el 15 de mayo y 15 de junio de 2017 se realizó la aprobación de primer y segundo debate.
9 el 28 de diciembre de 2018 fue aprobada la ley

Análisis de la democracia ***	<p>Cualitativo</p> <p>La información referente al abigeato suele ser descriptiva, nombrando el lugar en el sucedieron los hechos, usualmente fincas ganaderas.¹</p>	<p>No se cuenta con material para analizar.</p>	<p>La columna de Bernate² versa sobre la complejidad técnica para aplicar lo estipulado por esta ley, las supuestas incongruencias entre los seis artículos que la componen y como complejiza el sistema penal al convertirlo en un delito autónomo en vez de un agravante.</p>
	<p>Actor</p> <p>Los senadores que presentaron el proyecto de ley fueron: Nohora Tovar Rey, Ernesto Macías Thania Vega De Plazas, Rigoberto Barón, Jaime Amin Hernández, Fernando Araujo, Iván Duque Márquez, presidente de la República para el periodo 2018-2022, sancionó la ley.</p>	<p>¿Habló al respecto en Campaña?</p> <p>Sí</p> <p>No</p>	<p>¿Se acercan las elecciones?</p> <p>Sí</p> <p>No</p>
	<p>¿Es una manera de legitimarse frente a una coyuntura social?</p> <p>Sí</p> <p>No</p>	<p>Su sanción se realizó de manera estratégica en un evento realizado en Caquetá departamento ganadero por excelencia (Cámara de Comercio de Florencia para el Caquetá, 2018-2019)³ además de promulgarse en uno de los años con mayor afectación a ganaderos por el delito de abigeato.</p>	
<p>Congruencia con principios del derecho penal ***</p> <p>Test de proporcionalidad</p>	<p>Conducente</p> <p>Sí</p> <p>No</p>	<p>La complejización del sistema penal resulta en el efecto contrario. Al permitir vacíos normativos que caigan en escenarios de impunidad por mala aplicación de la norma o choques entre el mismo sistema jurídico</p>	<p>No</p>
	<p>Primordial</p> <p>Sí</p>	<p>Ya se contaba con una herramienta que permitía hacer referencia a este delito y aplicar una medida al respecto.</p>	<p>No</p>
	<p>Proporcionado</p> <p>Sí</p>	<p>La variación injustificada de los tiempos de privación de la libertad entre el agravante previo y la individualización posterior del delito no muestran una proporcionalidad jurídica.</p>	

*En este caso nos encontramos en un panorama más regional, por lo el indicio de búsqueda deberá focalizarse de manera proporcional para poder encontrar información que hable al respecto.

** La legitimación no requiere per se responder a un fenómeno nacional, la legitimación se construye también desde espacios sociopolíticos más focalizados, respondiendo a problemáticas de comunidades o sectores sociales con problemas específicos. Es una legitimación focalizada, que a la larga tiene el objetivo de expandirse para no perder simpatizantes.

*** Cuando la finalidad del delito no supera el test, al no ser constitucionalmente imperiosa, urgente e inaplazable el continuar con el test resulta un sinsentido pues de entrada se sabe que incumple con la proporcionalidad y paralelamente no guarda congruencia con los principios de derecho penal. Sin embargo, en el ejercicio se propone el continuar con el test solo a efecto de ilustrar.

El populismo punitivo no se debe relegar a una categoría que aplique solo a grandes casos que afecten o preocupen a la gran mayoría de la población. Es posible hablar de populismo punitivo a niveles de aplicación más focalizados. Si bien la modificación penal es para todos, la afectación directa en la aplicación práctica es para algunos pocos; la afectación común es la inseguridad jurídica y la promulgación de delitos autónomos faltos de claridad que dan pie a una inestabilidad mayor del sistema jurídico. Por lo tanto, en esta medida si podemos encontrar rezagos de populismo punitivo.

En el estudio de leyes se demostró que, pese a que todas han sido catalogadas ocasionalmente como populismo punitivo, al realizar el análisis desde los puntos desarrollados a lo largo del texto no resultó que todas cumplieren parcial o totalmente con al menos dos de los tres puntos analizados.

Frente a los medios podemos hablar en principio que en las leyes estudiadas no fueron influyentes en la opinión pública, la trascendencia no llenó las expectativas de lo que requiere la categoría para determinar que hay populismo punitivo. La mayoría de ellos no representó una exposición mediática relevante ni para generar presión ni para mostrarlo como una respuesta a lo que el país necesita.

Frente a la democracia, ya sabemos que se valen de medidas democráticas para proponer y validar medidas de este talante por lo cual resulta en un ejercicio dispendioso y sin mayor utilidad hacer la revisión del proceso de presentación, lo que sí se puede revisar son las intenciones objetivas que tiene el actor en el momento de proponerlo además de revisar si corresponde al cumplimiento de una propuesta en campaña o a una forma de auto legitimarse. En este caso nos damos cuenta que la auto legitimación no es necesariamente a nivel nacional pues se da también a nivel regional o en un sector específico de la población.

Por último, frente a la relación con los principios penales, una de las conclusiones más importantes es el comprender que nos podemos encontrar ante medidas que trasgredan directamente principios penales y constitucionales; sin embargo, debemos aclarar que esta no es medida suficiente por sí sola para declarar que nos encontramos ante populismo punitivo. Son una muestra clara de que la ley es anticonstitucional o transgresora de principios, pero no se debe recaer en el error de clasificarle como populismo punitivo si no hay presencia de alguno los otros elementos que constituyen el populismo punitivo

12. La prevención como alternativa

Una manera de enfrentar la criminalidad y no caer en medidas populistas que resulten ser regresivas y contrarias a la dignidad humana es recurrir a la prevención y la educación como un método de manejo previo, así se evita la comisión de delitos y no resulta ser una medida tardía como la pena. Esta es una manera de generar un sistema jurídico-penal orientado a prevenir el delito y resocializar al delincuente además de alinearse a los principios del derecho penal, constitucionales y de la pena.

Se debe aclarar que fundamentar la pena en la llamada prevención general positiva o prevención integradora, radica en comprender la pena como un medio, un mecanismo o instrumento, que únicamente es justificada en la medida que se use visiblemente al entorno de la teoría de la pena y de manera constitucional, como una teoría que posibilite apartarse de la retribución y de la prevención general negativa. Igualmente, la capacidad de la prevención general positiva, dentro de un sistema constitucional social y democrático, es en esencia la de delimitar el *ius puniendi*. Esta connotación permite que la pena haga parte de la aplicación de un derecho, que tenga un sentido social y de alguna manera termine por ser la extrema ratio.

Esto también implica hacer introspección en virtud de una funcionalidad garantista revisando y reduciendo la pena explícitamente al entorno de la teoría de la pena, a partir de la perspectiva constitucional. En otras palabras, estableciendo expresamente en la constitución que el fin último y fundamental de la pena es la prevención del delito y que ello se hace por medio de la educación y la resocialización del criminal. Además, la pena debería buscarse, realizarse y construirse a partir de la perspectiva de una política-criminal transparente y participativa, que busque la conciliación de sus objetivos; siendo estos la custodia de los bienes jurídicos tutelados y el pleno

cumplimiento de los principios y finalidades de la pena en un sistema jurídico-penal social. Se debe recordar a esta altura que, para cumplir con una verdadera prevención del delito, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, se debe tener la convicción de que el propósito último no es eliminar el crimen (lo cual no es garantizable bajo ninguna medida), sino controlarlo razonablemente.

Con lo anterior, se puede concluir que el papel de la prevención resulta razonable y útil para darle contenido a los objetivos, valores, fines y aparatos que postula la constitución penal.

13. Conclusiones

El término populismo punitivo se ha utilizado de manera indiscriminada y la vaguedad de criterios para su aplicación de manera sistémica y coherente resultó en un sin propósito para el estudio de este fenómeno en materia penal. Ha quedado claro que sus consecuencias representan un retroceso al estado de cosas de un determinado lugar. En el caso colombiano ha representado un elemento clave en el Estado de cosas inconstitucional carcelario y penitenciario, por lo tanto, no resulta descabellado que desde la academia se hagan los esfuerzos necesarios para dar una forma a esta categoría y así identificarla y aplicarla de forma más eficiente.

En el panorama estudiado a lo largo del texto se planteó la importancia de sincronizar una suerte de categorías para hacer un estudio más juicioso y preciso de proyecto y leyes, evitando caer en la categorización indiscriminada y descuidada de medidas sin contar con un sustento. Se brindó el estudio de tres categorías importantes en virtud de las características más comúnmente aceptadas cuando se habla de populismo punitivo, siendo estos la explotación mediática, la búsqueda de réditos políticos y la irregularidad jurídica que representan. Se mostraron en el texto como un análisis de los medios de comunicación en las medidas populistas, la relación que tienen estas me-

didadas con la democracia y la congruencia frente a las bases del derecho penal.

A la academia le queda la responsabilidad por su parte de seguir la construcción de categorías de estudio consistentes y aplicables, además de fomentar activamente la educación social en estos temas con el fin de que a la hora de tomar decisiones sobre representantes tengan en cuenta un panorama más amplio que el pasional y emocional. Al legislador de ser riguroso en la revisión de los proyectos y su relación con la constitución, los principios penales y las necesidades sociales además de priorizar medidas preventivas y de educación que evite de esta manera la utilización indiscriminada del derecho penal, recordando que *“el elemento transversal de toda política criminal deberá ser la investigación de las causas estructurales que influyen en la comisión del delito y el mantenimiento del sujeto en la vida delictiva”* (Huertas, 2019).

14. Bibliografía

- ◻ Ajzen, I., & Fishbein, M. (1980). *Understanding Attitudes and Predicting Social Behavior*. Englewood Cliffs: NJ: Prentice-Hall.
- ◻ Bernate, F. (7 de febrero de 2019). La nueva Ley de Abigeato: un monumento a la improvisación. *Ámbito Jurídico*.
- ◻ Bottoms, A. (1995). *The philosophy and politics of punishment and sentencing. The politics of sentencing reform*.
- ◻ Cámara de Comercio de Florencia para el Caquetá. (2018-2019). *Informe Indicadores Socioeconómicos del departamento de Caquetá*. Florencia.
- ◻ Caracol Radio. (8 de noviembre de 2006). *Se endurecen penas contra abusadores de menores al ser sancionada ley de infancia*. Caracol Radio.
- ◻ Chong, D., & Druckman, J. (2007). *Framing theory*. *Rev. Polit. Sci.*, 103-126.
- ◻ Cita Triana, R. A., & Zz González Amado, I. (2017). *La proporcionalidad de las penas*. Ibañez.
- ◻ Comisión Asesora de Política Criminal. (2012). *Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Informe Final, Bogotá.
- ◻ Cuello, Q., & Sardoth, R. (2017). *Principio de proporcionalidad y test de ponderación como técnica para dar solución a derechos fundamentales en conflicto en derecho administrativo en el tiempo posmoderno*. Trabajo de grado, Universidad Santo Tomás. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10756/2018Cuellomelba.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- ◻ ‘El populismo punitivo es una tendencia errada en todo el mundo’. (17 de marzo de 2017). *El Tiempo*. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/entrevista-a-claus-roxin-sobre-el-proceso-de-paz-en-colombia-68588>.
- ◻ García Villegas, M. (s.f.). *Departamento de Derecho Internacional, DEA*. Obtenido de *Resoluciones Asamblea General*: http://www.oas.org/juridico/spanish/mauricio_garc%C3%ADa_villegas.htm
- ◻ Goffman, E. (1974). *Frame analysis: An essay on the organization of experience*.
- ◻ González Bell, J. (5 de julio de 2018). *Luego de dos años fue aprobado proyecto de ley que busca aumento de penas por abigeato*. Colombia.
- ◻ Huertas Díaz, O. (2019). *Política criminal sistémica. Origen rizomático y contribuciones para su reflexión*. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

- ❑ IDEA. International Institute for democracy and electoral assistance. (2020). Populist government and democracy: An impact assessment using the Global State. Obtenido de <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/populist-government-and-democracy-impact-assessment-using-gsod-indices.pdf>
- ❑ McCombs, M., & Shaw, D. (1972). "The Agenda-Setting Function of Mass Media". *The Public Opinion Quarterly*, 36, 176-187.
- ❑ McCombs, M., & Valenzuela, S. (2007). The agenda-setting theory. *Cuadernos de Información*, 4450.
- ❑ Montealegre, E., Bautista, N., & Vergara, L. (2014). La ponderación en el derecho evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ❑ Nelson, T., Oxley, Z., & Clawson, R. (1997). Toward a psychology of framing effects. *Polit. Behav.*
- ❑ Prats, E. (2005). Los peligros del populismo penal. Bogotá, Colombia: Ius Novum.
- ❑ Radio Nacional de Colombia. (29 de diciembre de 2018). Duque sancionó ley que tipifica el abigeato como delito. Colombia.
- ❑ Reyes Hincapie, M. d. (2019). El populismo punitivo en los delitos sexuales en Colombia. *Universitas Estudiantes* (19), 57-78. Recuperado el Julio de 2021, de <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/10896397/3.+Reyes+Hincapie.pdf/965acd81-2fac-447c-920c-131e8364f6b7>
- ❑ Rubiano Mora, K. (2019). Desconocimiento del principio de razonabilidad y proporcionalidad en la pena prevista en el artículo 188C de la Ley 1453 de 2011.
- ❑ Senado de la Republica. (7 de diciembre de 2016). Proyecto de Acto Legislativo Número 12.
- ❑ Todorov, Z. (2012). Los enemigos íntimos de la democracia. Madrid: Galaxia Gutenberg.
- ❑ Uribe Barrera, J. (2012). ¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo? *Nuevo Foro Penal*, (págs. 70-106).

Artículo Recibido:14/12/2021

Artículo Aceptado: 27/01/2022

ARTÍCULO 2

La opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su impacto en el régimen democrático boliviano

The advisory opinion of the inter-american court of human rights and its impact on the Bolivian democratic regime

Alan E. Vargas Lima^{1*}

¹ Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales

* **Correspondencia del autor(es):** alanvargas4784@gmail.com, dirección.

Resumen:

El presente trabajo pretende mostrar los elementos esenciales del Estado Democrático de Derecho, verificando la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de convencionalidad, para luego enfatizar sobre la vinculatoriedad de los pronunciamientos de la Corte IDH en Bolivia, y la incidencia de la Opinión Consultiva OC-28/21 en el régimen democrático boliviano.

Palabras clave: Estado Democrático de Derecho, Control de Convencionalidad, Vinculatoriedad, Opinión Consultiva

Abstract

This work aims to show the essential elements of the Democratic State of Law, verifying the evolution of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in terms of conventionality control, to later emphasize the binding nature of the pronouncements of the Inter-American Court in Bolivia, and the incidence of Advisory Opinion OC-28/21 in the Bolivian democratic regime.

Keywords: Democratic State of Law, Control of Conventionality, Linkage, Advisory Opinion

1. Introducción

Debemos comenzar señalando que en fecha 21 de octubre de 2019 la República de Colombia, con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), presentó una solicitud de Opinión Consultiva sobre la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos¹

Una de las cuestiones planteadas por el Estado solicitante, fue precisamente dilucidar si la reelección presidencial indefinida es un derecho humano protegido por la CADH; lo cual tiene una especial relevancia para Bolivia, dado que en fecha 28 de noviembre de 2017 pronunció la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0084/2017, por la cual el Tribunal Constitucional Plurinacional decidió otorgar una aplicación preferente a la CADH, al amparo de lo dispuesto por el artículo 256 de la Constitución boliviana, habilitando la reelección presidencial del gobernante de turno.

Entonces, y considerando que el pasado 10 de octubre en Bolivia se cumplieron 39 años de vida democrática, la actual coyuntura nos obliga a desarrollar los elementos esenciales del Estado Democrático de Derecho, verificando la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de convencionalidad, para luego analizar la vinculatoriedad de los pronunciamientos de la Corte IDH como parte del bloque de constitucionalidad en Bolivia, y la incidencia de la Opinión Consultiva

1 La Audiencia de Solicitud de Opinión Consultiva sobre la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos presentada por el Estado de Colombia, fue realizada el 28, 29 y 30 de septiembre de 2020, en el 137 Período Ordinario de Sesiones. El 7 de junio de 2021 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una Opinión Consultiva en respuesta a la consulta realizada por la República de Colombia sobre “la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”; y en la misma señaló que la reelección presidencial indefinida no era un derecho humano garantizado en la Convención Americana.

OC-28/21 en el régimen democrático boliviano².

2. Nociones generales sobre el Estado Democrático de Derecho

A manera de citar algunos antecedentes en el sistema constitucional boliviano, cabe señalar que la primera caracterización de Bolivia como Estado democrático, fue introducida en la reforma constitucional de 20 de febrero de 2004, a través de la Ley 2631 de Reformas a la Constitución Política del Estado³.

Esta definición –según lo explicado por la Sentencia Constitucional N° 0066/2005, de 22 de septiembre– implica una cualificación de la relación Estado- sociedad, pues supone la intervención activa de los ciudadanos a través de diferentes mecanismos de participación incorporados a la Constitución boliviana en la referida reforma de 2004, como la iniciativa legislativa, el referéndum,

2 Algunas ideas preliminares de este ensayo sobre Estado Democrático, fueron expuestas inicialmente en el trabajo de mi autoría: “El Estado Plurinacional de Bolivia como Estado Constitucional de Derecho” (Vargas Lima, 2020). Posteriormente, una versión actualizada con los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su más reciente Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, fue presentada como Conferencia magistral en el marco de la Sexta Semana de la Democracia “Juventudes, factor de cambio social”, organizado por el Instituto Electoral y de Participación Ciudadana IEPC-Tabasco (México), que se realizó en formato virtual el día 31 de agosto de 2021. El tema también fue expuesto en el 1° Congreso Internacional de Investigación FUNDESino, organizado por la Fundación de Estudios Superiores (FUNDES – Colombia), y que se realizó en modalidad on line, los días 27 al 29 de octubre de 2021. Finalmente, fue presentado en el 11° Congreso Internacional Constitucionalismo e Democracia: Diálogos do Sul: Pluralismo na África e América Latina para emancipação, organizado pela Rede Para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e realizado pela UNILAB, UFBA e UCSAL, nos días 22 a 26 de novembro de 2021 (Brasil).

3 Una investigación sobre el ejercicio de la democracia directa en América Latina, donde se menciona con algún detalle la trascendencia de la reforma constitucional de 2004 en Bolivia, puede verse en (Lissidini, 2011).

etc., así como las nuevas formas de representación popular también incorporadas en la reforma. Entonces, de acuerdo al entendimiento expresado por el Tribunal Constitucional:

“El principio de Estado Democrático, implica un énfasis en la democracia, entendida ésta como el gobierno del pueblo, donde la titularidad del poder político descansa en el gobernado, es decir en el pueblo, y no en el gobernante, quien ejerce el poder por delegación conferida por el pueblo a través del voto directo e igual, bajo el sistema de representación proporcional establecido en el art. 219 de la CPE (2004). Es así que conforme al principio democrático aludido, el Gobierno, en la democracia, se legitima por el consentimiento del pueblo, fundamentalmente a través del voto emitido en las elecciones, conforme a la representación proporcional.

En este sentido, la formulación de Bolivia como un Estado Democrático, hace referencia, entonces, a la titularidad del poder, que descansa en el pueblo, que debe participar en la vida política a través de los diferentes mecanismos previstos por el sistema democrático. El principio democrático, implica además una mejor distribución del poder político, y una apuesta por lo diverso, como negación de todo totalitarismo, a nivel étnico, cultural, ideológico, político o regional.”

En la actualidad, y según la doctrina del constitucionalismo contemporáneo, el Estado democrático⁴ entraña distintas características del régimen

político⁵; de un lado, significa que los titulares

resulta inescindible del Estado de Derecho pues la base de todo régimen constitucional no es otro que la expresión de la voluntad soberana a través de los cauces legales previstos al efecto, de modo que la Constitución, en cuanto modelo normativo que expresa una voluntad colectiva de convivencia democrática, alcanza su máxima expresión por medio de la participación ciudadana, efectivizada a través de la democracia representativa (art.11.II.2 de la Norma Suprema). Asimismo, sobre su incidencia y aplicación en el ámbito judicial, a través de la SCP 0339/2012 de 18 de junio, reiterada a su vez por la SCP 0346/2020-S2 de 19 de agosto, entre muchas otras, el TCP ha establecido que: “...tomando en cuenta que uno de los principios fundamentales inherentes al Estado Democrático de Derecho es la motivación de las decisiones de las autoridades públicas, el juez está obligado a expresar los motivos de hecho y de derecho en que se basa su convicción determinativa de la concurrencia de los requisitos, así como el valor otorgado a los medios de prueba, esa fundamentación no puede ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes; de modo que está obligado a expresar los presupuestos jurídicos que motivan la medida, con cita de las normas legales aplicables y la descripción clara y objetiva de los elementos de convicción concurrentes”..

5 Por otro lado, y en concordancia con el art. 12 de la CPE, la jurisprudencia constitucional también se ha pronunciado en la SC 0009/2004 de 28 de enero, señalando que: “Siguiendo la doctrina del Derecho Constitucional, este Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha señalado que ‘el Estado Democrático de Derecho está organizado sobre la base de los principios fundamentales, entre otros, de la separación de funciones conocida también como el principio de división de poderes, lo que implica la distribución de las competencias y potestades entre diversos órganos estatales para el ejercicio del poder público, de manera tal que esa distribución se constituya en una limitación para cada órgano de poder el que sólo podrá ejercer las potestades que forman parte de su competencia’. En el marco del principio fundamental referido, que está consagrado en la norma prevista por el art. 2 de la Constitución, el Constituyente ha efectuado la distribución de funciones y competencias; así la potestad legislativa, de control y fiscalización la tiene el Poder Legislativo; la función ejecutiva, administrativa y reglamentaria la ejerce el Poder Ejecutivo y el ejercicio de la potestad jurisdiccional la tiene el Poder Judicial. Conforme enseña la doctrina del Derecho Constitucional, la concepción dogmática de la ‘división de poderes’, ha sido superada en el constitucionalismo contemporáneo con la adopción del concepto de la separación de funciones que se sustenta en los siguientes principios: 1) la independencia de los órganos de poder del Estado; 2) la coordinación e interrelación de funciones entre los órganos; y 3) el equilibrio entre los órganos que se establece a partir de frenos y contrapesos, ello implica que los diversos órganos de poder del Estado no desarrollan única y exclusivamente sus función esencial, también participan en el desempeño de las funciones y labores de los otros órganos, en el marco de las atribuciones y competencias conferidas por el Constituyente, así el Legislativo participa en las labores del Ejecutivo aprobando el presupuesto general de la nación, o ratificando los tratados internacionales, entre otros; de su parte

4 Como lo ha precisado la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0026/2021, de 19 de abril, en virtud del art. 1 de la CPE, el Estado boliviano se consagra como un Estado Democrático de Derecho, cualidades de insoslayable importancia, pues por un lado, el Estado de Derecho, entre otros aspectos, implica la subordinación a la Ley Fundamental en el ejercicio del poder público así como la vigencia plena del principio constitucional de legalidad en su visión más amplia, esto es, el deber de conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes (art. 108.1 de la CPE), debiendo entenderse, que la legalidad informadora deviene de la Ley Suprema del ordenamiento jurídico; es decir, que: “...el principio de legalidad contiene en su matriz normativa al principio de constitucionalidad...” (SCP 0009/2016 de 14 de enero). Y, por otro lado, el carácter democrático reconocido en el referido precepto constitucional

del poder público ejercen esa calidad en virtud de la voluntad de los ciudadanos, expresada a través de las elecciones basadas en el sufragio universal (artículo 26.II de la Constitución Política del Estado – CPE)⁶; y, de otro, implica que la relación de los ciudadanos con el poder político no se reduce a la emisión del voto para elegir a sus representantes y gobernantes, sino que también se expresa en una participación activa y efectiva en la toma de decisiones, a través de mecanismos adecuados como el referéndum popular⁷, la plani-

ficación participativa, la revocatoria de mandato (artículo 240 CPE), así como el control social (artículos 241 y 242 CPE) y la iniciativa legislativa⁸ (artículos 11.II, núm. 1, y 162 CPE); y, finalmente, que la democracia sea expresada como la capacidad de respeto a los demás, la capacidad del diálogo y el respeto por la discrepancia, de manera tal que la voluntad de las mayorías no pueda llegar al extremo de desconocer los derechos de las minorías ni los derechos fundamentales de las personas (Rivera S., 2005, pág. 21).

el Ejecutivo participa en las labores del Legislativo a través de los mecanismos previstos en la Constitución, tales como la iniciativa legislativa, la promulgación de la Ley, entre otras actividades” (El resaltado corresponde a la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0005/2020-S4, de 14 de enero).

6 “La doctrina constitucional –expuesta con bastante amplitud en la Sentencia Constitucional N°0064/2004, de 8 de julio– entiende por cuerpo electoral al conjunto de ciudadanos con derecho de sufragio activo; es la expresión jurídica de la sociedad a través de la cual ésta procede a la creación del derecho y a la dirección política del Estado por medio de la elección de sus representantes, o a través de la adopción de decisiones de especial trascendencia de manera directa. El concepto de cuerpo electoral tiene su base en el principio fundamental de la soberanía popular, lo que significa la pertenencia del poder al pueblo, es decir, que el pueblo es el origen de todo poder, lo que implica el reconocimiento a aquél del derecho de crear o configurar su propio orden político fundamental, su Constitución, así como el derecho de modificarla. En consecuencia, el poder del Estado emana del pueblo el que, en un sistema democrático participativo, además de delegar su ejercicio a sus mandatarios y representantes, lo ejerce directamente a través de los mecanismos previstos por la Ley Fundamental del Estado”. Sin embargo, la voluntad del cuerpo electoral no puede constituirse ni expresarse, sino a través del ejercicio del derecho de sufragio; pues no existe otra vía más idónea y expedita que el sufragio, para que el cuerpo electoral pueda manifestarse de forma individualizada por los ciudadanos que lo integran. Este derecho se ejerce mediante voto igual, universal, directo, individual, secreto, libre y obligatorio, escrutado públicamente (a partir de los dieciocho años cumplidos); así lo dispone la norma prevista por el artículo 26 parágrafo II de la CPE.

7 En lo que respecta al referéndum como mecanismo de participación del pueblo en la toma de decisiones políticas trascendentales, la antes citada Sentencia Constitucional N°0064/2004, en consonancia con la doctrina del Derecho Constitucional, ha precisado que el referéndum es un mecanismo de la democracia participativa, a través del cual el pueblo, como titular de la soberanía, expresa su voluntad o decisión política sobre los asuntos o temas sometidos a su consideración por las autoridades de gobierno. “Cabe advertir que según la doctrina clásica del Derecho Constitucional, el referéndum es el mecanismo mediante el cual el pueblo aprueba o rechaza las decisiones normativas de las autoridades estatales, expresadas

en un texto ya elaborado de proyecto, o ya previsto en un texto legal vigente, en cuyo caso la decisión está orientada a derogar o abrogar el texto normativo sometido a su consideración. En esa línea de pensamiento se ha establecido una diferenciación entre el referéndum y el plebiscito que se constituye en otro mecanismo de la democracia participativa; así la doctrina considera que en el referéndum se somete a consideración del pueblo un texto normativo que puede ser un proyecto de norma jurídica o una norma jurídica ya en vigor, en cambio en el plebiscito se somete a consideración del pueblo una decisión política, es decir, se le formula una consulta acerca de una decisión fundamental para la vida del Estado y de la sociedad, lo que significa que no se propone un texto normativo sino una decisión como tal. Sin embargo, en la doctrina contemporánea se concibe el referéndum popular de una manera amplia, como un mecanismo de la democracia participativa, a través del cual los gobernantes pueden consultar al pueblo su parecer no sólo sobre un texto normativo en proyecto o en vigor, sino sobre decisiones políticas de especial trascendencia para el Estado y la Sociedad; de ahí que frente a la clasificación bicéfala de referéndum aprobatorio y referéndum derogatorio, la doctrina constitucional añade una tercera clase o forma, como es el referéndum potestativo o consultivo”. En Bolivia se han llevado a cabo tres referendums constitucionales: a) el referéndum de 11 de enero de 1931 (que aprueba modificaciones a la Constitución de esa época); b) el referéndum de 25 de enero de 2009 (que aprueba el texto constitucional vigente); c) el referéndum de 21 de febrero de 2016 (que rechaza la reforma constitucional para habilitar la reelección presidencial). Sobre este último aspecto, un análisis de la consulta popular (referéndum) que tuvo lugar en Bolivia el 21 de febrero, y que resultó en el rechazo a la propuesta de reformar la Constitución para permitir una nueva reelección presidencial, puede encontrarse en el trabajo de: Welp, Yanina y Lissidini, Alicia (2016). Democracia directa, poder y contrapoder. Análisis del referendo del 21 de febrero de 2016 en Bolivia. En: *Bolivian Studies Journal/Revista de Estudios Bolivianos* <http://bsj.pitt.edu> Vol. No. 22, 2016. doi: 10.5195/bsj.2016.157

8 La participación ciudadana como objeto de estudio puede ser analizada desde distintas perspectivas; así, una mirada jurídica concreta sobre el referéndum y la iniciativa legislativa popular, y su análisis comparado entre diversos sistemas constitucionales, puede verse en el interesante trabajo de (Soto, 2012).

En este sentido, la reciente Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, sobre «La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos», ha establecido entre sus fundamentos, que si bien el principio democrático implica que los gobernantes serán electos por la mayoría, uno de los objetivos principales de una democracia debe ser el *respeto de los derechos de las minorías*, y ese respeto se garantiza mediante la protección del Estado de Derecho y de los derechos humanos. Asimismo, agregó:

“(…) 53. La relación entre derechos humanos, Estado de Derecho y democracia quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana. Este instrumento jurídico es una norma de interpretación auténtica de los tratados a que se refiere, pues recoge la interpretación que los propios Estados miembros de la OEA, incluyendo a los Estados parte en la Convención, hacen de las normas atinentes a la democracia tanto de la Carta de la OEA como de ésta.

54. La Carta Democrática señala expresamente que “[l]os pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”. En este sentido, se reconoce que “la democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas”. Asimismo, la Carta Democrática establece que “el ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del Estado de Derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos”. Es tal el rol fundamental que los Estados de la región le han dado a la democracia representativa, que la Carta Democrática establece un sistema de garantía colectiva mediante el cual, cuando “se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente [el] orden democrático” de un Estado, otros Estados o el Secretario General podrán solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente, y de constatarse que “se ha producido la ruptura

del orden democrático en un Estado Miembro y que las gestiones diplomáticas han sido infructuosas, conforme a la Carta de la OEA tomará la decisión de suspender a dicho Estado Miembro del ejercicio de su derecho de participación en la OEA con el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados Miembros”.

3. El Control de Convencionalidad y su incidencia en el régimen democrático

Continuando con el análisis, y concretamente en cuanto se refiere al control de convencionalidad, se requiere precisar cuál es el fundamento de su obligatoriedad; lo cual resulta imprescindible para entender la importancia de realizar dicho control y para señalar que su ausencia implica que los Estados pueden comprometer su responsabilidad a nivel internacional.

Así, es fácilmente perceptible que el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH (Steiner, 2014)⁹.

De la lectura integrada de dichos artículos –señala el profesor Claudio Nash– se desprende que la protección de los derechos humanos debe ser guía en la actuación de los Estados y que éstos deben tomar todas las medidas para asegurar el respeto, la protección y la promoción de dichos derechos. En este sentido, desde esta compren-

9 Los arts. 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, sientan “deberes” específicos para los Estados a ella adheridos. El primero, esencialmente, establece dos: a) respetar los derechos de la Convención, y b) garantizarlos, sin discriminación alguna. A su turno, el art. 2º les obliga a adoptar “disposiciones legislativas o de otro carácter” necesarias para efectivizar aquella garantía. Aquí se alude al “efecto útil” que debe tener el Pacto. (Sagüés, 2010, págs. 117- 136)

(Ferrer Mac-Gregor, 2014, pág. 237).

sión se ha concebido el concepto de control de convencionalidad, entendido como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes de efectuar no sólo un control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones, las normas contenidas en la CADH y los estándares desarrollados por la jurisprudencia. (Nash, 2013)¹⁰

Este control es, por tanto, la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH (Arts. 1.1 y 2). Esta obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen en la CADH. Es decir, el Estado se encuentra obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención. Finalmente, se trata de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado; lo que constituye también otro de los fundamentos del control de convencionalidad en las normas del derecho internacional público, que ha sido recogido por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (26 de septiembre de 2006, párrafo 125).

Asimismo –agrega Claudio Nash–, la necesidad

10 Por su parte, el jurista mexicano Eduardo Ferrer Mac Gregor, en referencia al control de convencionalidad en sede interna, señala que “esta doctrina establece una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (Constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etcétera) de conformidad con la Convención Americana y, en general, con el corpus juris interamericano; en caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional y el corpus iuris interamericano, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer de oficio el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno”. (Ferrer Mac-Gregor, 2014, pág. 237).

de realizar un control de convencionalidad de las normas emana de los principios del derecho internacional público. En particular, el principio de *ius cogens* “*pacta sunt servanda*”, consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), como la obligación que tienen los Estados de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte, da cuenta del compromiso que deben tener los Estados que han suscrito la CADH, de realizar un control de convencionalidad con el propósito de cumplir con el mandato de protección de los derechos fundamentales. Este imperativo de derecho internacional público debe ser cumplido de buena fe por parte de los Estados. Emanan también de los principios del derecho internacional público, el hecho de que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales.

En este sentido, la Corte IDH ha reafirmado que la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar un goce pleno y efectivo a los derechos y libertades consagrados en la Convención, incluye la de adecuar la normativa no convencional existente.

En consecuencia –y siguiendo el criterio de Claudio Nash–, que el fundamento de la figura del control de convencionalidad se base tanto en normas convencionales como en principios del derecho internacional público, otorga un poderoso respaldo jurídico que permite salvar las objeciones que se pueden plantear en torno a la posible restricción a la soberanía de los Estados que supondría la obligación de realizar un control de convencionalidad.

Ahora bien, en el marco del tema planteado en el presente trabajo, y de acuerdo a lo expresado en la reciente **Opinión Consultiva OC-28/21** de 7 de junio de 2021, cabe considerar que:

“44. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo

cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales. En este sentido, existen límites a lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”.

Entonces, en este punto, es útil revisar brevemente cuál ha sido la evolución de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al ejercicio del control de convencionalidad y sus alcances, conforme se detalla a continuación.

4. Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de convencionalidad

La jurisprudencia de la Corte IDH ha pasado por varias etapas en el desarrollo del concepto de control de convencionalidad, y analizar esta evolución es fundamental para entender el actual sentido y alcance de esta labor; a este efecto, resulta muy útil la diferenciación de etapas de evolución de la jurisprudencia interamericana, realizada con gran acierto por el profesor Claudio Nash, en su citado estudio sobre el Control de Convencionalidad¹¹.

11 Por otro lado, un estudio reciente que explica con mayor detalle la evolución de la doctrina jurisprudencial del Control de Convencionalidad Interamericano, definiendo sus tipologías y grados de intensidad, puede verse en (Barrientos, 2017).

Se debe recordar, que cuando el juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto razonado, en el Caso Myrna Mack Chang c. Guatemala hace por primera vez alusión al control de convencionalidad, se pone de relieve la importancia que tiene para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados el análisis del funcionamiento del Estado en su conjunto y que en este análisis la Corte IDH hace un control de convencionalidad de las actuaciones del Estado (Cfr. Corte IDH, caso Myrna Mack Chang c. Guatemala, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 101, párr. 29).

⊙ Primera etapa

Existe una primera etapa en que se delinearon los aspectos generales de la figura del control de convencionalidad, ocasión en la cual se señaló que el Poder Judicial debe realizar una especie de control de convencionalidad, lo que parece una posición prudente y clarificadora de la naturaleza diversa que tiene esta figura de aquel ejercicio propio del derecho constitucional. Asimismo, se avanza en indicar que este control incluye la interpretación que ha hecho la Corte IDH de las obligaciones internacionales del Estado, lo que es un dato relevante, ya que en muchos sistemas internos ésta es una cuestión muy debatida (Cfr. Corte IDH, caso Almonacid Arellano y otros c. Chile, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, párr. 124).

En síntesis –dice Claudio Nash–, aquí están expresados los elementos centrales del control de convencionalidad:

- i) Existe una obligación del poder judicial de cumplir con la normativa internacional que el Estado ha recepcionado internamente y que por tanto ha pasado a ser parte del sistema normativo interno.

- ii) Este es un ejercicio hermenéutico que debe buscar la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente y evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.
- iii) Las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno, toda vez que dichas normas incompatibles con las obligaciones internacionales constituyen un ilícito internacional que hace responsable al Estado.
- iv) Para realizar dicho ejercicio interpretativo el juez debe tener en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH (Nash, 2013, pág. 496).

⊙ Segunda etapa

Avanzando en la evolución de su jurisprudencia, la Corte IDH estableció que el control debe ejercerse incluso de oficio por la magistratura local y aclaró que este se debe hacer dentro del ámbito de competencias y funciones de aquella. Cabe destacar que esta aproximación de la Corte IDH es relevante desde el punto de vista de la legitimidad del sistema, ya que toma en consideración la organización interna del Estado y permite un funcionamiento coherente del sistema. La Corte IDH no impone un sistema, pero sí establece cuáles son las obligaciones que tiene el intérprete, cualquiera sea el sistema constitucional nacional (Cfr. Corte IDH, caso Trabajadores cesados del Congreso («Aguado Alfaro y otros») c. Perú, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, serie C, n.º 158, párr. 128).

⊙ Tercera etapa

En una tercera etapa, la Corte IDH va más allá y señala que el control de convencionalidad compete a cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incorporando lo que se había señalado anteriormente acerca de la importancia de que este control se realice en el ámbito de competencias de cada magistratura. Esta apertura hacia los órganos competentes para realizar el control, permite la inclusión de los Tribunales Constitucionales y reafirma la idea de que todo juez debe realizar este control con independencia de sus características particulares. Es relevante destacar que este control difuso no lo puede imponer la Corte IDH (Cfr. Corte IDH, caso Cabrera García y Montiel Flores c. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220, párr. 225).

⊙ Cuarta etapa

En su jurisprudencia más reciente, la Corte IDH incorpora como órgano competente para realizar el control de convencionalidad a toda autoridad pública; es decir, se amplía el espectro desde el Poder Judicial a todos los órganos públicos, a propósito del análisis de la compatibilidad de una ley de amnistía aprobada democráticamente, con las obligaciones que impone la CADH (Cfr. Corte IDH, caso Gelman c. Uruguay, sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221, párr. 239).

⊙ Quinta etapa

Aquí cabe poner de relieve que la jurisprudencia interamericana en sentido estricto (esto es, los criterios establecidos por la Corte IDH como intérprete de la Convención Americana y de otros tratados de la región, que han sido acogidos por varios Estados), ha influido crecientemente en los ordenamientos internos. Esa jurisprudencia posee carácter vinculante inter partes, obviamente, en lo que toca a la solución específica de una controversia, pero también erga omnes en lo que

atañe a la interpretación de la norma invocada o aplicada, con respecto a los Estados parte en un litigio y a todos los restantes que se hallan bajo el imperio del mismo orden convencional.

La admisión de este último efecto, verdaderamente relevante, ha sido afirmada por el propio Tribunal incluso en lo que concierne a sus opiniones consultivas, cuyo carácter vinculante no fue sostenido en anteriores pronunciamientos.

Esta afirmación deriva de las observaciones expresadas por la Corte a propósito del control de convencionalidad, en la Opinión Consultiva OC-21/14, sobre «Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional», en cuya oportunidad, la Corte consideró necesario:

“que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que indudablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’¹², cumpliendo así “en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo”¹³.

Esta línea jurisprudencial, ha sido recientemente ratificada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-28/21, sobre «La figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos», en la cual la Corte –además de establecer que la reelección presidencial indefinida no es un derecho humano autónomo, pues no cuenta con reconocimiento normativo en la Convención ni en la Declaración Americana–, ha insistido nuevamente en la necesidad de que los diversos órganos del Estado (Órgano Ejecutivo, Legislativo, Judicial, y Elec-

toral, en el caso de Bolivia) realicen el respectivo *Control (difuso) de Convencionalidad*, no solamente de acuerdo a las decisiones que emergen de los casos contenciosos que se resuelven en esa instancia (cuando emite Sentencias determinando si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la CADH); sino también sobre la base de los pronunciamientos emitidos en ejercicio de su competencia consultiva (cuando responde consultas que formulan los Estados miembros de la OEA acerca de: a) la compatibilidad de las normas internas con la Convención; y b) la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos) (Corte IDH, 2020).

Todo ello constituye una señal incuestionable de que la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, sumado a la preservación de la democracia y sus instituciones en la región, constituyen los propósitos esenciales del SIDH.

5. La vinculatoriedad de los pronunciamientos de la Corte IDH en Bolivia

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia –que habiendo sido aprobada el 7 de febrero de 2009, ya cumplió una década de vigencia–, prevé expresamente que: “el bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. (...)” (Artículo 410, parágrafo II constitucional), posicionándose, así como un texto constitucional a la vanguardia

12 Citado por: (García, 2016, págs. 433-463). Así también, resulta de utilidad consultar el análisis de (Sagüés, 2015, págs. 275-283).

13 Citado por: (Ferrer Mac-Gregor, 2019).

de la protección de los derechos humanos en Latinoamérica¹⁴.

En ese marco, la evolución jurisprudencial anteriormente expuesta, tiene una especial relevancia en el contexto nacional, dado que respecto a la incidencia de los elementos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional boliviano sostuvo hace varios años, que el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: 1) el preámbulo, 2) la parte dogmática, y 3) la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, el Tribunal estableció que este órgano y, por ende, las decisiones que de él emanan, forman parte también del bloque de constitucionalidad (Cfr. Sentencia Constitucional N° 110/2010-R, de 10 de mayo de 2010).

Por otro lado, en el marco de una interpretación progresiva, acorde al principio de unidad constitucional y enmarcada en las directrices principistas del Estado Plurinacional de Bolivia, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha señalado además que los valores plurales supremos del Estado Plurinacional de Bolivia, como ser el vivir bien, la solidaridad, la justicia, la igualdad material, entre otros señalados en la Constitución, también forman parte del bloque de constitucionalidad en un componente adicional, el cual se encuentra amparado también por el Principio de Supremacía Constitucional (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°1227/2012, de 7 de septiembre de 2012).

14 A nivel latinoamericano, la Constitución Boliviana del año 2009, ciertamente fue la primera que incluyó la voz “bloque de constitucionalidad” en su texto normativo (art. 410). (Ferrer Mac-Gregor, 2014, pág. 123). Éste precepto referido al bloque de constitucionalidad, ciertamente constituye una reivindicación de las líneas jurisprudenciales establecidas con bastante anterioridad por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional boliviano; y así se halla demostrado ampliamente en otro trabajo (Vargas Lima, 2019, págs. 363-396).

En definitiva, y en una interpretación sistemática, extensiva y acorde con el valor axiomático de la Constitución desarrollado por la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que el bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia, está compuesto –de manera enunciativa y no limitativa– por los siguientes compartimentos:

- i) La Constitución como norma jurídica; ii) Los Tratados y Convenciones internacionales destinados a la protección de los Derechos Humanos; iii) Las Sentencias y pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; iv) Las Normas de Derecho Comunitario ratificadas por el país; y, v) Los Principios y Valores plurales supremos, inferidos del carácter intercultural y del pluralismo axiomático contemplado en el orden constitucional (Vargas, 2018).

En consecuencia, y dado que las sentencias y pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos forman parte del bloque de constitucionalidad en Bolivia, ello implica que tanto las Sentencias como las Opiniones Consultivas, son vinculantes y de cumplimiento obligatorio para todas las autoridades públicas del Estado Plurinacional de Bolivia, así como para todos los habitantes del país, en virtud del principio de supremacía constitucional, y la fuerza normativa de la Constitución boliviana que impone el criterio de aplicación preferente de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, lo cual incluye al corpus juris interamericano¹⁵.

15 Ciertamente, la obligatoriedad de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se sostiene en los principios rectores del Derecho Internacional Público y las normas de interpretación de los tratados internacionales; por ello, cuando se ratifica un tratado y el órgano encargado de su supervisión emite una interpretación autorizada, los Estados Parte deben cumplir de buena fe con esa interpretación. Sin embargo, en los últimos años, el cuestionamiento de la obligatoriedad de las Opiniones Consultivas ha tenido un largo debate doctrinario en distintos países de Latinoamérica. En este sentido, un trabajo que aporta algunos argumentos para reforzar la obligación que tienen los jueces de aplicar los estándares contenidos en una Opinión Consultiva, realizando el respectivo control de convencionalidad de sus decisiones y

6. Elementos esenciales del Estado Democrático de Derecho acorde a los lineamientos de la Corte IDH

Por otro lado, también resulta importante precisar que, según la doctrina constitucional, el Estado Democrático tiene algunos elementos cualificadores que de manera enunciativa –no limitativa– serían los siguientes:

- a. el principio de la soberanía popular, como el modo específico y peculiar de concebir el poder en el Estado, en el que el referente último es la voluntad del pueblo¹⁶;

tomando en cuenta que los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos forman parte del ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad (tal como ha sido reconocido también por el Tribunal Constitucional Plurinacional en sus diversas sentencias), puede verse en: Salazar Marín, D., Cobo Ordóñez, A. I., Cruz García, C., Guevara Ruales, M., & Mesías Vela, M. P. (2019). La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador. *Foro, Revista De Derecho*, (32), 123-143. En: <https://bit.ly/3kOdY8t> Asimismo, un interesante estudio que toma como referencia la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, y a partir de ello nos introduce en el debate sobre el carácter vinculante de las opiniones consultivas, puede verse en: Zelada, Carlos (2020). ¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?: Una propuesta de reforma para un problema de antaño. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex). Lima, Perú. Disponible en: <https://bit.ly/3EaTC0L>

16 La norma prevista por el art. 7 de la Constitución vigente, proclama expresamente el principio de la soberanía popular, cuando dispone que: “La soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delegada. De ella emanan, por delegación, las funciones y atribuciones de los órganos del poder público; es inalienable e imprescriptible”. Esta disposición constitucional, se trata de una norma a través de la cual el Constituyente ha consagrado el principio fundamental de la soberanía popular, conocido también como el principio democrático, que tiene como significado la pertenencia del poder al pueblo, es decir, que el pueblo es el origen de todo poder, lo que implica el reconocimiento a aquél, del derecho de crear o configurar su propio orden político fundamental, su Constitución, así como el derecho de modificarla. En consecuencia, el poder del Estado emana del pueblo el que, en un sistema democrático representativo, delega su ejercicio a sus mandatarios y representantes mediante elecciones libres, pluralistas, igualita-

- b. la concepción plural de la sociedad, lo que supone una comprensión de la sociedad como un entramado en el que se interaccionan los diferentes grupos sociales, situados en un plano de igualdad, grupos que responden a la propia libertad del ser humano y que, a la par, proporcionan a éste la posibilidad de desarrollar libremente y en plenitud su personalidad;
- c. la participación como principio rector de la vida social y política, lo que significa que el proceso político debe estar asentado en la participación de todos los ciudadanos en la conformación de los órganos del poder constituido y en la expresión de su voluntad o decisión política sobre los asuntos o temas sometidos a su consideración por las autoridades de gobierno, a través de los mecanismos previstos por la Constitución¹⁷;

rias y ampliamente informadas (Cfr. Sentencia Constitucional N°0075/2006, de 5 de septiembre).

17 Sobre este aspecto, también es importante considerar que las normas previstas por el art. 26 de la Constitución Política del Estado Plurinacional del año 2009, consagran el derecho a la participación política, disponiendo lo siguiente: “Artículo 26. I. Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres. II. El derecho a la participación comprende: 1. La organización con fines de participación política, conforme a la Constitución y a la ley. 2. El sufragio, mediante voto igual, universal, directo, individual, secreto, libre y obligatorio, escrutado públicamente. El sufragio se ejercerá a partir de los dieciocho años cumplidos. 3. Donde se practique la democracia comunitaria, los procesos electorales se ejercerán según normas y procedimientos propios, supervisados por el Órgano Electoral, siempre y cuando el acto electoral no esté sujeto al voto igual, universal, directo, secreto, libre y obligatorio. 4. La elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con sus

- d. la democracia como principio de convivencia, que significa la formación de todos y cada uno de los ciudadanos en un espíritu de respeto y tolerancia (Cfr. Sentencia Constitucional N°0075/2005, de 13 de octubre); y, –agrego lo siguiente–:
- e. la alternabilidad en el ejercicio del poder político (o simplemente “alternancia”, que en el ámbito político significa cambio de gobierno), vale decir, la posibilidad de renovar o cambiar a las autoridades gubernamentales (quienes detentan temporalmente el poder político), precisamente en resguardo de los derechos políticos de la ciudadanía (a

través del derecho político a elegir y ser elegido libremente), brindando una oportunidad a las nuevas generaciones de líderes políticos y sociales, para llevar adelante los destinos de un país, con una mejor visión de futuro, y con nuevas alternativas de desarrollo a nivel político, social, económico, etc.

En este sentido, a través de la reciente Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, la Corte IDH ha señalado que una de las formas mediante la cual el sistema interamericano asegura el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político, es mediante la protección de los derechos políticos consagrados en el Artículo XX de la Declaración Americana y el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – CADH.

De ahí que, el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención. Cabe señalar que el citado Artículo XX de la Declaración Americana establece que toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto genuinas, periódicas y libres. Asimismo, la Corte IDH interpreta la CADH señalando lo siguiente:

“59. Por su parte, el artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y iii) a acceder a las funciones públicas de su país, en

normas y procedimientos propios. 5. La fiscalización de los actos de la función pública”. El texto literal del derecho a la participación política, contiene como sus elementos: la participación en la formación, ejercicio y control del poder político, de forma directa, o por medio de representantes; y de manera individual o colectiva; nomenclatura de la que se extrae que los dispositivos implantados por la Ley de Participación Popular de: “participación y control” son vitales a tiempo de dotar de contenido a los derechos políticos, pues son considerados como parte de esos derechos. Además de la participación y el control, la Ley Fundamental, proclama a la organización con fines de participación política, como otro de los nuevos elementos de los derechos políticos; organización que como ya se analizó, ha merecido también regulación por el sistema de participación popular implantado a fines del siglo XX en Bolivia. Conforme a lo expuesto, para conferir un contenido compatible con la voluntad constituyente al derecho a la participación política, es necesario reconocer la reverberación que encuentran en las normas constitucionales, los postulados filosóficos del proceso de inclusión política denominado participación popular, implantado en Bolivia por medio de la Ley de Participación Popular y sus inherentes reglamentos. En ese orden de ideas, la organización ciudadana elemental o básica en Bolivia es la Organización Territorial de Base (OTB), por ello cuando las normas del art. 26.II.1 de la CPE, consagran a la organización como uno de los elementos del derecho a la participación política, cobijan también, entre otras formas de organización incorporadas por el texto constitucional, a las OTBs, proyectando su función como parte del nuevo sistema constitucional, siendo por ello que merecen protección por parte del Estado y por el Tribunal Constitucional Plurinacional. (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0828/2012, de 20 de agosto de 2012).

condiciones generales de igualdad. A diferencia de otros artículos de la Convención, el artículo 23 establece que, sus titulares no solo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Por lo tanto, el Estado debe propiciar las condiciones y mecanismos para que dichos derechos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.

60. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan de forma individual u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa .

61. Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos.

62. Por su parte, la participación política mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello.

63. El derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b de la Convención Americana se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por

sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

64. Finalmente, el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, desarrollo y ejecución de las políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.

65. Las obligaciones que emanan del artículo 23 de la Convención deben ser interpretadas tomando en cuenta el compromiso de los Estados de la región de establecer democracias representativas y respetar el Estado de Derecho, el cual se desprende de la propia Convención Americana, la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana”.

En ese contexto, la idea de implementar un sistema de reelección presidencial indefinida (o inclusive con carácter vitalicio, como en algún momento se estuvo proponiendo en Bolivia), resulta absolutamente incompatible con el régimen democrático representativo¹⁸ y participativo, además de

18 Se debe considerar que de acuerdo al artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana (aprobada en la primera Sesión Plenaria de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001, y ratificada por la mayoría de los países latinoamericanos): “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 y 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”. Sin embargo, es recomendable seguir el consejo del diplomático boliviano Carlos Antonio Carrasco, quien propone que el principio de alternancia en la función gubernamental, debería plasmarse en una “ley de hierro”, infranqueable del sistema democrático, y que quienes en verdad sostengan ese principio, deberían gestionar una enmienda al citado artículo 3 de la Carta, cuyo texto reformado debería decir: “... la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; la separación e independencia de los poderes públicos y

comunitario, que se ha establecido en Bolivia por mandato constitucional (Vargas Lima, 2016).

Asimismo, es posible señalar, siguiendo las ideas de Carlos Alberto Montaner, que la reelección trae más inconvenientes que ventajas, aunque la ejerzan buenos gobernantes (como el brasileño Fernando Henrique Cardoso o el costarricense Oscar Arias, dos políticos democráticos que también modificaron las normas). Y es que, la reelección ni siquiera es aconsejable en periodos alternos, como sucede con Michelle Bachelet y ocurrió en el pasado con Alan García. Tampoco es útil, porque no tiene mucho sentido mandar o gobernar, pensando y actuando únicamente en función de las próximas elecciones.

Entonces, ciertamente hay varias razones para desaconsejar esa práctica en los sistemas presidencialistas, y Carlos Montaner señala al menos las siguientes:

“1. Obstruye el reemplazo generacional, la competencia entre líderes y la circulación de las élites. 2. Refuerza el caudillismo en detrimento de las instituciones. 3. Cuando se prolonga el mandato, el caudillo se va rodeando de cortesanos que lo halagan y confunden en busca de privilegios. 4. Fomenta un tipo de nociva relación mercantilista entre el poder económico y el político. Se retroalimentan mutuamente. Facilita la corrupción. 5. Los errores tienden a reiterarse por el conocido Einstellung Effect. No solemos hacer las cosas porque estén bien o mal, sino porque primero las hicimos de determinada manera y el cerebro es una máquina que aprende y repite los comportamientos. 6. Los viejos gobiernos se quedan sin ideas, se van fosilizando, se resisten a las reformas y segregan burocracias calcificadas, cada vez más incompetentes. 7. La no reelección refuerza la noción de que lo conveniente es seguir planes de gobierno a largo plazo, pensando en el país y

la obligada alternancia en la jefatura del Estado”. (Carrasco, 2012, págs. 26-27).

no en periodos cortos. Se llega al poder a medio camino y se entrega a medio camino porque es un viaje que no puede o debe llegar a ninguna parte. Es una obra continua en la que el presidente es sólo un factor transitorio limitado por la ley”. (Montaner, 2014).

Por otro lado, en la reciente Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, y acerca de la compatibilidad de la prohibición de la reelección presidencial indefinida con la CADH, la Corte IDH ha manifestado que en el marco del sistema interamericano, y de acuerdo a la literalidad de las disposiciones relevantes de la Convención y la Declaración Americana, la “reelección presidencial indefinida” no se encuentra expresamente protegida como un derecho autónomo; y adicionalmente, ha hecho notar que no hubo una discusión relativa a la reelección presidencial en los trabajos preparatorios de la Convención y Declaración Americana. Asimismo, ha visto pertinente realizar las siguientes precisiones:

“93. La Corte ha señalado que, al ejercer su función interpretativa, recurre al derecho internacional de los derechos humanos teniendo en cuenta el esquema de fuentes de derecho internacional relevantes. En esta medida, ha precisado que el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos se compone tanto de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales, como de aquellas recogidas en el derecho internacional consuetudinario, y los principios generales del derecho.

94. Respecto a los tratados internacionales, se advierte que no existe mención a la figura de la reelección presidencial indefinida en la Carta de la OEA ni la Carta Democrática Interamericana, ni en ningún tratado de derechos humanos de la región. Tampoco existe referencia expresa a la reelección presidencial indefinida como un derecho humano en los tratados internacionales de derechos humanos en los sistemas universal, europeo y africano.

95. El derecho que se desprende de la Convención

Americana y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de forma expresa es el derecho a votar y ser elegido. De forma similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos han entendido además que el derecho a postularse a un cargo electivo también se desprende del Convenio Europeo y la Carta Africana, respectivamente.

96. En este sentido, no se desprende de los tratados internacionales de derechos humanos que se haya reconocido la existencia de un derecho autónomo a ser reelecto al cargo de la Presidencia”.

La Corte también ha visto necesario recurrir al análisis de la legislación y jurisprudencia interna de los Estados Miembros de la OEA, habiendo constatado que la mayoría de los Estados impone restricciones a la reelección presidencial, y que solo cuatro Estados carecen de limitaciones en la cantidad y frecuencia de las reelecciones presidenciales, permitiendo así la reelección presidencial indefinida (Bolivia, Honduras, Nicaragua, y Venezuela). De estos Estados, efectivamente en tres casos ha habido interpretaciones judiciales que consideraron que las limitaciones a la reelección presidencial, inicialmente establecidas en los respectivos ordenamientos constitucionales, constituían un trato discriminatorio y desproporcionado, que violentaba los derechos a elegir y ser elegido, por lo que debían ser eliminadas. Por tanto, ha concluido que si bien la regulación constitucional de la reelección presidencial en los Estados Miembros de la OEA es heterogénea, en la actualidad únicamente cuatro de ellos (Bolivia, Honduras, Nicaragua, y Venezuela) permiten la “reelección presidencial indefinida” en distintas formas. En consecuencia, se ha evidenciado que no existe a nivel regional una práctica estatal suficiente relativa al alegado derecho humano a la reelección presidencial indefinida, y que tampoco existe evidencia de que se considere dicha práctica como un derecho.

Por el contrario, los Estados de la región han asumido la obligación de garantizar que su sis-

tema de gobierno sea una democracia representativa, y precisamente uno de los principios de dicho sistema de gobierno consiste en garantizar la alternancia del poder y evitar que una persona se perpetúe en el mismo. Por tanto, la Corte ha descartado el reconocimiento consuetudinario de dicha figura como un derecho autónomo. Asimismo, ante la ausencia de respaldo en el derecho internacional y nacional, se debe también descartar que su reconocimiento sea un principio general del derecho.

Finalmente concluye señalando:

“102. En vista de todo lo expuesto, esta Corte concluye que la “reelección presidencial indefinida” no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana ni por el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos. La figura de la reelección presidencial y su prohibición tiene su génesis en la regulación constitucional que los Estados realizan respecto del derecho a ser elegido, de acuerdo con sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales. (...)”.

(...)124. Respecto al derecho de la persona que ocupa el cargo de la presidencia a ser reelecta, esta Corte ya estableció que no existe un derecho autónomo a la reelección (supra párr. 102). El derecho que se encuentra establecido en la Convención Americana es el derecho “a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”. La prohibición de la reelección presidencial indefinida solo restringe la posibilidad de la persona que se encuentra ejerciendo la presidencia de participar en las elecciones. En este sentido, este Tribunal considera que el sacrificio que implica esta restricción es menor y justificado para asegurar que una persona no se perpetúe en el poder y, con esto, prevenir que se degrade la democracia representativa.

125. Por otra parte, respecto a los derechos de los demás ciudadanos, esta Corte recuerda que

el artículo 23 de la Convención establece el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, por medio de representantes libremente elegidos, así como el derecho de votar en elecciones donde se “garantice la libre expresión de [su] voluntad”. Al respecto, este Tribunal advierte que el derecho a votar no implica el derecho a tener opciones ilimitadas de candidatos a la Presidencia. En cambio, el derecho protege que los votantes puedan elegir libremente entre los candidatos inscritos, y que las restricciones para postularse como candidato no sean contrarias a la Convención. La prohibición de la reelección presidencial indefinida limita la posibilidad de los ciudadanos de reelegir al Presidente por más de dos períodos consecutivos cuando consideren que es la persona más adecuada para el cargo. Sin embargo, este Tribunal reitera que, de acuerdo al artículo 32 de la Convención, los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común. En este sentido, las exigencias del bien común requieren que se establezcan salvaguardas a la democracia, como lo es la prohibición de la reelección presidencial indefinida (infra párrs. 145 y 146). Además, la Corte resalta que esta prohibición no afecta el derecho de los votantes a seleccionar, entre los candidatos, a la persona más afín a sus preferencias, incluso pudiendo ser un representante del mismo partido político que el Presidente en ejercicio. Por tanto, el Tribunal observa que esta limitación es menor cuando se compara con los beneficios que trae para la sociedad la prohibición de la reelección presidencial indefinida”.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, la Corte IDH ha establecido con claridad que la prohibición de la reelección indefinida en los sistemas constitucionales, es plenamente compatible con la Convención Americana, la Declaración Americana y la Carta Democrática Interamericana.

7. Conclusiones: Los mandatos establecidos expresamente por la Corte Interamericana

Finalmente, la Corte IDH, en ejercicio legítimo de su competencia para emitir la Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, sobre «La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos», ha concluido estableciendo expresamente que:

- ⦿ La reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni por el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos.
- ⦿ La prohibición de la reelección indefinida es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Carta Democrática Interamericana.
- ⦿ La habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Las premisas anteriormente citadas, por su vinculatoriedad para los Estados que han aceptado la competencia de la Corte IDH (en su dimensión consultiva y contenciosa), y por su innegable importancia para la preservación del Estado Democrático de Derecho en los países miembros, constituyen mandatos imperativos dirigidos a todas las autoridades públicas que tienen el deber de ejercer el control (difuso) de convencionalidad, para que sean considerados en la elaboración, aplicación e interpretación de las normas inter-

nas, así como en la emisión de decisiones judiciales, optando siempre por aquella interpretación que más favorable resulte a la efectiva concretización y vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cada uno de los países de Latinoamérica.

8. Bibliografía

- ▣ Barrientos Jiménez, O. G. (2017). Hacia la Convencionalización de los ordenamientos jurídicos internos: Control de Convencionalidad Interamericano, alcances y desafíos para su aplicación efectiva en América Latina y el Caribe. En: Revista Aporía Jurídica v. 1, n. 7 - Curso de Direito da Faculdade CESCAGE (enero - julio). Disponible en: <https://bit.ly/37xATx5>
- ▣ Carrasco, C. A. (2012). Conjeturas. Cien crónicas de nuestra época. La Paz, Bolivia: L' Harmattan, Apoyo Gráfico. Págs. 26-27.
- ▣ Corte Interamericana De Derechos Humanos (2020). ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana. San José, C.R.: Corte IDH. Disponible en: <https://bit.ly/2XCe3Dy>
- ▣ Ferrer Mac-Gregor, E. y otros (Coords.) (2014). Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional. Segunda edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <https://bit.ly/3j3r7rH>
- ▣ Ferrer Mac-Gregor, E. (2019). “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”. En: Bogdandy, A., Ferrer Mac-Gregor, E. y otros (Coords.). Cumplimiento e impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público – Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro – Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <https://bit.ly/2YabBSr>
- ▣ García Ramírez, S. y Morales Sánchez, J. (2016). Hacia el ius commune interamericano: la jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016. En: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional Nº 20, 433-463. Disponible en: <https://bit.ly/3h8ZFHM>
- ▣ Lissidini, A. (2011). Democracia directa en Latinoamérica: Entre la delegación y la participación. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2011. Disponible en: <https://bit.ly/3l4EVoB>
- ▣ Montaner, C. A. (2014). Siete razones para oponerse a la reelección presidencial. Disponible en: <http://bit.ly/1oYJujZ>
- ▣ Nash Rojas, C. (2013). Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer. Págs. 489-509.

- ❑ Opinión Consultiva OC-21/14, «Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional», de 19 de agosto de 2014, párrs. 110-114, 150, 280, 123-149. Disponible en: <https://bit.ly/348eRBe>
- ❑ Opinión Consultiva OC-22/16, «Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», de 26 de febrero de 2016. Serie A, núm. 22, párr. 26. Disponible en: <https://bit.ly/3Bm7p3j>
- ❑ Opinión Consultiva OC-28/21, «La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos», de 7 de junio de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3sABY1E>
- ❑ Rivera S., J. A.; Jost, S. y otros (2005). La Constitución Política del Estado: Comentario Crítico. Tercera Edición, actualizada con las reformas del 2004. Cochabamba, Bolivia: Talleres Gráficos Kipus. Pág. 21.
- ❑ Sagüés, N. P. (2015). “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad”. En: Revista Pensamiento Constitucional, N° 20, pp. 275-283. Disponible en: <https://bit.ly/2ANjRyK>
- ❑ Sagüés, N. P. (2010) “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. En: Revista Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, pp. 117- 136. Disponible en: <https://bit.ly/3Dg2qkY>
- ❑ Salazar Marín, D., Cobo Ordóñez, A. I., Cruz García, C., Guevara Ruales, M., & Mesías Vela, M. P. (2019). La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador. Foro, Revista De Derecho, (32), 123-143. En: <https://bit.ly/3kOdY8t>
- ❑ Soto Barrientos, F. (2012). El desafío de la participación. Estudio comparado sobre el referéndum y la iniciativa legislativa popular en América Latina y Europa. Chile: LOM Ediciones. Disponible en: <https://bit.ly/3cHgvwE>
- ❑ Steiner, C., y Uribe, P. (Eds). (2014). CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Comentario). La Paz, Bolivia: Fundación Konrad Adenauer – Plural Editores.
- ❑ Vargas Lima, A. E. (Coord.). (2020). Diez años de la Constitución Boliviana. Cochabamba, Bolivia, Editorial Kipus. Págs. 77-109.
- ❑ Vargas Lima, A. E. (2019). “Bloque de Constitucionalidad y desarrollo jurisprudencial del Control de Convencionalidad en Bolivia”. En: Revista Estudios Constitucionales, Año 17, N° 1, pp. 363-396. Disponible en: <https://bit.ly/3iurmvt>

- ❑ Vargas Lima, A. E. (2016). El Estado Democrático y la importancia del Principio de Alternabilidad en la configuración constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia. En: ACADEMIA BOLIVIANA DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES (editor). Reforma y Reelección Presidencial. Memoria del Seminario sobre la Reelección Presidencial. Cochabamba, Bolivia: Editorial Kipus.
- ❑ Vargas, A. E. (2018). Bloque de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad en Bolivia. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – 2018. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer. Págs. 535-556.
- ❑ Welp, Y. y Lissidini, A. (2016). Democracia directa, poder y contrapoder. Análisis del referendo del 21 de febrero de 2016 en Bolivia. En: Bolivian Studies Journal/Revista de Estudios Bolivianos <http://bsj.pitt.edu> Vol. No. 22, 2016. doi: 10.5195/bsj.2016.157
- ❑ Zelada, C. (2020). ¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?: Una propuesta de reforma para un problema de antaño. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex). Lima, Perú. Disponible en: <https://bit.ly/3EaTC0L>

Artículo Recibido: 17/12/2021

Artículo Aceptado: 27/01/2022

ARTÍCULO 3

Un café, escenario propicio para unas breves reflexiones dialógicas entre Mama Ocllo y la diosa Themis sobre la acción popular a más de diez años de vigencia de la Constitución boliviana

A café, a propitious setting for brief dialogic reflections between Mama Ocllo and the goddess Themis on popular action after more than ten years of validity of the Bolivian Constitution

María Elena Attard Bellido^{1*}

¹ Es docente de posgrado en la Universidad Andina Simón Bolívar, en la Universidad Mayor de San Simón

* **Correspondencia del autor(es):** malena_ab@hotmail.com, dirección.

Resumen:

Cuenta la leyenda que desde la imponente mirada de Inti -el dios Sol-, al abrigo de las montañas andinas y a los pies del sagrado lago Titicaca, una mítica mujer, Mama Ocllo, junto a su compañero histórico Manco Cápac, pusieron los pilares de la cultura incaica en Los Andes. En estos tiempos de diálogo intercultural, su voz pervive para contar la historia de otras jurisdicciones desde el mundo andino¹. Por su parte, la diosa Themis, desde sus raíces mitológicas griegas, con su característica venda que grafica la igualdad formal, plasma la narratividad de la teoría liberal del derecho. En este escenario, un café entre ambas, propone la apertura a un franco diálogo destinado a reflexionar sobre los avances y retrocesos de la acción popular a más de diez años de la vigencia de la Constitución boliviana e invita a pensar desde las otras jurisdicciones acordes con la plurinacionalidad, el pluralismo jurídico de tipo igualitario, la interculturalidad y la descolonización, para así poder activar las alarmas académicas frente a graves regresividades jurisprudenciales realizadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional que implican verdaderas mutilaciones constitucionales.

Abstract

Legend has it that from the imposing gaze of Inti -the Sun God-, sheltered by the Andean mountains and at the foot of the sacred Lake Titicaca, a mythical woman, Mama Ocllo, together with her historical companion Manco Cápac, laid the pillars of the Inca culture in the Andes. In these times of intercultural dialogue, his voice survives to tell the story of other jurisdictions from the Andean world. For her part, the goddess Themis, from her Greek mythological roots, with her characteristic bandage

¹ Es importante señalar que si bien Mama Ocllo es un personaje de la mitología andina; empero, en coherencia con una perspectiva intercultural, su invocación en este artículo no pretende presentar una mirada únicamente basada en la cosmovisión andina, por lo que debe ser leída no como exclusión de los pueblos de tierras bajas o medias, sino como una figura literaria que para efectos de un diálogo reflexivo intenta visibilizar la importancia de la diversidad cultural y un método dialógico de exposición de ideas. En esta perspectiva, a través de la metodología dialógica utilizada en este trabajo, cabe advertir a las y los lectores que estas reflexiones pretenden brindar otra visión del constitucionalismo, por tanto, desde postulados de teoría crítica del derecho y desde la mirada de los históricamente oprimidos: Los pueblos indígenas, se presentará una alternativa en construcción frente a un tradicional discurso constitucional de corte monocultural y homogeneizante.

that depicts formal equality, shapes the narrativity of the liberal theory of law. In this scenario, a coffee between the two, proposes the opening to a frank dialogue aimed at reflecting on the advances and setbacks of popular action more than ten years after the Bolivian Constitution came into force and invites us to think from the other legalities in accordance with plurinationality, legal pluralism of an egalitarian type, interculturality and decolonization, in order to activate academic alarms in the face of serious jurisprudential regressions carried out by the Plurinational Constitutional Court that imply true constitutional mutilations.

Palabras clave: Acción popular, derechos trans individuales, paradigma biocéntrico, construcción plural de derechos, métodos dialógicos, vicios argumentativos del Tribunal Constitucional Plurinacional, progresividad, regresividad, mutilaciones constitucionales.

Keywords: Popular action, individual trans rights, biocentric paradigm, plural construction of rights, dialogical methods, argumentative vices of the Plurinational Constitutional Court, progressivity, regressivity, constitutional mutilations.

1. El humeante café negro, el primer sorbo y la narrativa sobre la construcción plural de derechos a la luz del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador.

Mama Ocllo, desde los tejidos de una epistemología plural frente a la atenta y circunspecta mirada de la diosa Themis, con una voz dulce pero al mismo tiempo firme, sostiene que pensar sobre las diversas teorías constitucionales desde Latinoamérica, es el reto fundamental de una academia dialogante y plural, para este fin, señala que debe considerarse que la diferencia sustancial entre un constitucionalismo de corte monocultural y las narrativas dialogantes de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos surge en el discurso colonial², ese que trata a los colonizados desde la subalternización del otro, puesto que la colonia en tiempos pasados y en la modernidad, recreó un imaginario sobre el mundo social del “subalterno”, entendido éste como cualquier sujeto subordinado en razón de su condición de clase, casta, etnia, género, orientación sexual, u otra

condición que marca la diferencia entre colonizadores y colonizados³.

Agrega la diosa Themis que, desde la perspectiva anotada, no pueden realizarse trasplantes del pensamiento constitucional predominantemente euro-céntrico y monocultural a Latinoamérica, porque como ya se apuntó, el colonialismo es el punto de análisis crítico para los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, en este contexto, el rasgo dialogante que caracteriza a estas teorías del pensamiento constitucional latinoamericano, deben ser mirados desde el giro decolonial.

La diosa Themis, en una loable labor de entendi-

² ARAUJO JUNIOR, J.J. *Derechos Territoriales Indígenas. Una interpretación intercultural*: Río de Janeiro, 2018, Editora proceso, ISBN: 979-85-93741, pp 60-61.

³ CASTRO-GOMEZ, S. La poscolonialidad explicada a los niños. En: SAAVEDRA, J.L (comp.). *Teorías y políticas de descolonización y decolonialidad*. Cochabamba: Verbo Divino, 2009, p. 31. Ver también ARAUJO JUNIOR, J. Op. cit.; y, MENESES, M.P. Ampliando las epistemologías del sur a partir de los saberes: Diálogos desde los saberes de las mujeres de Mozambique. *Revista Andaluza de Antropología*, nº 10, mar. 2016, p. 17.

miento y traducción intercultural, observa el humeante café y decide dejar su venda en la mesa, en clara muestra de apertura al diálogo desde la más evidente horizontalidad.

Luego del primer sorbo de su humeante y aromática bebida digna de diosas, Mama Ocllo centra su relato en la idea de la colonialidad del poder desarrollada por Quijano, quien observa las relaciones de dominación entre colonizadores y colonizados, lo que genera jerarquizaciones epistémicas y por ende estructuras de dominación en el ámbito social, cultural, económico, político y jurídico⁴. Desde este enfoque, recuerda Mama Ocllo que Médici invoca un núcleo ético constitucional que debe ser comprendido a partir de la opción decolonial, entendida como la perspectiva crítica que pretende llamar la atención sobre las continuidades históricas entre tiempos coloniales y postcoloniales⁵; en este contexto, Mama Ocllo precisa que Médici, al cual admira mucho, señala que el mostrar las relaciones coloniales de poder va más allá del dominio económico, político, jurídico y administrativo, ya que estas se afincan también en una dimensión epistémica y cultural a partir de la cual, se asigna superioridad cognoscitiva a enunciados vistos sólo desde un universo y no un pluriverso, lo que implica silenciar y excluir otros saberes, otras culturas y otras formas diversas de ver y entender las realidades⁶.

Frente al asombro de la diosa Themis, ahora desposeída de su venda, Mama Ocllo con voz elocuen-

te señala que la propuesta de los nuevos constitucionalismos dialogantes latinoamericanos, parten del ideal del giro decolonial para que se generen a partir de las voces de los subalternizados, como ser los pueblos indígenas o las mujeres, nuevas corrientes de pensamiento constitucional que consagren la diversidad de saberes y una construcción colectiva de herramientas constitucionales, especialmente para la defensa y vigencia de derechos.

La diosa Themis, luego de aspirar el aroma intenso de su negro café, solicita a su interlocutora que, desde el horizonte del giro decolonial y los lineamientos de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos, exponga los alcances de la acción popular diseñada por la Constitución boliviana de 2009 para la tutela de derechos trans individuales, entre ellos los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos de la madre tierra.

Mama Ocllo, afirma que una de las venas de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos se manifiesta en el constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador⁷, que nació con la Constitución democrática de 2009, la cual emergió de un proceso constituyente plural enmarcado en los nuevos constitucionalismos latinoamericanos, tal como lo resaltan sus maestros Martínez Dalmau y Viciano Pastor⁸, en este escenario, afirma Mama Ocllo, los pueblos indígenas -históricamente oprimidos-, tuvieron una importante participación política⁹.

4 QUIJANO, Anibal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. en línea, Consulta: 2 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://marxismocritico.files.wordpress.com/2012/07/1161337413-anibal-quijano.pdf>, pp 201-246.

5 MÉDICICI, A. Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las constituciones Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador. Otros Logos. Revista de Estudios Críticos. Centro de Estudios y Actualización en Pensamiento Político, Decolonialidad e Interculturalidad en línea Año I. Nor. 1 Consulta: 16 de mayo de 2018. Disponible en: <http://www.ceapedi.com.ar/otroslogos/revistas/0001/medici.pdf>, pp 1-31.

6 Ídem.

7 El Tribunal Constitucional Plurinacional, desarrolló el constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador en la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, en el FJ III.1.1. Este mismo razonamiento fue asumido por la SCP 0260/2014 de 12 de febrero. FJ III.1.

8 Los aspectos más importantes en cuanto a los nuevos constitucionalismos latinoamericanos y la legitimidad de la Constitución democrática de 2009 pueden encontrarse en Martínez Dalmau (2014) y Martínez Dalmau y Viciano Pastor (2010, 2011).

9 La Asamblea Constituyente se inauguró en agosto de 2006 y deliberó hasta diciembre de 2007. Posteriormente, la Constitución que reconoce a Bolivia como un Estado plurinacional fue aprobada mediante referendo constitucional el año 2009

Esta mítica mujer agrega que, en un marco de histórica diversidad cultural, el constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador sustenta sus pilares esenciales en los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización. Desde estos enfoques, debe resaltarse que la plurinacionalidad plantea una profunda desestructuración del Estado-Nación monocultural y más bien desde la pluralidad y diversidad cultural, en un Estado unitario, postula la construcción dialógica de estructuras sociales, políticas, jurídicas y económicas¹⁰.

Por su parte, afirma que el pluralismo sustenta sus postulados en la diversidad cultural y en el concepto de plurinacionalidad como elemento de reconfiguración de las reglas estatales. En el caso boliviano, cuya historia refleja una sistemática exclusión de los pueblos indígenas en las estructuras sociales, políticas, económicas y jurídicas, este principio contenido en el artículo primero de la Constitución, fue consagrado en la Constitución boliviana gracias a la participación política de pueblos indígenas en el proceso constituyente boliviano, por lo que desde esta visión, en el ámbito jurídico se proyectó un modelo de pluralismo jurídico de tipo igualitario, que deberá ser materializado a partir de profundos procesos de restitución territorial, reconstitución de instituciones ancestrales y mecanismos de igualación¹¹.

(Martínez Dalmau y Viciano Pastor, 2013).

10 Sobre el principio de unidad en el contexto de la plurinacionalidad, véase Del Real Alcalá (2010).

Las características del Estado Nación fueron desarrolladas por Walsh. Ver Walsh, C. (2009). El Estado plurinacional e intercultural. En A. Acosta y E. Martínez (coords.), Plurinacionalidad: democracia en la diversidad. Quito: Abya-Yala.

Por su parte, Ariza Santamaría, desarrolla los elementos esenciales de una interculturalidad plurinacional, cuya característica primordial es el interrelacionamiento. Ver Ariza Santamaría, R. (2012). Derecho aplicable. En J. C. Martínez, C. Steiner y P. Uribe (coords.), Elementos y técnicas de pluralismo jurídico: manual para operadores de justicia (pp. 43-62). Ciudad de Guatemala: Konrad-Adenauer-Stiftung.

11 El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (2013b, pp. 24-25, nota 54), en su Informe Técnico TCP/ST/UD/Inf. n.o 040/2013, ha señalado que “desde la descolonización, el ‘trato igualitario’ por parte del Estado no es suficiente

Con base en lo señalado por Mama Ocllo, la diosa Themis, ahora desposeída de su venda, reafirma la narrativa de su interlocutora y precisa que, en Latinoamérica, el pluralismo jurídico emerge especialmente de las voces de los pueblos indígenas y las construcciones de las teorías críticas del derecho, esas que históricamente estuvieron invisibilizadas por la academia latinoamericana y boliviana¹².

cuando este ‘trato’ no es coherente con la realidad ‘desigual’ de las naciones indígenas. En este sentido, una plurinacionalidad descolonizadora nos plantea la eliminación de las relaciones de dominación y desigualdad partiendo de la ‘reconstitución’, ‘restitución histórica’, ‘igualación’ y ‘autodeterminación’ de las naciones y pueblos indígenas. Desde esta perspectiva se cuestiona profundamente el ‘trato igual’ entre ‘desiguales’, que supone la mera coexistencia subordinada, paternalista y multiculturalista”. En este informe se señala también que, desde este proceso de restitución-reconstitución-igualación, se plantea una profunda autocrítica a los sistemas e instituciones estatales, que están anclados en la colonialidad, según la cual se asume que las decisiones vienen desde “arriba”. Contrario a esto, la descolonización nos establece que, además de la composición plural de poder, son las relaciones las que determinan el sentido de lo “plurinacional”, estableciendo para ello espacios de diálogo comunitario.

12 Wolkmer es uno de los principales expositores de las teorías críticas latinoamericanas del derecho. Este autor sostiene la necesidad de superar un racionalismo lógico-instrumental enmarcado en un positivismo jurídico en aras a una implementación plena de un modelo crítico interdisciplinario de racionalidad emancipatoria. Wolkmer, A. C. (2003). Introducción al pensamiento jurídico crítico. Bogotá: ILSA. Pp 19-21. Otro exponente importante es Correas. Ver Correas, Ó. (2004). El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante. En J. Ordóñez Cifuentes (coord.), Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios (pp. 24-110). Ciudad de México: UNAM.

Otro autor relevante y exponente importante del pensamiento crítico con incidencia en Latinoamérica es De Sousa Santos. Ver De Sousa Santos, B. (2003). Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen 1: Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática. Bilbao: Desclée de Brouwer; y De Sousa Santos, B. (2009). Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho. Madrid: Trotta.

Desde el pluralismo jurídico y los derechos de los pueblos indígenas, Yrigoyen Fajardo también es otro ícono latinoamericano del pensamiento jurídico crítico. Ver Wolkmer, A. C. (2003). Introducción al pensamiento jurídico crítico. Bogotá: ILSA. Ver también Yrigoyen Fajardo, R. (2006b). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En M. Berraondo López (coord.), Pueblos indígenas y derechos humanos (pp. 537-567). Bilbao: Universidad de Deusto.

Desde la teoría crítica del derecho también debe citarse a los

Mama Ocllo asiente frente a esta afirmación y luego de un suspiro señala que la Constitución democrática de 2009, al reconocer la igualdad jerárquica entre la jurisdicción ordinaria, agroambiental e indígena originaria campesina¹³; y, al consagrar en el marco del bloque de constitucionalidad el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinas el ejercicio de sus sistemas jurídicos y políticos propios¹⁴, asume un pluralismo jurídico de tipo igualitario, que a su vez resguarda un sistema plural de fuentes jurídicas, desde el cual, la ley de producción estatal no es la única fuente directa de derecho, sino también son fuente directa de derecho las normas, principios y procedimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinas¹⁵; y, la jurisprudencia constitucional a la luz del precedente en vigor y la doctrina del estándar juris-

prudencial más alto¹⁶.

Esta mujer que encarna las otras narratividades, afirma que el pluralismo jurídico de tipo igualitario y el sistema plural de fuentes jurídicas que conlleva, deben ser entendidos en el marco de la interculturalidad y del principio constitucional de descolonización¹⁷. En efecto, la interculturalidad, tal como afirma Walsh (2012)¹⁸, es una herramienta crítica para un proyecto histórico alternativo y el fundamento para el cambio de estructuras que superen visiones monoculturales, hegemónicas y colonialistas del Estado, en este marco, la interculturalidad, en un Estado Plu-

siguientes autores: De la Torre Rangel, J. A. (2012). El derecho que sigue naciendo del pueblo. Movimientos sociales y pluralismo jurídico. Aguascalientes: Ediciones Coyoacán; Universidad Autónoma de Aguascalientes; y, desde una transdisciplinariedad debe hacerse mención a: Rojo, R. (2005). Por una sociología jurídica, del poder y la dominación. *Sociologías*, 7(13), 36-81. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=86819561003>, y a Sánchez Botero, E. (2003). Justicia, multiculturalismo y pluralismo jurídico. Trabajo presentado en el Primer Congreso Latinoamericano “Justicia y Sociedad” de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. Recuperado de http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/esther_botero.pdf

13 El artículo 179.II de la Constitución boliviana establece: “La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía”.

14 Este reconocimiento se encuentra contenido en el artículo 30.II.14, esa disposición señala de manera taxativa: “En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: (...) 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión”.

15 Nótese que ya no se utiliza el concepto de usos y costumbres, ya que este término es propio de un pluralismo jurídico de tipo subordinado y no así de un pluralismo jurídico de tipo igualitario. En cuanto al pluralismo jurídico de tipo igualitario, ver Hoekema, A. (2002). Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial. El Otro Derecho*, 26-27, pp. 63-98. Recuperado de http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_26_27/El_otro_derecho_26.pdf

16 La doctrina del estándar jurisprudencial más alto fue desarrollada por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 2233/2013 de 16 de diciembre. Esta doctrina tiene fundamento en el principio de derecho internacional de los derechos humanos referente a la prohibición de regresividad, en este sentido, si el Tribunal Constitucional Plurinacional ha desarrollado y reconocido un derecho de manera favorable y progresiva, en el futuro no puede cambiar su jurisprudencia, ya que esta mutación nunca llegará a ser precedente en vigor, sino un entendimiento aislado, por lo que el precedente en vigor y por tanto fuente directa de derecho con efecto vinculante, será aquel que desarrolle el derecho de manera más favorable y progresiva. En este sentido, cuando existan entendimientos contradictorios del Tribunal Constitucional Plurinacional, las autoridades judiciales y administrativas están vinculadas al estándar más alto, es decir al entendimiento más favorable al derecho objeto de protección. Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 2233/2014 de 16 de diciembre. FJ III.3.

17 Ver Tubino, F. (2005). La interculturalidad crítica como proyecto ético-político. Trabajo presentado en el Encuentro Continental de Educadores Agustinos, Lima. Recuperado de <http://www.oalagustinos.org/edudoc/LAINTERCULTURALIDADACOMOPROYECTO%3%89TICO.pdf>

18 En este texto, la autora afirma también que la labor de la interculturalidad como principio e instrumento crítico no es simplemente promover la relación entre grupos o sistemas culturales, sino partir de y hacer ver la diferencia colonial que ha negado la “existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas, originarios y campesinos y su dominio ancestral”. Continúa señalando que resaltar esta subjetividad colectiva jamás considerada y trabajar desde ella, fortaleciendo lo propio y las cosmovisiones con sus aspectos identitarios, espirituales, científicos, productivos, organizativos, territoriales y existenciales (no como una diferencia inmovible o estática, sino como un posicionamiento estratégico de carácter decolonial y en pro de suma quamaña —el vivir bien—), es lo que da la interculturalidad en sentido crítico, un sentido descolonizador.

rinacional, plantea procesos de restitución territorial, reconstitución institucional e igualación a través de políticas públicas plurales y mediante el fortalecimiento de estructuras estatales también con composición plural para materializar una real plurinacionalidad en un Estado unitario, en este escenario, la interculturalidad sustenta métodos dialógicos destinados a construir las diversas jurisdicciones, las políticas públicas y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional desde criterios de complementariedad, reciprocidad, alteridad, reciprocidad, etc¹⁹.

Agrega Mama Ocllo que estos métodos dialógicos destinados a una complementariedad, relación, correspondencia y reciprocidad, plantean además la deconstrucción de estructuras sociales, políticas y jurídicas jerarquizadas y homogeneizantes y más bien, desde los tejidos de la diversidad proponen a través de dichas metodologías dialógicas, construcciones con enfoque de interculturalidad, para una real materialización de derechos, los cuales, desde la descolonización y la interculturalidad, deben ser construidos pluralmente.

Luego de mirar el límpido cielo azul en lontananza y después de saborear su exótica bebida, frente a la atenta mirada de su amiga, Mama Ocllo, afirma que la construcción plural de derechos implica aplicar métodos dialógicos para la formulación de políticas públicas, normas y jurisprudencia que los consagren, para que así, los derechos consignen la voz de los históricamente oprimidos, entre ellos los pueblos indígenas o las mujeres, de manera tal que se superen visiones

19 La pachasofía se enmarca en la ética andina, cuyo fundamento es el orden cósmico, la relacionalidad universal de todo lo que existe, en el marco de los principios de correspondencia, complementariedad y reciprocidad. Correspondencia, relacionalidad, complementariedad y reciprocidad se grafican: arriba-abajo, izquierda-derecha. En este espectro, el ser humano es el guardián del orden pachasófico y debe vivir en armonía con todo su entorno, por lo que desde esta visión, tal como lo señala Estermann (2009), la pachasofía plantea el siguiente principio ético: “Actúa de tal manera que contribuyas a la conservación y perpetuación del orden cósmico de las relaciones vitales, evitando trastornos del mismo” (pp. 247 y 251).

monoculturales de los derechos.

Añade Mama Ocllo que en esta lógica, Panikkar desarrolla el concepto de entendimiento-traducción intercultural²⁰, el cual sin duda debe ser aplicado especialmente para entender a los derechos en un diálogo con el principio de universalidad, pero en el marco de consensos interculturales basados en diálogos inter-culturales que desde la diversidad cultural incidan en precedentes vinculantes a ser pronunciados por el Tribunal Constitucional Plurinacional y que contemplen la voz de los históricamente oprimidos en el marco de un control de constitucionalidad no exclusivamente vertical, sino dialógico²¹.

Muy emocionada la diosa Themis, interrumpe a su interlocutora y afirma que desde esta visión, para el Tribunal Constitucional Plurinacional, la construcción plural de derechos, debe conllevar la aplicación de metodologías dialógicas, la inter-

20 Panikkar (1990) desarrolla la filosofía imparativa-dialógica, que conlleva el método de la hermenéutica diatópica, que debe utilizarse para superar la distancia entre dos o más culturas que se han desarrollado independientemente y en espacios distintos (topoi); en este marco, será esencial fortalecer procesos de entendimiento y traducción para el diálogo intercultural (pp. 90-91).

21 Un ejemplo de este tipo de interpretación de derechos con enfoque intercultural, se encuentra en las SCPs 1422/2012 y 0778/2014. Si bien la SCP 1422/2012 es una sentencia fundadora que establece cuatro niveles de análisis del paradigma del vivir bien, como pauta intercultural de interpretación de derechos, la SCP 0778/2014 modula y simplifica dichos niveles y establece que el paradigma del vivir bien, como pauta intercultural de interpretación de derechos, en el marco de un diálogo intercultural, contiene los siguientes aspectos: 1) el análisis de compatibilidad del acto o decisión, cuestionado con las normas y los procedimientos propios de cada nación y pueblo indígena originario campesino, aspecto que obliga tanto a los jueces o tribunales de garantías como al Tribunal Constitucional Plurinacional a resolver la problemática de acuerdo con métodos y procedimientos constitucionales interculturales, como pueden ser los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos en las propias comunidades, para que, en caso de verificarse una incompatibilidad de dichas normas y procedimientos, se materialice el valor del vivir bien, el cual es el contenido esencial de los derechos individuales o colectivos en contextos intra e interculturales, y 2) el análisis de compatibilidad del acto o decisión, cuestionado con los principios de complementariedad, equilibrio, dualidad, armonía y otros de la cosmovisión propia de los pueblos y naciones indígena-originario-campesinos.

pretación de derechos bajo pautas interculturales de interpretación²², y la aplicación de procedimientos constitucionales interculturales acordes al paradigma biocéntrico vigente a partir de la Constitución de 2009, criterios que con mayor rigor debieran ser aplicados en la acción popular.

Mama Oclo asiente y señala que el paradigma biocéntrico contenido en la Constitución democrática de 2009, requiere una construcción plural de derechos, la cual a su vez encuentra sustento en los principios constitucionales de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización. Desde este espectro, agrega que la Constitución boliviana en el artículo 109.I, consagra los tres grandes principios del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador: El principio de igual jerarquía de derechos; el principio de aplicación directa de derechos; y, el principio de directa justiciabilidad de todos los derechos en igualdad jerárquica.

Después de una pausa, con voz firme, Mama Oclo sostiene que el principio de igual jerarquía de derechos, supera la teoría de las generaciones de derechos (derechos de primera, segunda y tercera generación), por lo que desde el mandato constitucional boliviano, todos los derechos, incluidos los económicos sociales y culturales, o, los colectivos, tienen la misma jerarquía; pero además, desde las diversas cosmovisiones indígenas, se asume el paradigma biocéntrico de derechos, en virtud del cual, se supera una lógica de construcción antropocéntrica de derechos y se consagran derechos trans individuales²³, por lo que no sólo las personas son titulares de derechos, sino también las colectividades como las naciones y pueblos indígena originario campesinas, también

22 Estas pautas interculturales de interpretación están contenidas en las SCPs 1422/2012 y 0778/2014, tal como se explicó en la nota precedente.

23 El artículo 13.III de la Constitución, en interdependencia con el 109.I, consagra la igualdad jerárquica de derechos que debe ser entendida en el marco del paradigma biocéntrico de derechos, en una interpretación armónica con el Preámbulo de la Constitución y con los artículos 8 y 9 de la norma suprema.

la madre tierra y todo ser sintiente, entre ellos los animales, por tanto, en esta perspectiva, la madre tierra y los animales, ya no son objeto de protección del derecho, sino titulares de derechos de naturaleza trans individual.

Frente a la mirada atónica de su amiga, Mama Oclo agrega que, sin duda alguna, la acción popular es una herramienta de directa justiciabilidad esencial para una construcción plural de derechos, en un contexto biocéntrico destinado a proteger derechos trans individuales como los de la madre tierra, de los animales, de las naciones y pueblos indígena originario campesinas, entre otros derechos con incidencia colectiva²⁴, por lo que para una real materialización, será esencial que el Tribunal Constitucional Plurinacional enmarque sus interpretaciones a las pautas constitucionalizadas de interpretación consagradas en la Constitución boliviana para evitar así las heridas de muerte al modelo constitucional provocadas por las mutilaciones constitucionales emergentes de interpretaciones arbitrarias²⁵.

De acuerdo al relato realizado por su amiga, la

24 Las acciones de libertad, de amparo constitucional y de protección de privacidad, son mecanismos de tutela subjetiva de derechos. La acción de cumplimiento es un mecanismo de tutela objetiva de derechos; y, la acción popular es un mecanismo de tutela de derechos trans individuales o con incidencia colectiva.

25 Las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos, son criterios destinados a evitar arbitrariedades y excesos del Tribunal Constitucional Plurinacional y de todo intérprete de derechos. Estas pautas se encuentran contenidas en los siguientes artículos: Artículo 410 (Bloque de Constitucionalidad); artículo 13.I (Principios de progresividad, prohibición de regresividad, interpretación evolutiva, e interdependencia de los derechos); artículo 13.IV (Ejercicio del control de convencionalidad); artículo 14.II (Igualdad material y prohibición de discriminación); y, 256 (principio de favorabilidad y aplicación preferente de derechos). Además, en una correcta técnica de argumentación jurídica, deberá aplicarse los métodos de aplicación preferente en caso de una contradicción entre la normativa interna con estándares jurisprudenciales más favorables y el método de ponderación en caso de colisión de derechos. Además, en base a estas pautas, las autoridades judiciales y especialmente el Tribunal Constitucional Plurinacional, para justificar la compatibilidad de sus decisiones con el bloque de constitucionalidad, deben utilizar el test de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad.

Diosa Themis colige que el Tribunal Constitucional Plurinacional no puede realizar interpretaciones arbitrarias en acciones populares, más bien, esta instancia debe superar visiones de orden procesal constitucional enmarcadas a construcciones liberales de derechos que encarnen una colonialidad de las sentencias constitucionales²⁶; y, más allá del tradicional método de la subsunción, en un escenario de transdisciplinariedad, deberá aplicar métodos e interpretaciones dialógicas del derecho para construcciones plurales de derechos que materialicen el bloque de constitucionalidad, no desde una visión homogeneizante, sino desde procesos de traducción-y entendimiento de las voces de los históricamente oprimidos, como los pueblos indígenas, las mujeres indígenas, etc.

2. La acción popular como proceso constitucional intercultural para la construcción plural de derechos

Mama Ocllo, luego de sentir el éxtasis que provoca el negro intenso de esta enigmática bebida, retoma el franco diálogo con su amiga ahora desposeída de su mítica venda y afirma que la acción popular disciplinada en el artículo 135 de la Constitución boliviana de 2009²⁷, es un mecanismo de control tutelar de derechos destinado a proteger derechos trans individuales, es decir, derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinas, derechos de la madre tierra, derechos de todo ser sintiente, como es el caso de

los animales y otros derechos trans individuales como la salubridad pública, la seguridad pública, los derechos de usuarias, usuarios, consumidoras, consumidores, patrimonio; y, espacio público, entre otros, protección que debe ser realizada en el marco de un catálogo abierto y en armonía con el principio de interdependencia de derechos. Desde esta mirada, Mama Ocllo, agrega que la construcción plural de derechos debe ser realizada a través de mecanismos dialógicos, para lo cual, sin duda será esencial la materialización del modelo argumentativo plural, el cual, proscribire toda forma de vicios argumentativos que mutilen la Constitución y generen regresividad de derechos.

La diosa Themis, antes de terminar el último sorbo de su humeante taza de café, señala que de acuerdo a la interpretación que el máximo contralor de constitucionalidad brindó al artículo 135 de la Constitución en la SC 1018/2011-R de 22 de junio²⁸, estableció que la acción popular protege derechos e intereses colectivos, así como derechos e intereses difusos, sin embargo, desde el escenario narrado por su amiga, afirma que la primera observación que debe realizarse a este entendimiento jurisprudencial que desarrolla el ámbito de protección de la acción popular, es que se asume una lógica propia de las generaciones de derechos, sin considerar que el modelo constitucional boliviano en el artículo 109.1 de la Constitución, adoptó el principio de igual jerarquía de derechos en el marco del paradigma biocéntrico, en este marco, resalta la diosa Themis la importancia de que el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de su jurisprudencia constitucional, consagre este nuevo paradigma y a partir de él, interprete los presupuestos procesales de la acción popular para así construir pluralmente derechos trans individuales y protegerlos de manera eficaz a partir de la superación de ritualismos y formalismos extremos que son contrarios al principio constitucional de descolonización que

26 Idón Chivi Vargas (2012) utiliza el término colonialidad de las sentencias constitucionales y hace un estudio, desde 2003 hasta 2011, en el que señala que la interpretación constitucional tiene como horizonte de conocimiento la continuidad colonial.

27 El artículo 135 de la Constitución establece: “La Acción Popular procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución”.

28 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1018/2011-R de 22 de junio. FJ III.1.3.

es el fundamento del principio de informalismo consagrado en el Código Procesal Constitucional boliviano.

Afirma la diosa Themis, que lo argumentado precedentemente es importante, ya que en armonía con el modelo constitucional vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia, la tutela de derechos trans individuales en el marco del paradigma biocéntrico, hace que la acción popular tenga rasgos procesales diferentes a los mecanismos de tutela subjetiva y objetiva de derechos²⁹, por lo que esta otra visión para abordar el derecho procesal constitucional, le recuerda la importancia y la imperiosa necesidad de despojarse de su venda

Mirando fijamente a Mama Oclo, la diosa Themis señala que es pertinente abordar la SCP 0788/2011-R de 30 de mayo³⁰; y, posteriormente otras sentencias, entre ellas la SCP 1158/2013 de 26 de julio, las cuales, establecieron que uno de los presupuestos procesales que caracteriza esta acción es la sumariedad, en virtud de la cual, la acción popular debe ser entendida como un mecanismo rápido y oportuno para la tutela de derechos³¹, que tal como se señaló son de naturaleza trans individual. Mama Oclo, interrumpe el relato y afirma que esta sumariedad debe ser mirada desde un proceso constitucional intercultural y descolonizador, para poder ser realmente eficaz y oportuno.

La diosa Themis, en señal de pleno acuerdo, asiente con la cabeza la afirmación de su amiga, pero, además, continua con el hilo narrativo de este franco diálogo y señala que la SCP 1158/2013 de 26 de julio, estableció también que la flexibilización procesal, es otra característica esencial de la

29 La acción de libertad, de amparo constitucional y de protección de privacidad son mecanismos de tutela subjetiva de derechos; la acción de cumplimiento es un mecanismo de tutela objetiva de derechos, tal como lo señaló la SCP 0862/2012 de 20 de agosto. FJ III.1.

30 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0788/2011-R de 30 de mayo. FJ III.1.

31 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1158/2013 de 26 de julio. FJ III.3.

acción popular³². Con base en este criterio procesal constitucional pueden comprenderse rasgos esenciales de la acción popular, por ejemplo, la inexistencia de una fase de admisibilidad ya que no le son exigibles requisitos de forma ni causales de improcedencia reglada³³. Desde este enfoque, la diosa Themis resalta también que la acción popular tiene características procesales propias, por esta razón, no tiene un plazo de caducidad, no le es aplicable el principio de subsidiariedad y tiene una legitimación activa amplia, entre otras características propias, las cuales son diferentes a los presupuestos procesales aplicables a la acción de amparo constitucional, libertad, protección de privacidad o cumplimiento³⁴.

Asimismo, la diosa Themis señala que, en el marco de los rasgos procesales particulares de la acción popular, la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre resaltó que este mecanismo tutelar tiene un carácter autónomo, no subsidiario ni residual, por lo que no se encuentra condicionada al agotamiento de vía judicial o administrativa alguna³⁵.

Desde estas características propias de la acción popular, Mama Oclo con la mirada inmersa en su fragante bebida, continúa con el diálogo y señala que para una real materialización de derechos trans individuales desde el paradigma biocéntrico, es esencial analizar la tipología de la acción popular, en esta perspectiva, desde el di-

32 Ídem.

33 El artículo 30 del Código Procesal Constitucional establece que la acción de amparo constitucional y la de cumplimiento tienen una fase de admisibilidad en la cual se verifica requisitos de forma que deben ser cumplidos por el accionante y causales de improcedencia reglada que en el caso de la acción de amparo constitucional están regulados en los artículos 53, 54 y 55 del Código Procesal Constitucional; en cambio, para la acción de cumplimiento están contenidas en el artículo 66 de esta norma adjetiva. En cambio, por su naturaleza jurídica, las acciones de libertad, protección de privacidad y popular, no tienen fase de admisibilidad y no están condicionadas al cumplimiento de requisitos de forma ni causales de improcedencia reglada.

34 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1158/2013 de 26 de julio. FJ III.3.

35 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre. FJ III.2.5.

seño del artículo 135 de la Constitución boliviana de 2009, puede afirmarse que este mecanismo tutelar tiene dos facetas esenciales: Una preventiva y otra reparadora. A su vez, la faceta reparadora, comprende a la acción popular suspensiva y a la restitutoria.

Mama Ocllo, con voz circunspecta, agrega que según la SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre, la faceta preventiva de la acción popular tiene la finalidad de evitar que una amenaza lesione los derechos e intereses con incidencia colectiva³⁶. En este marco, luego de percibir la atenta mirada de su amiga, invoca a la SCP 1158/2013 de 26 de julio, la cual estableció que la naturaleza preventiva de la acción popular asegura una protección eficaz de derechos colectivos o difusos frente a cualquier amenaza que pueda poner en riesgo estos derechos³⁷. En este marco -agrega Mama Ocllo-, que la referida sentencia, estableció además que el término “amenaza” denota la “...posible existencia de un hecho u omisión futura que produzca una lesión a los derechos referidos, por tanto, la posibilidad de un suceso futuro amenazante, debe ser verificada por el órgano contralor de constitucionalidad en el marco de la flexibilización procesal...”³⁸.

La faceta suspensiva de la acción popular, de acuerdo a la SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre, tiene como efecto hacer cesar el acto lesivo a los derechos e intereses tutelados por esta acción³⁹, en este marco, la SCP 1158/2013 de 26 de julio, desarrolló la faceta reparadora de la acción popular y sustentó que este mecanismo tutelar está destinado a proteger derechos colectivos o difusos frente a todo acto u omisión que pueda

lesionarlos⁴⁰. Finalmente señala que de acuerdo a la SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre, la acción popular restitutoria tiene la finalidad de restablecer al estado inicial el derecho con incidencia colectiva afectado⁴¹.

La diosa Themis interviene y afirma que la tipología antes descrita, será esencial para que las Salas Constitucionales en capitales de departamento, Jueces y Tribunales de Garantías en provincias y el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el marco de un modelo argumentativo plural, apliquen e interpreten los presupuestos de orden procesal constitucional de acuerdo a la máxima flexibilidad, de manera tal que se supere cualquier ritualismo extremo contrario a la naturaleza jurídica de este mecanismo de protección de defensa y se consolide a través de una construcción plural de derechos la materialización del vivir bien, en el marco del paradigma biocéntrico en actual vigencia⁴².

Agrega la diosa Themis que el principio de informalismo desde el diseño constitucional vigente, debe lecturarse desde los alcances del principio de descolonización y por ende desde la doctrina del giro decolonial, en este marco, agrega que la SCP 0778/2014 de 21 de abril, estableció que a esta acción deben aplicarse los presupuestos procesales en el marco de la máxima flexibilización procesal⁴³, por ende, debe superarse todo tipo de ritualismo o formalismo que la desnaturalice.

En el marco de este franco diálogo, la diosa Themis, desde esta perspectiva del máximo informalismo y también al amparo de los principios

36 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.1.4.

37 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1158/2013 de 26 de julio. FJ III.4.

38 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1158/2013 de 26 de julio. FJ III.4.

39 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.1.4.

40 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1158/2013 de 26 de julio. FJ III.4.

41 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.1.4.

42 Ver Huanacuni, F. (2012). Vivir bien/buen vivir. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales. En K. Arkonada (coord.), Transiciones hacia el vivir bien. O la construcción de un nuevo proyecto político en el Estado Plurinacional de Bolivia (pp. 130-146). La Paz: Ministerio de Culturas.

43 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0778/2014 de 21 de abril, FJ C.5.

iura novit curia y de prevalencia de la justicia material, afirma que el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicó la figura de la reconducción procesal de acciones y también la reconducción de la legitimación pasiva. En el primer caso, por ejemplo, en la SCP 0778/2014 de 21 de abril, recondujo de oficio una acción de amparo constitucional a una acción popular para la tutela de derechos colectivos de pueblos indígenas⁴⁴; de la misma forma, en la SCP 1560/2014 de 1 de agosto, para conceder una acción popular en relación a derechos a la salubridad pública y de consumidoras y consumidores, recondujo de oficio la legitimación pasiva hacia el Alcalde del Gobierno Autónomo Municipal de Tarija, que no fue demandado en la acción pero que por los antecedentes del caso tenía legitimación pasiva⁴⁵.

En el marco del informalismo que debe generar importantes flexibilizaciones procesales, la diosa Themis agrega que el Tribunal Constitucional Plurinacional también moduló los efectos de la cosa juzgada en acciones populares, así, en la SCP 0176/2012 de 14 de mayo, estableció que toda denegatoria en la acción popular alcanza la calidad de cosa juzgada formal, lo que implica que por la naturaleza de derechos que protege este mecanismo de control tutelar de constitucionalidad, frente a una denegatoria de tutela y considerando que en este mecanismo tutelar la legitimación activa es amplia, posteriormente, cualquier persona puede volver a presentar una nueva acción popular con identidad de objeto y causa⁴⁶, criterio que no es aplicable por ejemplo a la acción de amparo constitucional, ya que en este mecanismo la decisión que luego de ingresar al fondo de la problemática deniegue la tutela, adquiere la calidad de cosa juzgada constitucional.

La diosa Themis, frente a la atenta mirada de su amiga, señala que otro aspecto esencial desde el punto de vista del informalismo que debe regir las formas procesales de esta acción, es la aplicación de principios destinados a lograr la eficaz protección de los derechos amparados por esta vía, en este marco, afirma que en derechos de la madre tierra, será esencial la aplicación del principio pro natura a partir del cual se aplican criterios procesales esenciales para una eficaz protección de los derechos de la madre tierra, como la inversión de la carga probatoria y el principio precautorio.

Mama Oclo, después de una breve pausa, retoma el diálogo y afirma que el principio pro natura fue aplicado por primera vez y de manera implícita en una acción popular en la SCP 0781/2016-S3 de 18 de julio, en este caso, a través de este mecanismo tutelar, se denunciaron graves daños a la madre tierra por la construcción de la “Avenida Costanera Sur” en la ciudad de Tarija, construcción realizada en la margen izquierda del río Guadalquivir y que implicó una deforestación de gran magnitud, un grave daño al ciclo hidrológico de la Cuenca del Guadalquivir y la afectación directa a las especies de flora y fauna que habitaban el bosque destruido. Agregó que el Tribunal Constitucional Plurinacional, por la naturaleza de los derechos denunciados, en aplicación implícita del principio pro natura invirtió la carga de la prueba, pero además estableció los parámetros de valoración razonable de prueba en acciones populares⁴⁷.

Mama Oclo, destaca también que es importante establecer el razonamiento explícito del Tribunal Constitucional Plurinacional que en la SCP 0070/2017-S3 se refirió al principio pro natura como pauta esencial para la protección de derechos difusos referentes al medio ambiente y a la salubridad pública⁴⁸. En el marco de esta idea,

44 Ídem

45 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1560/2014 de 1 de agosto. FJ III.3.

46 Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0176/2012 de 14 de mayo. FJ III.2.

47 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0781/2016-S3 de 18 de julio. FJs III.3.1 y III.3.3.

48 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0070/2017-S3 de 24 de febrero. FJ III.3.

Mama Ocllo, con voz firme sentencia que si bien el Tribunal Constitucional Plurinacional generó una progresividad con la consagración de este principio, aunque no lo desarrolló en su real dimensión, no es menos cierto que si esta instancia continúa utilizando el concepto de derechos difusos y no de derechos trans individuales y si persiste en diseñar su jurisprudencia en el marco de derechos medioambientales y no así de derechos de la madre tierra en coherencia con el paradigma biocéntrico, se ingresará en graves regresividades, como las que ya se evidencian especialmente en las auto-restricciones jurisprudencialmente arbitrariamente establecidas sobre la base de concepciones liberales de construcción del derecho⁴⁹.

Mama Ocllo, después de un beso tímido a su taza de café, a la luz del principio pro natura resalta la importancia de la inversión de la carga de la prueba en acciones populares, no sólo para derechos de la madre tierra, sino para la protección eficaz de cualquier derecho trans individual, como por ejemplo el de las y los usuarios y usuarias o consumidoras y consumidores, ya que este mecanismo de defensa de derechos tiene una visión de orden procesal constitucional diferente a las otras acciones tutelares entre ellas la acción de amparo constitucional. Desde este criterio, con la mirada fija en su amiga, señala que si bien a la acción popular se le aplica un criterio de legitimación activa amplia, es decir que cualquier persona o colectividad puede presentarla, empero es un medio ineficaz si no se invierte la carga de la prueba, ya que en atención a la naturaleza de los derechos trans individuales, para cualquier ciudadano, podría resultar imposible cumplir con una exigencia de carga probatoria, especialmente en denuncias vinculadas a la vulneración de derechos de la madre tierra, de salubridad pública o de usuarias, usuarios, consumidoras o consumidores, razonamiento que explica la gran cantidad de acciones

populares denegadas por el tema probatorio.

Después de degustar uno de los últimos sorbos de su café, Mama Ocllo sentencia el deber del Tribunal Constitucional Plurinacional, de aplicar en las acciones populares el principio pro natura y el principio de prevalencia de la justicia material, esto por la naturaleza de los derechos que debe tutelar, de manera tal que sea la parte legitimada pasivamente en la acción la que deba probar la no vulneración de los derechos denunciados y no así el ciudadano o colectividad que cuenta con una legitimación activa amplia pero que se encuentra en una evidente desventaja probatoria⁵⁰.

La diosa Themis, luego de escuchar a su amiga y después de deleitarse con su humeante bebida digna de diosas, interviene en el diálogo y agrega la importancia que tiene la aplicación del principio precautorio en acciones populares en su tipología preventiva, en este marco, afirma que para conceder la tutela y aplicar medidas de salvaguarda, de prevención o de mitigación, no es aplicable el principio de certeza jurídica, sino por el contrario, frente a una duda razonable sobre una posible afectación a un derecho protegido por la acción popular, a través del control tutelar de derechos, deberá otorgarse la tutela preventiva y jamás denegarse la misma por falta de prueba o por falta de certeza jurídica. Inmersa en sus propios pensamientos y muy preocupada la diosa Themis por algunos criterios del Tribunal Constitucional Plurinacional, afirma que todas las denegatorias de tutela por parte de esta instancia por falta de certeza jurídica en acciones populares preventivas, mutilan el mandato del artículo 135 de la Constitución que consagra un carácter preventivo a esta acción de defensa, pero además, estas cada vez más frecuentes denegatorias de tutela, emergen de vicios argumentativos del Tribunal Constitucional Plurinacional por no tener

49 Lo cierto es que existen un gran número de sentencias constitucionales que, en el marco de vicios argumentativos, desconocen el alcance del principio pro-natura, a pesar de tener éste un estándar más alto en la SCP 0070/2017-S3.

50 En el caso de pueblos indígenas, el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0282/2016-S1, ha establecido la inversión de la carga de la prueba para la tutela de sus derechos colectivos. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0487/2014 de 25 de febrero. FJ III.5.1.

sustento en ninguna pauta constitucionalizada de interpretación constitucional.

Mama Ocllo, luego de escuchar en silencio a su mítica amiga, afirma que en estos más de diez años de vigencia de la Constitución, la academia ve con gran preocupación el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en esta acción tutelar, ya que en varias sentencias vinculadas a denuncias de vulneración de los derechos de la madre tierra o de usuarias y usuarios y consumidoras o consumidores, se desconoce las características procesales propias de la acción popular y se deniega la tutela en aplicación del principio de certeza jurídica⁵¹, o de hechos controvertidos⁵². Criterios que deben ser considerados aislados ya que de acuerdo a la SCP 2233/2013 de 16 de diciembre, no son precedentes en vigor puesto que no contienen el estándar jurisprudencial más alto

Agrega la diosa Themis que la academia, en un balance de los diez años de vigencia de la Constitución de 2009, también con preocupación observa la carga argumentativa que la jurisprudencia constitucional establece a la parte accionante en acciones populares, criterio jurisprudencial que al amparo del principio de descolonización, interdependiente al principio de informalismo, no puede considerarse precedente en vigor ya que es arbitrario por ser contrario a la naturaleza procesal de la acción popular y porque tiene la finalidad de denegar la tutela sin ingresar al análisis de fondo de la problemática por exigencias y ritualismos procesales indebidos. Estos criterios arbitrarios se encuentran contenidos en la SCP 0502/2017-

S2 de 22 de mayo⁵³; o en la SCP 0110/2018-S2 de 11 de abril⁵⁴, entre muchas otras.

3. Algunas reflexiones en cuanto a la jurisprudencia sobre derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinas

Mama Ocllo, ya en su segunda taza de café, señala que si bien en estos más de diez años de vigencia de la Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de la acción popular ha generado un importante aporte en la construcción plural de derechos trans individuales, sin embargo, las líneas jurisprudenciales están y deben estar en constante construcción, con la amenaza de la cada vez más creciente ola de jurisprudencia constitucional regresiva.

La diosa Themis, también en su segunda taza de café, afirma que el Tribunal Constitucional Plurinacional más allá del catálogo de derechos contenidos en el artículo 135 de la Constitución, el cual tal como lo estableció el máximo contralor de constitucionalidad es un catálogo abierto⁵⁵, ha desarrollado jurisprudencialmente un amplio plexo de derechos, entre ellos los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, como los derechos al hábitat desde la mirada indígena.

Mama Ocllo continúa el diálogo y resalta que la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, contextualizó a la acción popular en el paradigma del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador y además, desde este escenario resaltó

51 Ver las siguientes sentencias constitucionales plurinacionales: SCP 0688/2016-S2 de 8 de agosto. FJ III.3; SCP 0701/2017-S2 de 3 de julio. FJ III.2; SCP 0502/2017-S2 de 22 de enero FJ III.2; o SCP 110/2018-S2 de 11 de abril. FJ III.3, entre muchas otras más.

52 Ver las siguientes sentencias constitucionales plurinacionales: SCP 1979/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.3; SCP 1015/2013-L de 28 de agosto. FJ III.2; 0675/2015-S1 de 26 de junio. FJ III.3; SCP 0320/2017-S3 de 20 de abril. FJ III.2; SCP 0700/2018-S3 de 25 de septiembre. FJ III.2; y, SCP 1132/2017-S2 de 23 de octubre. FJ III.2, entre otras.

53 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0502/2017-S2 de 22 de mayo. FJ III.3.

54 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0110/2018-S2 de 11 de abril. FJ III.3.

55 Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL SCPs 1018/2011-R de 22 de junio. FJ III.1.3; 0176/2012 de 14 de mayo. FJ III.3; 1158/2013 de 26 de julio FJ III.3, entre otras.

el potencial de este mecanismo de justiciabilidad para la tutela de derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinas⁵⁶. Luego de una mirada a su negra bebida, afirma que desde el espectro del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, puede afirmarse que el Tribunal Constitucional Plurinacional ha desarrollado derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinas, entre ellos el derecho a la autoidentificación consagrado expresamente en las SCPs 0645/2012 de 23 de julio⁵⁷; y 0768/2017-S1 de 27 de julio⁵⁸; sin embargo, en estos más de diez años de vigencia de la Constitución de 2009, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en temas de derechos colectivos de pueblos y naciones indígena originario campesinas, también ha incurrido en graves regresividades⁵⁹.

La diosa Themis, luego de un trémulo carraspeo, afirma que la propiedad colectiva como derecho colectivo, ha tenido importantes estándares jurisprudenciales en el Tribunal Constitucional Plurinacional, en este marco, destaca la SCP 0139/2013-L de 2 de abril, la cual consagra el

carácter indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable e irreversible de las tierras comunitarias o colectivas⁶⁰. También afirma que el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, ha consagrado el derecho a la territorialidad, el cual supera toda visión agrarista de tierra, para dar curso a una visión integral de territorio⁶¹. Agrega también que, en esta sentencia, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha establecido con gran precisión la interdependencia del derecho a la territorialidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinas con su derecho a la libre existencia⁶², y; también con el derecho colectivo a la consulta previa⁶³.

Mientras Mama Ocllo mantiene la mirada perdida en lontananza, la diosa Themis continúa con el diálogo y señala que a través de la SCP 0635/2016-S2 de 30 de mayo, el Tribunal Constitucional Plurinacional consagró la interdependencia del derecho a la territorialidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinas con el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, en este marco, recuerda que se concedió la acción popular porque los demandados vulneraron los derechos de la comunidad IOC Santa Ana, la cual no sólo tiene derecho a la territorialidad, sino que los eucaliptos y otros árboles de esta misma especie eran y son de dominio de la comunidad⁶⁴.

Muy animada la diosa Themis invoca también a la SCP 0572/2014 de 10 de marzo, la cual es-

56 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0487/2014 de 25 de febrero. FJ III.3.

57 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0645/2012 de 23 de julio. FJ III.2.1.

58 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0768/2017-S1 de 27 de julio. FJ III.3. Es importante destacar también que el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de una acción de inconstitucionalidad concreta, en la SCP 0006/2016 de 14 de enero, en ejercicio del control de convencionalidad, consagró el derecho colectivo a la autoidentificación de naciones y pueblos indígena originario campesino. Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0006/2016 de 14 de enero. FJs III.3 y III.4.

59 Un ejemplo es la SCP 0018/2018-S2, la cual faculta al INRA -en flagrante desconocimiento del derecho a la titulación colectiva de tierras- la nulidad de oficio de actos administrativos para incorporar a un proceso de titulación colectiva a sindicatos que pretenden la titulación individual de tierras. Esta sentencia, por ser contraria al modelo constitucional vigente, generó la activación de una denuncia internacional por parte del pueblo Quila Quila contra el Estado boliviano, la cual se encuentra en trámite ante el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos. Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0018/2018-S1 de 1 de marzo. FJ III.3.1.

60 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0139/2013-L de 2 de abril. FJ III.3.

61 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0487/2014 de 25 de febrero. FJ III.4. En esta línea, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 139/2017-S2 de 20 de febrero, ha diferenciado los conceptos de tierra y territorio. Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0139/2017-S2 de 20 de febrero. FJ III.7.2.

62 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0487/2014 de 25 de febrero. FJ III.4.

63 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0487/2014 de 25 de febrero. FJ III.4.

64 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0635/2016-S2 de 30 de mayo. FJ III.2.

tableció que las naciones y pueblos indígena originario campesinas tienen derecho a su hábitat, como un derecho colectivo tutelable a través de la acción popular, el mismo que debe ser concebido no sólo en el ámbito limitado de la tierra, sino desde el carácter amplio del concepto de territorio, entendido como el espacio ancestral donde se desarrolla la cultura, espiritualidad, historia y forma de organización social y política de estos pueblos y donde ejercen también el control sobre sus recursos naturales y se despliegan todas sus instituciones⁶⁵.

Con el mismo entusiasmo, la diosa Themis destaca la SCP 0139/2013-L de 2 de abril, por haber brindado de manera preventiva protección a la propiedad para casos en los cuales aún no se consolidó el proceso de saneamiento colectivo de tierras, pero que por la naturaleza de este derecho sea esencial su protección reforzada y preventiva⁶⁶. En esta misma línea, refiere también que el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de la SCP 0281/2016-S2 de 23 de marzo, brindó también protección al derecho a la libre determinación como un derecho colectivo de las naciones y pueblos indígena originario campesinas⁶⁷.

Mama Oclo lamenta desilusionar a su tan querida amiga de tertulia y con voz dulce pero segura afirma que si bien en estos más de diez años de vigencia de la Constitución de 2009 existieron importantes avances en cuanto a la tutela de derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinas, como los citados; empero, queda pendiente aplicar las líneas progresivas para naciones y pueblos indígena originario campesinos en el marco de la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, ya que existe una cada vez más alarmante tendencia a la denegatoria de tutela por formalismos y ritualismos

extremos que evitan seguir avanzado en aras de una construcción plural de derechos⁶⁸; en este escenario, precisa Mama Oclo la importancia de resolver acciones populares en el marco de un derecho procesal constitucional y jurisprudencia constitucional exentos de ritualismos extremos contrarios al modelo constitucional, para evitar así mutilaciones al diseño constitucional que consagra a esta acción como paradigma de un proceso constitucional intercultural y descolonizador.

Después de un profundo suspiro, Mama Oclo resalta la importancia de la fundamentación de las decisiones del Tribunal Constitucional Plurinacional en las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos (Arts. 410, 13.I, 13.IV, 14.II y 256 de la Constitución), para no incurrir así en graves vicios argumentativos que mutilen la Constitución y que plasmen regresividades en derechos, regresividades que a su vez podrían traducirse en responsabilidad internacional para el Estado Plurinacional de Bolivia, que debe cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe y a la luz de los principios de progresividad y prohibición de regresividad.

4. El paradigma biocéntrico y la construcción plural de derechos de la madre tierra

Mama Oclo, en este punto del diálogo, propone realizar una breve referencia a la jurisprudencia en cuanto a la construcción de derechos de la madre tierra. Moción secundada por su amiga. En este marco, Mama Oclo afirma que a través de la SCP 1974/2011-R de 7 de diciembre, el Tri-

65 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0572/2014 de 10 de marzo. FJ III.4.1.

66 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0139/2013-L de 2 de abril. FJ III.6.2.

67 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0281/2016-S2 de 23 de marzo. FJ III.2.

68 De acuerdo a la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, cuando existan entendimientos jurisprudenciales contradictorios, el precedente en vigor y por ende con efecto vinculante para las autoridades judiciales y administrativas deberá ser el más favorable para los pueblos indígenas, aunque no necesariamente sea el último entendimiento del Tribunal Constitucional Plurinacional, ya que en jurisprudencia, el carácter vinculante del precedente en vigor, no está condicionado a un criterio de temporalidad, sino más bien a un criterio de favorabilidad.

bunal Constitucional Plurinacional desarrolló el derecho al medio ambiente y de manera expresa estableció que éste está compuesto por “una pluralidad de elementos que son reconocibles en su individualidad como el agua, los animales, las plantas y los seres humanos, en su elemento heterogéneo, algunos tienen vida como los animales y otros sólo tienen existencia, como las montañas y la tierra...”⁶⁹.

Mama Ocllo, siempre pendiente de la percepción de su amiga, afirma además que la referida sentencia, establece que la sociedad es la beneficiaria del derecho al medio ambiente, por lo que será necesario el mantenimiento de los requisitos ambientales, imprescindibles para la conservación del sistema ecológico, en el cual está inserto el ser humano, además, este entendimiento estableció que el resguardo de estas condiciones mínimas, será esencial para la obtención de una cierta calidad de vida⁷⁰. Agrega que, en esta línea de pensamiento, la referida sentencia estableció que la calidad de vida debe ser definida como el “conjunto de condiciones espirituales, éticas y materiales en que se desenvuelve una comunidad, en un espacio y en un tiempo dados, condiciones que hacen posible para cada uno de sus integrantes una existencia sana, feliz, trascendente, solidaria y libre en oportunidad creciente”⁷¹.

En este escenario, afirma esta mítica mujer que la citada sentencia concluye afirmando que el derecho al medioambiente asegura “el derecho de gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades actuales sin que ello comprometa a las generaciones futuras, como las actuales debiendo preservarlo...”⁷².

Posteriormente, luego de una pausa y después de sentir el sabor y aroma de su enigmática bebida, continúa el diálogo y afirma que la SCP 1082/2013-L de 30 de agosto, desarrolló los derechos medioambientales a la luz del bloque de constitucionalidad, desde la cual sustentó su carácter de derecho difuso⁷³. Precisó también que esta misma sentencia, en el marco del artículo 13.I de la Constitución, estableció la interdependencia que existe entre el derecho al medio ambiente y el derecho al agua⁷⁴.

Mama Ocllo, en su tarea de realizar una coherente historia de línea jurisprudencial, mirando fijamente a su amiga, señala también que el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0781/2016-S3 de 18 de julio, desde la protección al medio ambiente estableció la obligación del Estado de garantizar la participación ciudadana en proyectos de desarrollo que puedan afectar el medio ambiente, así como el deber de ponderar afectaciones al ecosistema y medio ambiente⁷⁵.

En ese momento, la diosa Themis interrumpe la narración de su amiga y afirma que los entendimientos jurisprudenciales anotados evidencian una visión antropocéntrica del derecho al medio ambiente. Mama Ocllo, con un gesto de indudable aquiescencia a la afirmación realizada por su amiga, con un tono circunspecto sentencia la importancia de realizar una construcción plural de los derechos de la madre tierra desde el paradigma biocéntrico, concepto esencial para el desarrollo de criterios procesales constitucionales acordes con la acción popular.

La diosa Themis, orgullosa de haberse despojado de su venda, con voz vehemente indica a su amiga que esta visión antropocéntrica del derecho al medio ambiente asumida por el Tribunal Consti-

69 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1974/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.3.

70 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1974/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.3.

71 Ídem.

72 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1974/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.3.

73 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1082/2013-L de 30 de agosto. FJ III.5..

74 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1082/2013-L de 30 de agosto. FJ III.6.

75 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0781/2016-S3 de 18 de julio. FJ III.3.1.

tucional Plurinacional, ha generado que otros derechos, como el de los animales, no sean asumidos desde el paradigma biocéntrico, desde el cual, tal como ya se señaló, estos seres sintientes no son objeto de protección, sino titulares de derechos. Agrega que la protección de los animales fue brindada por el Tribunal Constitucional Plurinacionales, no como titulares de derechos, sino como objeto de protección del derecho y desde su interdependencia con los derechos medioambientales, tal como lo evidencia el razonamiento contenido en la SCP 1982/2011-R de 7 de diciembre que resolvió una acción popular concedida en resguardo de la protección a la fauna silvestre y doméstica, porque el Alcalde Municipal de Tarija -autoridad demandada-, se negó a autorizar su traslado temporal del zoológico “Oscar Alfaro” a un centro con condiciones adecuadas para su bienestar⁷⁶.

5. Otras construcciones plurales de derechos trans individuales

Después de un profundo suspiro, Mama Ocllo retoma el diálogo y afirma que el Tribunal Constitucional Plurinacional, ha desarrollado construcciones jurisprudenciales con relación a otros derechos trans individuales, como por ejemplo los de usuarias, usuarios, consumidoras y consumidores, verbigracia, en la SCP 1560/2014 de 1 de agosto, la cual, siguiendo el criterio de la SCP 0788/2011-R de 30 de mayo, consagró a estos derechos como difusos y tutelables a través de la acción popular, pero además, aclara Mama Ocllo que para este tipo de derechos, la indicada sentencia resaltó la importancia del carácter preventivo de la acción popular, en este marco, estableció que “...no sería razonable que exista o se espere un daño o perjuicio sobre tales derechos o intereses de la comunidad para que recién se active tal competencia que compromete intereses

públicos y el bienestar común...”⁷⁷.

Mama Ocllo, frente a la atenta mirada de su amiga identifica como el estándar más alto en derechos de usuarias, usuarios, consumidoras y consumidores a la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre, la cual no sólo consigna el carácter difuso de este derecho, sino que además establece las obligaciones que el Estado tiene para garantizarlo, así, precisa que dicho entendimiento jurisprudencial sustenta la prohibición de monopolio y el oligopolio privado o cualquier forma de control o exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios; el deber de control de calidad y eficiencia de los servicios públicos para brindar así una protección especial a los usuarios y consumidores; el deber de control de calidad de alimentos para el consumo humano y animal; el deber de control de fármacos tanto en la medicina occidental como en la tradicional; el deber de control de los servicios de salud públicos y privados; el deber de control de calidad y eficacia de los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones; el acceso al sistema de transporte integral, en sus diferentes modalidades y en condiciones de eficiencia y eficacia con beneficios para usuarios y proveedores; y, el deber general de control de calidad, seguridad y salubridad de todo bien o servicio producido o comercializado en el Estado Plurinacional de Bolivia, entre otras obligaciones estatales esenciales⁷⁸.

La diosa Themis, agrega al relato otras decisiones importantes del Tribunal Constitucional Plurinacional destinadas a la construcción plural de derechos a ser tutelables por la acción popular, los cuales incluyen derechos de usuarias y usuarios de servicios básicos, en este marco, señala que el Tribunal Constitucional Plurinacional entendió que el servicio básico de electricidad tiene

76 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1982/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.3.2.

77 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1560/2014 de 1 de agosto. FJ III.3.

78 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre. FJ III.3

una dimensión individual, empero, el servicio de alumbrado público tiene una dimensión trans individual tutelable a través de la acción popular⁷⁹. En esta visión, afirma también que el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la SCP 1111/2017-S2 de 23 de octubre, brindó al servicio de telecomunicaciones una dimensión trans individual tutelable a través de la acción popular⁸⁰.

Afirma también la diosa Themis que, en el marco de la construcción jurisprudencial de derechos trans individuales, el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la SCP 0462/2012 de 4 de julio, ha establecido la justiciabilidad a través de la acción popular del patrimonio histórico y cultural, así como la diversidad plurinacional de las naciones y pueblos indígena originario campesinas, por ejemplo, el uso y práctica de la medicina tradicional⁸¹. Afirma también la diosa Themis que el Tribunal Constitucional Plurinacional, señaló que forman parte de este derecho las cosmovisiones, los mitos, la historia oral, las danzas, las prácticas culturales, los conocimientos y las tecnologías tradicionales; y que el patrimonio cultural del pueblo boliviano incluye la riqueza natural, arqueológica, paleontológica, histórica, documental, y la procedente del culto religioso y del folklore, así como la coca originaria y ancestral⁸².

En su relato jurisprudencial, afirma también la diosa Themis que la SCP 0039/2015-S1 de 6 de febrero, estableció los deberes de conservación y protección que el patrimonio histórico cultural genera al Estado en sus diferentes niveles de organización territorial⁸³, en este marco, el citado entendimiento estableció que en atención a la

esencia tangible e intangible de los bienes declarados patrimonio histórico cultural, no es posible alterar su estructura original en consideración al valor histórico cultural y arquitectónico que representan⁸⁴.

Con mucho entusiasmo, agrega la diosa Themis que la SCP 0491/2018-S3 de 18 de septiembre, ha establecido que el patrimonio cultural inmaterial tiene el atributo de ser transmitido de generación en generación, así como de ser creado y recreado constantemente por las comunidades y grupos en función a su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia; de la misma forma, refiere que esta sentencia precisó que este patrimonio infunde un sentimiento de identidad y continuidad, contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana, en este marco, el Tribunal Constitucional Plurinacional estableció la prohibición de obstaculizar, limitar, restringir o prohibir el acceso y la manifestación de tales expresiones⁸⁵.

Mama Ocllo, a partir del importante análisis dinámico de línea jurisprudencial desarrollado por su amiga, precisa que, si bien se ha desarrollado importantes líneas jurisprudenciales sobre derechos trans individuales, sin embargo, en estos más de diez años de vigencia de la Constitución, éstas han sido asumidas desde un paradigma antropocéntrico y no así desde el paradigma biocéntrico.

Mama Ocllo, frente a la desconcertada mirada de su amiga, observa también la poca utilización de métodos dialógicos para la construcción plural de derechos, en este marco, afirma que si bien el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 1696/2014 de 1 de septiembre, consagró el deber de generación de espacios de diálogos, por ejemplo en casos de conflictos entre comunidades, estos métodos, en estos más de diez años de vigencia de la Constitución de 2009, no suelen ser utilizados por el máximo contralor de constitu-

79 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1020/2013-L de 28 de agosto. FJ III.3. Este mismo criterio fue asumido a través de la SCP 0227/2016-S1 de 18 de febrero. FJ III.3.

80 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 111/2017-S2 de 23 de octubre. FJ III.2.

81 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0462/2012 de 4 de julio. FJ III.2.

82 Ídem

83 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0039/2015-S1 de 6 de febrero. FJ III.3.

84 Ídem.

85 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0491/2018-S3 de 18 de septiembre. FJ III.2.

cionalidad, ni tampoco por las Salas Constitucionales en capitales de departamento y los jueces y tribunales de garantías en provincias⁸⁶.

Agrega Mama Oclo que al margen de herramientas dialógicas como las antes señaladas, será esencial que en acciones populares se utilicen también otras herramientas propias de una democratización de la justicia, entre ellas los amigos del tribunal o *amicus curiae*. En este sentido, recordó que el Tribunal Constitucional Plurinacional, por primera vez introdujo esta figura a las acciones populares en la SCP 1083/2013-L de 30 de agosto⁸⁷, y, también en la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre⁸⁸.

Finalmente, Mama Oclo, luego de un profundo suspiro que más que cansancio denota decepción, mirando fijamente a los ojos de su amiga señala que con mucha preocupación se observa la escasa jurisprudencia diseñada a partir de las nuevas herramientas de interpretación de derechos, como los diálogos interculturales, los diálogos inter-jurisdiccionales, los peritajes antropológico culturales, los amigos del tribunal, las audiencias públicas, etc, herramientas que de ser utilizadas, permitirán que la voz de los históricamente oprimidos sea escuchada e incida en la construcción de líneas jurisprudenciales, lo que en gran medida podrá ser una herramienta eficaz para los cada vez más frecuentes entendimientos arbitrarios del Tribunal Constitucional Plurinacional que mutilan la Constitución.

6. Epílogo

La diosa Themis, conmovida por las palabras de Mama Oclo, bebe el último sorbo de su café y confiesa que el quitarse la venda, es una clara

muestra no solo de apertura al diálogo, sino de inicio a un real proceso de traducción-entendimiento para dar voz a los históricamente oprimidos en la construcción plural de derechos, la cual tiene una potencial herramienta: La acción popular, la cual plantea el desafío de interpretarla y desarrollar sus presupuestos procesales no desde una visión monocultural propia de la construcción liberal del derecho, sino más bien desde nuevos métodos y pautas hermenéuticas dialógicas que consagren una eficaz tutela de derechos trans individuales.

Con la mirada fija en el horizonte, luego de observar la venda de su amiga al borde de la colorida mesa en la cual el negro café desprende sus últimos aromas, Mama Oclo resalta lo enriquecedor de este franco diálogo, el cual desveló importantes líneas jurisprudenciales que marcan importantes criterios de progresividad jurisprudencial a través de la acción popular, pero también, a más de diez años de vigencia de la Constitución, este diálogo fue esencial para advertir a las y los lectores sobre las graves regresividades jurisprudenciales basadas en vicios argumentativos que realiza el Tribunal Constitucional Plurinacional en acciones populares, las cuales implican trágicas mutilaciones constitucionales en estos más de diez años de vigencia de la Constitución de 2009.

7. Referencias bibliográficas

- Ariza Santamaría, R. (2012). Derecho aplicable. En J. C. Martínez, C. Steiner y P. Uribe (coords.), *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico: manual para operadores de justicia* (pp. 43-62). Ciudad de Guatemala: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Chivi Vargas, I. M. (2012). El largo camino de la jurisdicción indígena. En B. de Sousa Santos y J. L. Exeni Rodríguez (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia* (pp.

86 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1669/2014 de 1 de septiembre. FJ III.2.

87 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1082/2013-L de 30 de agosto. FJ III.4.

88 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre. FJ III.2.2.

- 275-379). La Paz: Fundación Rosa Luxemburg; Abya-Yala.
- ❑ Correas, Ó. (2004). El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante. En J. Ordóñez Cifuentes (coord.), *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios* (pp. 24-110). Ciudad de México: UNAM.
 - ❑ De la Torre Rangel, J. A. (2012). El derecho que sigue naciendo del pueblo. *Movimientos sociales y pluralismo jurídico*. Aguascalientes: Ediciones Coyoacán; Universidad Autónoma de Aguascalientes.
 - ❑ De Sousa Santos, B. (2003). *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen 1: Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
 - ❑ De Sousa Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta.
 - ❑ Del Real Alcalá, A. (2010). La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: desafíos y resistencias. En *Memoria Conferencia Internacional: Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*. La Paz: Conced; GTZ.
 - ❑ Estermann, J. (2009). *Filosofía andina*. La Paz: Instituto Superior Ecueménico Andino de Teología.
 - ❑ Hoekema, A. (2002). Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial. El Otro Derecho*, 26-27, pp. 63-98. Recuperado de http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_26_27/El_otro_derecho_26.pdf
 - ❑ Huanacuni, F. (2012). Vivir bien/buen vivir. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales. En K. Arkonada (coord.), *Transiciones hacia el vivir bien. O la construcción de un nuevo proyecto político en el Estado Plurinacional de Bolivia* (pp. 130-146). La Paz: Ministerio de Culturas.
 - ❑ Martínez Dalmau, R. (2014). El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la constitución democrática. En R. Martínez Dalmau (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente* (pp. 67-119). Valencia: Tirant lo Blanc.
 - ❑ Martínez Dalmau, R. & Viciano Pastor, R. (2010). Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 25, 7-29. Recuperado de <https://www.redalyc.org/html/2932/293222977001/>
 - ❑ Martínez Dalmau, R. & Viciano Pastor, R. (2011). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9, 1-24. Recuperado de https://www.academia.edu/6339900/El_nuevo_constitucionalismo_latinoamericano_fundamentos_para_una_construcci%C3%B3n_doctrinal
 - ❑ Martínez Dalmau, R. & Viciano Pastor, R. (2013). La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. *El Otro Derecho: Debates Constitucionales en Nuestra América*, 48, 63-84. Recuperado de http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_48/El_otro_derecho_48.pdf

- Panikkar, R. (1990). Sobre el diálogo intercultural. Salamanca: San Esteban.
- Rojo, R. (2005). Por una sociología jurídica, del poder y la dominación. *Sociologías*, 7(13), 36-81. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=86819561003>
- Sánchez Botero, E. (2003). Justicia, multiculturalismo y pluralismo jurídico. Trabajo presentado en el Primer Congreso Latinoamericano “Justicia y Sociedad” de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. Recuperado de http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/esther_botero.pdf
- Tubino, F. (2005). La interculturalidad crítica como proyecto ético-político. Trabajo presentado en el Encuentro Continental de Educadores Agustinos, Lima. Recuperado de <http://www.oalagustinos.org/edudoc/LAINTERCULTURALIDADCR%C3%8DTICACOMOPROYECTO%C3%89TICO.pdf>
- Walsh, C. (2009). El Estado plurinacional e intercultural. En A. Acosta y E. Martínez (coords.), *Plurinacionalidad: democracia en la diversidad*. Quito: Abya-Yala.
- Walsh, C. (2012). Interculturalidad y plurinacionalidad: elementos para el debate constituyente. Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de <http://www.redui.org/cii/sites/default/files/field/doc/Interculturalidad%20y%20Plurinacionalidad.pdf>
- Wolkmer, A. C. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá: ILSA.
- Wolkmer, A. C. (2006). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*. Sevilla: MAD.
- Yrigoyen Fajardo, R. (2006a). Hacia una jurisprudencia pluralista. *Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Anuario de Derecho Penal*, 377-415. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_20.pdf
- Yrigoyen Fajardo, R. (2006b). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En M. Berraondo López (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos* (pp. 537-567). Bilbao: Universidad de Deusto.

Artículo Recibido:17/12/2021

Artículo Aceptado: 27/01/2022

ARTÍCULO 4

La progresividad como principio y garantía de los derechos en el Estado democrático

Progressivity as a principle and guarantee of rights in the democratic state

Emma Natalia Miranda Parra^{1*}

¹ Abogada, Magíster en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales de la Universidad Mayor de San Andrés

* **Correspondencia del autor(es):** enmiranda@umsa.bo, dirección.

Resumen:

Uno de los elementos relevantes en la Constitución vigente es la ampliación de su catálogo sobre Derechos fundamentales. Desde tal perspectiva, en su doble dimensión la progresividad de derechos como característica de éstos, no sólo constituye un “principio” que da línea al momento de su interpretación para una aplicación directa y evolutiva; sino que también se configura en una “garantía” que evita que el legislador desarrolle su función soslayando la no regresividad de los derechos fundamentales. En consecuencia, la citada progresividad se aplica como principio y garantía constitucional de los derechos en el marco del Estado democrático boliviano.

En tal contexto, cabe apuntar que el constituyente no sólo amplía de forma expresa dicho catálogo de derechos, sino que además establece a la democracia como un principio que se transversaliza en todo el texto constitucional, configurándose en un principio rector de nuestra Constitución. En esa línea, estos dos elementos, por un lado, la ampliación del catálogo de derechos y por otro, el sistema democrático que rige en el Estado, se hallan vinculados. Entendiendo que el principio democrático no se reduce únicamente al ejercicio del derecho al voto, sino, al ejercicio de todos los derechos descritos en la Constitución. Por ende, la relación de estos dos elementos radica precisamente en el alcance del concepto de democracia y su vinculación con el ejercicio de los derechos descritos en la Norma Suprema. De este modo, la Constitución boliviana promueve un Estado democrático basado en el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales y su progresividad.

Palabras clave: Derechos fundamentales, progresividad, democracia.

Abstract

One of the relevant elements in the current Constitution is the expansion of its catalog on Fundamental Rights. From this perspective, in its double dimension, the progressiveness of rights as a characteristic of these, not only constitutes a “principle” that provides a line at the time of its interpretation for a direct and evolutionary application; but it is also configured in a “guarantee” that prevents the legislator from developing his function, avoiding the non-regressivity of fundamental rights. Consequently, the aforementioned progressivity is applied as a principle and constitutional guarantee of rights within the framework of the Bolivian democratic State.

In this context, it should be noted that the constituent not only expressly expands said catalog of rights, but also establishes democracy as a principle that is mainstreamed throughout the constitutional text, becoming a guiding principle of our Constitution. Along these lines, these two elements, on the one hand, the expansion of the catalog of rights and, on the other, the democratic system that governs the State, are linked. Understanding that the democratic principle is not only reduced to the exercise of the right to vote, but to the exercise of all the rights described in the Constitution. Therefore, the relationship of these two elements lies precisely in the scope of the concept of democracy and its link with the exercise of the rights described in the Supreme Norm. In this way, the Bolivian Constitution promotes a democratic state based on the effective fulfillment of fundamental rights and their progressiveness.

Keywords: Fundamental rights, progressivity, democracy.

1. Introducción

Una de las características de la Constitución boliviana aprobada en la gestión 2009, se vincula con la ampliación del catálogo de derechos fundamentales que plantea el texto constitucional citado. De esta manera se reconocen en el mismo, derechos que en constituciones precedentes no se habían regulado, cuando menos, de forma expresa, como por ejemplo los derechos de los niños y adolescentes, derechos de las familias, derechos de personas adultas mayores, derecho al agua, derechos sexuales y reproductivos, entre otros. Visibilizando a sectores vulnerables y bienes jurídicos a proteger por su relevancia.

Este avance que implica una garantía expresa de los derechos fundamentales importa significativamente por la preeminencia que deben tener éstos en el marco de la construcción de un Estado democrático. Dotando el mismo texto constitucional boliviano a los derechos fundamentales, de ciertas características que confirman su relevancia, tal cual se advierte en el artículo 13.I que refiere: “Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos”.

Sobre el particular, en primera instancia, queda claro que la ampliación de la parte dogmática en la Constitución boliviana nos permite identificar la visión de Estado que se plantea entendiéndose, a partir de ello, que la protección efectiva de los derechos se configura en un elemento fundamental para la consolidación de un Estado democrático. En segundo lugar, las características que acompañan a la carta de derechos, no sólo prevén su no jerarquía o el establecimiento de una cláusula abierta para evitar la negación de cierta catalogación no precisada, sino que también entre otros aspectos, se identifica a la “progresividad” como una de las aristas a través de la cual se deben interpretar los derechos. En esa línea, conviene desarrollar la implicancia de la progresividad, particularmente en la Norma Suprema

de referencia, y su importancia en el marco de un Estado que tiene como base fundamental y directriz el principio democrático

2. Desarrollo

2.1. El principio democrático y los derechos fundamentales

La determinación de si un Estado, tiene como base un sistema democrático sólido o débil, dependerá de la mayor o menor efectividad en el ejercicio pleno de los derechos fundamentales por parte de los miembros de la sociedad. Este elemento, nos permite evaluar si dicho sistema democrático funciona eficazmente. Al efecto, si la satisfacción se extiende en los hechos, a todos los derechos consagrados en la Constitución, entonces, podremos hablar del establecimiento de una democracia ampliada que, por supuesto, no se reduce a la facultad conferida a los ciudadanos sobre el derecho al voto o la existencia de la garantía de los derechos políticos, sino que por el contrario, implicará propender al ejercicio pleno de todos los derechos descritos en la parte dogmática del texto constitucional.

Ello, definitivamente se configura en un reto para los Estados que, en el marco de Constituciones contemporáneas, se obligan a garantizar los derechos fundamentales consagrados en las mismas, aplicando los diferentes instrumentos y mecanismos jurídico legales que se precisan para consolidar su cumplimiento, a fin de que la llamada Constitución formal se vea reflejada en la Constitución real.

Ahora bien, el artículo 11.I de la Constitución boliviana establece que el sistema de gobierno que asume nuestro Estado es el democrático: “I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres”, precisando las formas en las que se ejerce dicho sistema, a través de la democracia “Directa y participativa”, corriente li-

beral avanzada, la “Representativa”, que deviene de la tendencia liberal clásica y finalmente, como un elemento nuevo, la “Comunitaria”, que se vincula a la corriente indígena.

Desde tal perspectiva, toda vez que la interpretación de la Constitución debe partir del análisis integral de su texto, y no así de sus normas, de forma independiente o separada del resto, ello, bajo la lógica del principio de armonización¹. Considerando en particular, el desarrollo que prevé la Norma Suprema en Bolivia sobre los derechos fundamentales, existe una inexorable relación entre la aplicación efectiva del principio democrático, con el ejercicio efectivo de los derechos por parte de los ciudadanos. Si esto es así, y tomando en cuenta el largo catálogo de derechos previstos en la Constitución boliviana y los mecanismos de garantía que se regulan de forma expresa, el constituyente planteó un Estado basado en un sistema con una democracia ampliada como principio rector, obligando en consecuencia, particularmente, a las instancias que ejercen el poder público a dirigir sus políticas para efectivizar el goce de todos los derechos consagrados en su parte dogmática.

En consecuencia, partiendo de la premisa de que uno de los pilares que propone el texto constitucional para el Estado boliviano es el principio democrático como principio rector, para el cumplimiento de los fines del Estado dentro de este marco, resulta imperante la orientación de sus acciones, dirigidas a consolidar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales descritos en el texto constitucional. Al efecto, queda claro que, el sistema democrático y el ejercicio de los derechos, se hallan significativamente vinculados y resultan ser interdependientes.

1 Cf. STERN, Klaus, “Derecho del Estado de la República Federal Alemana”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, Págs. 191-192: “Una norma constitucional no debe ser interpretada de forma aislada; la constitución constituye una unidad... Las normas constitucionales están en una relación de tensión recíproca, tienen que ser “armonizadas”, ser puestas en concordancia la una con la otra... De la unidad de la constitución se deduce la tarea de optimización o armonización de las normas constitucionales...”

2.2. La progresividad como principio y garantía de los derechos

Tal cual señala Pérez Luño “Las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquéllas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad”². Premisa que nos permite identificar la relevancia que tienen los derechos fundamentales en la construcción de un Estado democrático de derecho constitucional. Al respecto, el mismo autor refirió: “Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho), o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolario de la componente social y colectiva de la vida humana (Estado social de Derecho)”³, de esta manera podremos catalogar a un Estado con un sistema “más” o “menos” democrático, evaluando la efectividad del ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos, y el grado de eficiencia de la institucionalidad encargada en la labor de garantizar su cumplimiento conforme al mandato constitucional.

Sobre lo expuesto, para concretar lo citado, es necesario que las esferas del poder público, no sólo promuevan la vigencia de los derechos ejecutando una función pasiva, sino por el contrario, concreten acciones reales para consolidar el ejercicio pleno de los derechos haciendo uso de las garantías constitucionales y los propios mecanismos jurídico procesales que prevé la Norma Suprema, para que el ciudadano común tenga la certeza de que la protección constitucional de sus derechos, no es meramente declarativa, sino por el contrario, trasciende hasta la consolidación de la

2 PÉREZ LUÑO, Antonio E., “Los Derechos Fundamentales”, Octava edición, editorial Tecnos, 2004, Pág 19.

3 PÉREZ LUÑO, Antonio E., “Los Derechos Fundamentales”, Octava edición, editorial Tecnos, 2004, Pág 20.

Constitución formal. En esa línea, conviene precisar que, dicha labor también se halla vinculada a la interpretación de las normas constitucionales que, en materia de derechos, en todo caso deberán favorecer a los ciudadanos, para lo cual el principio de progresividad se configurará en un instrumento valioso para la búsqueda y concreción de un sistema democrático fortalecido.

Desde esa perspectiva, sobre el citado principio de progresividad, la jurisprudencia boliviana, de manera general, ha establecido en la Sentencia Constitucional Plurinacional Nro. 0782/2020-S4 de 1 de diciembre de 2020: "... dado el espíritu garantista que impregna a la Constitución Política del Estado, el art. 13 de la señalada Norma Suprema, instituye además los principios de progresividad y directa justiciabilidad de los derechos prevista en el art. 109 de la CPE, que establece que todos los derechos reconocidos en la Ley Fundamental son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección; precepto que se configura, conforme sostuvo la SCP 0121/2012 de 2 de mayo, en la superación formalista del sistema jurídico e implica la adopción de postulados jurídicos enmarcados en cánones constitucionales no solamente destinados a limitar el poder, sino fundamentalmente destinados a consagrar y consolidar la vigencia material de los derechos fundamentales". (El énfasis es nuestro).

De forma más precisa, la normativa internacional, a través de la Convención Americana de Derechos humanos⁴, sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 26 (Desarrollo Progresivo) ha establecido: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad

de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

Por su parte el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)⁵, precisó: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

Sobre esa base, para hablar del principio de progresividad, en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales, de inicio es pertinente establecer que, dentro de un Estado democrático resulta imperante que la satisfacción de los derechos fundamentales se concrete en la realidad, para lo cual, las instancias de poder se hallan constreñidas a garantizar las condiciones necesarias que permitan su ejercicio pleno, entendiendo que, la lógica en el reconocimiento de los derechos no es inmutable, sino que, al igual que el ser humano y sus necesidades, cambia constantemente, evolucionando siempre para alcanzar un nivel real de respeto por la dignidad humana en el marco de su contexto y condiciones históricas.

Ahora bien, siendo efectiva dicha protección, bajo la lógica de "no regresividad", más adelante éstos, no podrán desconocerse. Vale decir: "La obligación de progresividad/no regresividad se refiere

4 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José), suscrita en La Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Véase en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

5 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Véase en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ces-cr.aspx>

fundamentalmente a la obligación de los Estados de ir avanzando en la cobertura de los derechos sociales prestacionales, de manera siempre incremental y sin posibilidad de derogar los logros alcanzados... De acuerdo a Gomes Ganotillo, la prohibición de retroceso consiste en que los derechos sociales y económicos, una vez alcanzados o conquistados, pasan a constituir, simultáneamente, una garantía institucional y un derecho subjetivo...”⁶.

De esta manera, conviene puntualizar que el principio en cuestión consigna un doble ámbito para su análisis, por un lado, desde una perspectiva positiva y por otro, desde una perspectiva negativa. Sobre el particular, “...el principio de progresividad de los DESC contiene una doble dimensión: la primera a la que podemos denominar positiva, lo cual “está expresado a través del avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales y la otra a la que podemos denominar negativa que se cristaliza a través de la prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad”⁷.

Considerando la dimensión negativa, Marie Picard de Orsini y Judith Useche, citando a Asdrúbal Aguiar, apuntan: “Los derechos humanos son facultades o prerrogativas que tiene cualquier ser humano en razón de su condición humana y, por lo mismo, son insuperables de su ser. Se interpretan a la luz de la realidad humana, perfectible, beneficiándose los titulares de tales derechos, por consiguiente, del principio de la progresividad: lo que hayan ganado como espacio para la libertad y

les haya sido reconocido por la ley, no puede ésta revertirlo en lo sucesivo. Los derechos humanos, además, obligan a título de deberes correlativos a los demás seres humanos, en lo individual o en lo colectivo, y al Estado como su garante y en tanto que expresión de la organización política de la sociedad”⁸. (El énfasis es nuestro).

Siguiendo tal lógica, la progresividad, no sólo se configura en un principio constitucional, sino también en una garantía de los derechos; por un lado, constituye una línea rectora por medio de la cual los Estados se obligan a través de sus instituciones a consolidar el Estado democrático concretando el ejercicio gradual de los derechos consagrados en la Constitución a favor de los ciudadanos, de acuerdo con las necesidades que los circundan emergentes de sus propias condiciones y contexto. Dicha obligatoriedad, sin duda, definirá el planteamiento y aplicación de normas programáticas de Estado, tendentes a la protección y satisfacción de tales derechos. Empero esta función quedaría incompleta, si a la vez, no se considerara imperante, de acuerdo al citado principio/garantía, la imposibilidad de un retroceso o desconocimiento de los derechos concedidos. Quedando claro, que desde tal perspectiva, la progresividad se configura en un importante principio rector en materia de derechos fundamentales, sin dejar de lado, su carácter de “garantía”, al cumplir paralelamente la función de asegurar que el legislador se inhiba de desarrollar norma contraria a tales criterios de progresividad, “prohibiéndole” la posibilidad de soslayar en su función de construcción de la normativa subconstitucional, parámetros de avanzada en cuanto a derechos fundamentales así como la imposibilidad de regresión en la protección de los mismos. De tal manera que, frente a la omisión de la aplicación del principio/garantía en cuestión, siempre existirá la alternativa de la acción de in-

6 POYANCO BUGUEÑO, Rodrigo Andrés, “Derechos sociales y políticas públicas. El principio de progresividad”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XXIII, Bogotá, 2017, Págs. 327-347.

7 TOLEDO TORIBIO, Omar, “El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral”, Véase en: <file:///Users/emma.natalia.miranda.parra/Downloads/Dialnet-ElPrincipioDeProgresividadYNoRegresividadEnMateria-5500749.pdf>

8 PICARD DE ORSINI, Marie y USECHE, Judith, “El principio de progresividad y la actuación de los órganos del Poder Público conforme a la Constitución vigente”, Véase en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=55509914>

constitucionalidad como medio jurídico procesal constitucional que reponga el orden estatuido en la Norma Suprema.

Al respecto, Canotilho, reconociendo que existen crisis económicas y la libertad de configuración del legislador en materia de leyes sociales, refirió que: “Con independencia de los problemas “fácticos” el parlamento deja de tener una competencia “libre y arbitraria” para disminuir los derechos adquiridos en materia de beneficios sociales. Esa prohibición justificará la sanción de inconstitucionalidad en relación con las normas destructoras de la llamada justicia social”⁹. En consecuencia, el principio de progresividad no sólo actuará como una directriz para la interpretación de los derechos, marcando línea para consolidar su aplicabilidad directa y gradual, sino también se constituirá en una garantía para evitar que el poder público a través del legislador desarrolle normativa que revierta la satisfacción de derechos adquiridos. Ello, en pro de la Supremacía, y dentro de este marco, del propio principio de progresividad previsto en la Constitución. Finalmente, corresponde mencionar que si bien, cuando hablamos de progresividad, hablamos también de una suerte de gradualidad en la satisfacción de los derechos, sobre todo, si consideramos aspectos propios de cada Estado y su coyuntura económica, por la cual dicha satisfacción plena de derechos en determinados casos y situaciones, pueda ser inviable o imposible de cumplir de manera inmediata. Es menester precisar que la mencionada gradualidad de ninguna manera puede justificar la omisión en la obligatoriedad del sector público de planificar en el marco de sus políticas públicas normas concretas que tiendan a efectivizar la satisfacción de derechos a favor del ciudadano de manera “oportuna”. En consecuencia, los tribunales de justicia encargados del control de constitucionalidad tendrán la misión de evaluar las medidas asumidas por los gobiernos

identificando la suficiencia o no de los esfuerzos realizados por concretar el mandato constitucional, a fin de no dejar desprotegido al ciudadano y dar estricto cumplimiento al principio/garantía de progresividad de los derechos. En consecuencia, y tal cual se ha orientado a través de la jurisprudencia¹⁰, estos factores no justifican la vulneración de los derechos y no pueden ser un óbice que impida su protección.

2.3. Conclusiones

En consideración a lo expuesto, corresponde establecer las siguientes conclusiones:

- ⦿ Uno de los elementos relevantes en la Constitución boliviana aprobada la gestión 2009 se vincula a la ampliación del catálogo de derechos fundamentales.
- ⦿ Considerando en particular el desarrollo que prevé la Norma Suprema en Bolivia, sobre los derechos fundamentales, existe una inexorable relación entre la aplicación efectiva del principio democrático, con el ejercicio efectivo de los derechos por parte de los ciudadanos. Al efecto, la catalogación de un sistema “más” o “menos” democrático, dependerá de cuán efectiva sea la satisfacción de los derechos por parte de los ciudadanos.
- ⦿ El artículo 13.1 de la Norma Suprema boliviana, establece como características de los derechos a la: inviolabilidad, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, obligando al Estado a su promoción, protección y respeto.
- ⦿ La progresividad de los derechos, implica la obligación de los Estados de

9 GOMES CANOTILHO, José Joaquín, “Direito constitucional”, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, Págs. 468-469.

10 Al respecto podemos citar el caso George Hamilton v. Monroe Love, Corte de Distrito de Arkansas, 1973 y el caso Rubén Badín CSA Fallo 318:2002

consolidar la satisfacción de los derechos a favor de los ciudadanos considerando siempre su carácter evolutivo y no inmutable, por mandato de la Constitución; prohibiéndose asimismo, la posibilidad de desconocerlos o eliminarlos una vez reconocidos o adquiridos.

- ⊙ En su doble dimensión la progresividad de derechos, no sólo constituye un “principio” que da línea al momento de su interpretación, para una aplicación directa y evolutiva; sino también se configura en una “garantía” que evita que el legislador desarrolle su función, soslayando la no regresividad de los derechos fundamentales. Desde tal perspectiva, la citada progresividad se aplica como principio y garantía constitucional de los derechos.

2.4. Bibliografía

- ❏ GOMES CANOTILHO, José Joaquín, “Direito constitucional”, Coimbra, Livraria Almedina, 1993.
- ❏ PÉREZ LUÑO, Antonio E., “Los Derechos Fundamentales”, Octava edición, editorial Tecnos, 2004.
- ❏ PICARD DE ORSINI, Marie y USECHE, Judith, “El principio de progresividad y la actuación de los órganos del Poder Público conforme a la Constitución vigente”.
- ❏ POYANCO BUGUEÑO, Rodrigo Andrés, “Derechos sociales y políticas públicas. El principio de progresividad”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XXIII, Bogotá, 2017.
- ❏ STERN, Klaus, “Derecho del Estado de la República Federal Alemana”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- ❏ TOLEDO TORIBIO, Omar, “El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral”.

Documentos normativos

- ❏ Constitución Política del Estado de 2009 (Bolivia)
- ❏ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).
- ❏ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Artículo Recibido: 17/12/2021

Artículo Aceptado: 27/01/2022

ARTÍCULO 5

Constitución económica: evolución de la regulación de la economía en el marco constitucional boliviano

Economic Constitution: evolution of the regulation of the economy in the Bolivian constitutional framework

Shirley Gamboa Alba^{1*}

¹ Abogada, economista, docente investigadora Dpto. Derecho Constitucional y Regímenes Especiales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma Juan Misael Saracho.

* **Correspondencia del autor(es):** shirley.gamboa@uajms.edu.bo, dirección.

Resumen

El artículo realiza un análisis de la regulación de la economía, sus orígenes y evolución jurídica en el marco constitucional boliviano. El trabajo es elaborado como parte del programa de Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar – Seminario Asamblea constituyente, con base en un estudio desde la primera Constitución de Bolivia de 1826 hasta la Constitución de 2009, que refleja la manera cómo se fueron incorporando el régimen económico y por ende los derechos económicos en la llamada Constitución económica. Finalmente, el trabajo concluye con una breve reflexión sobre el nuevo régimen económico reconocido en el nuevo Estado Plurinacional de Bolivia.

Palabras clave: Derechos económicos, Asamblea Constituyente, Constitución económica, Estado Plurinacional.

Abstract

The article analyzes the regulation of the economy, its origins and legal evolution in the Bolivian constitutional framework. The work is prepared as part of the Doctorate program in Constitutional Law by the Universidad Andina Simón Bolívar - Constituent Assembly Seminar, based on a study from the first Bolivian Constitution of 1826 to the Constitution of 2009, which reflects the way they left incorporating the economic regime and therefore economic rights in the so-called economic Constitution. Finally, the work concludes with a brief reflection on the new economic regime recognized in the new Plurinational State of Bolivia.

Keywords: Economic rights, Constituent Assembly, Economic Constitution, Plurinational State.

1. Introducción

Las Constituciones del Estado liberal del siglo XIX no se ocuparon de la economía porque tenían por objeto únicamente la regulación del Estado y no de la sociedad. Trataban de ordenar la forma de organización del poder político configurando de determinada manera las instituciones estatales que lo desempeñaban y atribuyendo a éstas las correspondientes competencias.

Sin embargo, la economía siempre estuvo presente de alguna manera en las constituciones, toda vez que es el motor para la realización de los objetivos de las personas y los Estados. Debido a la importancia de la economía y el rol que se le asigna al Estado para intervenir en el proceso económico y definir la propiedad de los factores de producción, se fueron introduciendo conceptos como “Constitución Económica”, cuya denominación es una creación de la doctrina jurídica alemana con la Constitución de Weimar, que se impuso después de la Primera Guerra Mundial en el continente europeo. El profesor Menéndez¹ define a la Constitución Económica como “el conjunto de normas que, con un rango constitucional, establecen la legitimación para ejercer la actividad económica, el contenido de las libertades y de los poderes que se derivan de esta legitimación, las limitaciones que afectan a los mismos y a la responsabilidad que grava su ejercicio, así como los instrumentos y medidas con los cuales el Estado puede actuar o intervenir en el proceso económico”.

En Bolivia, hasta 1938, las Constituciones eran Leyes Fundamentales políticas, toda vez que sólo se ocupaban de regular la organización del Estado y no de la sociedad o como refiere Manuel Aragón “lo político era, pues la materia de la Constitución y no lo social lo cultural *o lo económico...*”, idea que se ajusta a las primeras Constituciones bolivianas ya que, posteriormente

aunque siguen llamándose “Constitución Política del Estado”, se convierten en “Constitución jurídica” y la regulación económica, incipiente en sus inicios, pasó a ser parte de la Constitución.

Aragón sostiene que, en el terreno de la economía, la Constitución de ahora (frente a la Constitución del siglo pasado) amplía de manera considerablemente su campo normativo, estableciendo los principios rectores del sistema económico y determinando las posiciones que en este sistema ocupan los sujetos privados y los poderes públicos.

En ese marco general, el propósito del presente trabajo es realizar el estudio sobre la evolución de la regulación económica en el ámbito constitucional boliviano desde la Constitución de 1826 hasta la de 2009 en lo que respecta a la Constitución económica.

2. La Constitución bolivariana

La primera Constitución de 1826, más conocida como la Constitución bolivariana², se limitaba al reconocimiento del derecho a la propiedad privada, a la industria y al comercio; repitiéndose en todas las demás constituciones que le siguen. Y aunque estos derechos de ámbito individual tenían contenido económico, aún no se encontraba regulada la economía, sino que esta se constitucionaliza a partir de la Ley Fundamental de 1938, como se explicará más adelante.

Valencia Vega³ sostiene que estas constituciones se inspiraban en el liberalismo individualista. Contrasta con el Art. 149 que disponía “La Constitución garantiza a todos los bolivianos su libertad civil, su seguridad individual, su propiedad y su igualdad ante la ley, ya premie, ya castigue”. El Art. 156 señalaba que “Todo inventor tendrá la propiedad de sus descubrimientos y de

¹ Menéndez Menéndez A. Constitución, Sistema Económico y Derecho Mercantil, pág. 52

² Reconocida con ese nombre, debido a que su redacción corresponde al Libertador Simón Bolívar.

³ Valencia Vega, A. Manual de Derecho Constitucional. La Paz, 1985, p. 158.

sus producciones”. La primera Constitución estableció en su Art. 155 que “Ningún género de trabajo, industria o comercio puede ser prohibido a no ser que oponga a las costumbres públicas, a la seguridad y a la salubridad de los bolivianos”.

De acuerdo a estos primeros mandatos constitucionales, el sistema económico adoptado en Bolivia, desde su nacimiento como República en 1825, fue el liberal, en el que prevalece la iniciativa económica y la propiedad privada de los medios de producción. Aclarando que, de acuerdo a Mariño, la libertad económica es condición necesaria, aunque no suficiente, de la libertad política; y que el presupuesto necesario de la libertad económica y, por ende, política, es la propiedad. Siendo el Código Civil de 1830, quien regula el régimen económico liberal boliviano por mucho tiempo, puesto que las Constituciones de 1831, 1834, 1839, 1843, 1851, 1861, 1868, 1871, 1878, 1880, mantuvieron invariable lo que podría llamarse su “régimen económico”, reconociendo y respetando a la propiedad privada, la industria y el comercio.

3. La Constitución de 1938

En la Constitución de 1938 se incorporó gran parte de las reformas legales aprobadas mediante el Referéndum popular, que se llevó a cabo en 1931. Marca un hito importante en lo que se conoce como Constitución Económica, ya que es la primera vez que en la Ley fundamental boliviana se consigna una sección denominada “Del régimen económico y financiero” y otra “Régimen social”.

De acuerdo a lo referido por Ciro Félix Trigo⁴, es a partir de este Referéndum que se creó el Consejo de Economía Nacional, instancia encargada de dictaminar en la celebración de contratos, empréstitos concesiones de ferrocarriles y sus garantías y otros actos que comprometen el crédito de la República.

⁴ Trigo, C.F. Derecho Constitucional Boliviano, La Paz, Segunda Edición 2003, pág. 161.

La Constitución de 1938 recogió lo que se denominó el “Constitucionalismo Social”⁵, debido a que, en dicho texto constitucional, se reconoce por primera vez un conjunto de derechos de la colectividad nacional. Establece en su artículo 106 que “El régimen económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar para todos los habitantes una existencia digna del ser humano”.

Asimismo el artículo 107 de la misma Constitución, proclamaba que “son del dominio originario del Estado, a más de los bienes, a los que actualmente la ley da esa calidad, todas las sustancias del reino mineral, las tierras baldías con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como todas las fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento económico...”

De igual manera, se incorporan otros artículos como el 121 referidos al régimen social que señalaba que: “El trabajo y el capital, como factores de la producción, gozan de la protección del Estado” y que “La ley regulará el seguro obligatorio de enfermedad, accidentes, paro forzoso, invalidez, vejez, maternidad y muerte, los desahucios e indemnizaciones a empleados y obreros, el trabajo de las mujeres y menores, la jornada máxima, el

⁵ El constitucionalismo social es la nueva corriente doctrinaria y política que surge en el siglo XIX y se expande en el siglo XX, que fueron concretándose al impulso de diversos factores e ideologías, como es el caso de la Revolución mexicana, la revolución rusa, como así también tuvieron su incidencia las dos guerras mundiales (Hernán S, Pesantes, 2017). En Bolivia, con la promulgación de la Constitución de 1938, marca la evidencia de que el país encaraba un nuevo momento de su historia y de que se buscaba cerrar la página del liberalismo abierta en 1880. Esta nueva carta magna es importante porque cambia la orientación de algunos principios esenciales que fueron inamovibles desde la constitución bolivariana de 1826. La limitación del derecho “sagrado” a la propiedad privada, pilar del liberalismo, marcaba la nueva ideología. La propiedad como derecho social en relación directa a su utilidad para la colectividad, restringió la idea individualista que había primado en la constitución del 80. El estado aparecía como el gran responsable de la sociedad, obligado a educar y garantizar la salud de los ciudadanos y proteger a mujeres y niños. Era la luz verde para el intervencionismo estatal frente al concepto de dejar hacer del estado liberal que comenzaba a desaparecer.

salario mínimo, el descanso dominical y de los feriados, las vacaciones anuales y puerperales con goce de salario, la asistencia médica e higiénica y otros beneficios sociales y de protección a los trabajadores” (artículo 122). También se reconoce la libre asociación profesional y sindical y el contrato colectivo de trabajo; el derecho de huelga y la participación de los empleados y obreros en los beneficios de las empresas (arts. 125, 126 y 127)

Es así que la Constitución de 1938 amplía su campo normativo, estableciendo principios rectores del sistema económico y determinando las posiciones que ocupan en éste los sujetos privados y los poderes públicos, incorporando en el artículo 108 de la citada Carta Magna, algo que ha logrado perdurar en el transcurso del tiempo: “El Estado podrá regular, mediante ley, el ejercicio del comercio y de la industria, cuando así lo requiera, con carácter imperioso, la seguridad o necesidad pública” y que “Esta intervención se ejercerá en forma de control, de estímulo o de gestión directa”.

Es entonces que, a partir de la Constitución de 1938, tomando en cuenta los antecedentes de la economía liberal y la influencia del “Constitucionalismo social”, se consolida el libre mercado, modelo que tenía como limitantes las propias exigencias del Estado social, vale decir, las matizaciones que impone una economía social de mercado.

Al respecto, es importante hacer referencia a lo señalado por Manuel Aragón⁶ quien sostuvo que la intensidad de la intervención de los poderes públicos en la economía, tal como ocurrió en Bolivia con la Constitución de 1938, no puede producir alteración radical de la economía de mercado como sistema y de la iniciativa privada, o de la libertad de empresa, como derecho, de la misma manera que la incidencia, necesaria de la función social en la delimitación del contenido esencial de los derechos de propiedad, no puede

6 Citado por Herrera Añez, William en “La Constitución económica boliviana”, Revista Boliviana de Derecho, num.1, 2006, p. 66. Fundación Iuris Tantum.

hacer desaparecer la propiedad privada como instituto garantizado, son los rasgos que identifican el modelo económico genérico que la Constitución consagra.

4. Hechos que consagran el modelo de Capitalismo de Estado

Tomando en cuenta que los postulados de la Constitución de 1938 no tuvieron correspondencia en el campo económico, la población boliviana empieza a revelarse en contra de las condiciones socioeconómicas y sobre todo la exclusión social de los campesinos. La fuente principal de ingresos del Estado era la actividad minera, sin embargo, se encontraba en propiedad de tres grandes empresas privadas, llamados los “barones del estaño”⁷.

En ese contexto, se da la Revolución de 1952, hecho que significó en la historia contemporánea de Bolivia un avance significativo, pues modificó totalmente la estructura económica de entonces, tal como señala Carlos D. Mesa⁹ “de una economía semifeudal (agricultura) controlada y dependiente de capitales privados de poder incalculable (particularmente minería), se pasó a una economía básicamente controlada por el Estado (más del 70%)”. Los cuatro grandes hitos de la Revolución del 52 son: La nacionalización de las minas, la reforma agraria, el voto universal y la reforma educativa.

7 Denominados así a los tres más grandes empresarios de la época: Simón I. Patiño, Mauricio Hoschild y Carlos Víctor Aramayo, quienes contaban con las tres grandes empresas mineras con tanta capacidad económica y, por lo tanto, política, que los gobernantes de turno eran puestos y mantenidos prácticamente ‘por los “barones del estaño”’.

8 La Revolución de 1952 fue un proyecto político liderado por el partido denominado Movimiento Nacionalista Revolucionario y que, en alianza con liberales y comunistas, pretendió implantar un nuevo modelo socioeconómico en Bolivia. Su máximo líder Víctor Paz Estensoro.

9 MESA GISBERT, C. y otros Historia de Bolivia, La Paz, 1997, p. 603.

La nacionalización de las minas realizada mediante decreto, revierte al Estado todos los bienes de las tres grandes empresas que controlaban la minería, cuyos propietarios eran Simón I. Patiño, Mauricio Hoschild y Carlos Víctor Aramayo.

La reforma agraria fue una medida que puso fin al sistema de explotación y una estructura económica muy próxima al feudalismo, haciendo realidad el principio: la tierra es de quien la trabaja (principio que aún perdura); medida con la cual el campesino pasó de ser colono-siervo, dependiente de un patrón, a ser propietario, aspecto que generó una nueva mentalidad y conciencia social. Sin embargo, se ignoraron los territorios indígenas, toda vez que dichas etnias no formaron parte de la sociedad activa del país.

El voto universal estableció el derecho a voto de todos los bolivianos mayores de 21 años o de 18 siendo casados, independiente del sexo, instrucción, ocupación o renta. Antes de esta medida, no tenían derecho a voto ni analfabetos, ni las mujeres, en tanto que la ciudadanía se limitaba a quienes podían demostrar una renta mínima.

La reforma educativa puso mucho énfasis en el sistema escolar campesino, estableciendo los núcleos escolares desde primaria hasta normales rurales. Reconociendo constitucionalmente que la educación boliviana era función suprema del Estado (aún perdura).

En síntesis, el capitalismo de Estado se consolidó con las medidas económicas de la Revolución del 52, que fueron inspiradas en las ideas socializantes del “Constitucionalismo Social” recogidas en la Constitución de 1938. El cambio de modelo hizo que el Estado controle gran parte de la actividad económica, convirtiéndole de esta manera en el más grande empresario o empleador, situación que estuvo presente hasta que se impuso el Decreto Supremo N°21060 en 1985, con el cual se dio paso a la Nueva Política Económica, llamada “neoliberal” y denunciado como impuesto por el Banco Mundial y el FMI, además de inconstitucional.

Pese de haber sido resistido, en especial por los sectores populares, el Decreto 21060 que implantó el nuevo modelo económico neoliberal, no fue cambiado por los gobiernos que le sucedieron al de Víctor Paz Estensoro, por el contrario, se fue perfeccionando. Este modelo tenía como fin principal terminar con el Estado empresario, aspecto que fue establecido en el artículo 118 del Decreto 21060 que disponía: “la disolución de la Corporación Boliviana de Fomento...” que cobijaba a varias empresas estatales. Dicho instrumento legal se mantuvo vigente hasta que fue disuelto en el 2009 con la aprobación de la Constitución Política del Estado Plurinacional.

5. Las reformas constitucionales de 1994 y 2004

Las reformas constitucionales parciales que se llevaron a cabo en 1994 y 2004, no alcanzaron a la parte que rige el ordenamiento económico. En todo caso, se implementaron otras medidas a objeto de intentar pagar la “deuda social” (exclusión económica y participativa de las mayorías nacionales), a través de la aprobación e implementación de leyes como: Participación Popular (Ley N° 1551 de 1994), la ley de Descentralización administrativa (Ley N° 1654 de 1995), la ley de Reforma Educativa (Ley N° 1565 de 1994).

Sin embargo, la Nueva Política Económica que se implantó con el Decreto 21060 liquidó al Estado empresario o superestado, bajo el argumento que el Estado no ha sido nunca un buen administrador de empresas, la ineficiencia y los elevados índices de corrupción pública. Para ello se impusieron diferentes medidas como son: la Ley de Capitalización (Ley N° 1654 de 1994), con la que se transfirió al sector privado nacional e internacional las principales empresas públicas: Empresa Nacional de Electricidad (ENDE), Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), Lloyd Aéreo Boliviano (LAB), Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) y la Empresa Nacional de Ferrocarriles (ENFE). Estableciendo además la posibilidad de la creación de empresas mixtas.

En tal sentido, el proceso de transformación de la economía nacional, se consolidó con la llamada capitalización de las empresas del Estado y el nacimiento de la regulación de los servicios públicos a cargo de la Superintendencia General de las Superintendencias Sectoriales (SIRESE). Este sistema regulatorio fue constituido para regular, controlar y supervisar las actividades de los sectores de electricidad, hidrocarburos, aguas, telecomunicaciones, transportes, servicio civil, seguros y otros sectores que sean incorporados.

Mediante Ley N°2410 en agosto de 2002, se declaró la Necesidad de Reformas a la Constitución Política del Estado, la misma que se llevó a cabo en 2004, sin haberse llevado cambios en el régimen económico, lo que quiere decir, que el “sistema económico” o unidad del “régimen económico”, se ha mantenido invariable desde la primera Constitución hasta la última reforma de 2004. Por lo que, el sistema económico que ha reconocido la Constitución es un sistema de economía de mercado, abierto y flexible, aspecto que habilitó para distintas opciones políticas, tanto conservadores de corte liberal-capitalista, como más avanzada de corte socialista, toda vez que no existe un sistema puro.

Por lo expuesto, hasta la Constitución de 2004 se puede concluir que implícitamente se tuvo un sistema de economía de mercado, mixturado y flexible que permitió el cambio de modelo en función de la correlación de fuerzas políticas imperantes en cada momento histórico. Sin embargo, esto no significa que el orden constitucional boliviano haya sido “neutro”, toda vez que, a decir de Gaspar Ariño¹⁰ siempre existió una regulación básica y general, pública y privada de la vida social y económica.

Al respecto, con relación al ordenamiento español, Angel Rojo¹¹ sostiene que “el silencio de la

Constitución acerca del sistema económico no equivale ni a diferencia ni a neutralidad”, aduciendo además que más que constituciones neutras y constituciones beligerantes, existen constituciones en las que el sistema subyace bajo los principios generales y está implícito en los derechos individuales y colectivos. Por lo que, de acuerdo a los argumentos de Angel Rojo, la Constitución boliviana ha constitucionalizado un sistema, pero no ha constitucionalizado un modelo, como se dio en la actual Constitución aprobada en 2009, a la que se hará referencia más adelante.

Hasta la Constitución de 2004, el sistema constitucionalizado es el de economía de mercado del Estado social, es decir, el de economía social de mercado, que reconoce la libertad de empresa (en su triple dimensión básica de libertad de acceso al mercado, libertad de ejercicio y libertad de cesación) y la libertad de competencia en el marco de las exigencias específicas del Estado Social y Democrático de Derecho, reconocido en el artículo primero de la Constitución de 2004.

6. La Constitución Política del Estado de 2009

La Constitución Política de 2009, es fruto de la lucha de los movimientos sociales. El nuevo texto constitucional establece un nuevo esquema de ordenamiento económico. Desde el preámbulo se anuncia que mediante estos cambios se deja en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal; en lo económico ello implica dejar atrás ese modelo para sustituirlo por otro: el modelo económico plural¹².

nómica Privada en la Constitución Española, pág. 311.

¹² La pluralidad económica, está reconocida desde el preámbulo de la Constitución Política del Estado Plurinacional, en el párrafo 4to., en el que señala: Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra...”

¹⁰ Ariño Ortiz, G. Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa, Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo, pág.100.

¹¹ Rojo, A. Actividad Económica Pública y Actividad Eco-

Una de las características fundamentales de la Constitución de 2009, es el reconocimiento de la plurinacionalidad y el pluralismo, que dan cuenta de la refundación del Estado¹³. El artículo primero de la Constitución boliviana, señala que Bolivia se constituye en un “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario (...) democrático (...). Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico (...)”, ello implica, un Estado activo, intervencionista respecto de la sociedad, que somete su actuación a la de la mayoría democrática y a la disciplina del Derecho.

En el marco de reconocimiento del pluralismo económico, se incorpora en el régimen constitucional económico, en la Cuarta Parte de la Constitución, la “Estructura y Organización Económica del Estado”, estableciendo en el artículo 306.I “El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos”. Así mismo, el artículo 306.III., de la Constitución señala: “La economía plural articula las diferentes formas de organización económica sobre los principios de complementariedad, reciprocidad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia. La economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo.” (las negrillas nos corresponden).

Este nuevo modelo económico social, comunitario y productivo, surge como una alternativa al neoliberalismo, privilegiando los objetivos sociales antes que los individuales y busca que la intervención y rectoría del Estado en la actividad económica, tenga como resultado la generación y fortalecimiento de la soberanía nacional y el régimen democrático, así como la creación de mayores fuentes de empleo¹⁴

No obstante, lo enunciado es también importante, centrarse en las funciones del Estado en la economía, establecidas en el art. 316 de la Constitución Política del Estado, en el que se refleja la hegemonía de la empresa estatal en la economía.

Si se parte del hecho de que, un modelo económico se refiere a la dimensión económica de una sociedad, que caracteriza el tipo de relaciones, articulaciones y determinaciones entre la dimensión económica y la dimensión política, social, cultural (superestructura jurídico-política), que se da a través del Estado y su rol; en el modelo de economía plural constituido en Bolivia, el papel del Estado es el que ejerce la dirección integral del desarrollo económico y sus procesos de planificación, de acuerdo a lo establecido en el Art. 311° de la Constitución Política del Estado, y al mismo tiempo, establece el respeto a la iniciativa empresarial y seguridad jurídica.

También se constata que el gobierno a partir de 2009, promovió principalmente la supremacía de la economía estatal, con base a la hipótesis de que el lugar secundario del Estado durante el periodo neoliberal fue la causa del limitado desarrollo productivo del país. Esta idea desembocó en la ampliación de la economía estatal vía procesos de nacionalización y creación de empresas públicas en un amplio espectro de sectores económicos; no habiéndose podido aún aclarar de manera explícita el rol de la economía socio-comunitaria y cooperativa con relación a la economía pública, al mismo tiempo que se asiste a la consolidación de alianzas políticas y económicas entre el gobierno y parte del empresariado tradicional (especialmente del sector financiero y agroindustrial) y de actores emergentes de la economía privada popular, sobre todo en los sectores de servicio, transporte y comercio no vinculados a la producción;

13 Sousa Santos (2010), refiere que la refundación del Estado es un proceso político complejo y de largo plazo. Eso explica una de las razones del porqué hasta la fecha no ha sido posible la consolidación del modelo económico plural al que hace referencia la Constitución boliviana.

14 El artículo 54 de la CPE, señala que es obligación del

Estado establecer políticas de empleo que eviten la desocupación y la subocupación, con la finalidad de crear, mantener y generar condiciones que garanticen a las trabajadoras y los trabajadores posibilidades de ocupación laboral digna y de remuneración justa.

Por lo expuesto, si bien la construcción del nuevo andamiaje normativo, desde 2009, abrió oportunidades para fortalecer la economía plural, aunque dejando importantes dudas conceptuales sobre pluralismo, economía solidaria y comunitaria, el mercado, el rol del Estado; de igual manera, las nuevas normativas no fueron reglamentadas y traducidas en políticas públicas integrales. Además, su elaboración abrió campos de conflicto al no otorgar igual estatus al conjunto de los actores económicos de la economía social, solidaria y comunitaria. Esto tuvo efectos sobre las acciones colectivas y la disposición para generar consensos sobre intereses compartidos, más allá de las disputas políticas coyunturales. Proceso que incluso debilitó el debate democrático y plural sobre las políticas económicas para promover el nuevo modelo de economía plural.

Se debe tomar en cuenta que la Constitución económica, representa una manifestación del marco y principios jurídicos de la ley fundamental, que regulan el funcionamiento de la actividad económica desarrollada por los individuos y por el mismo Estado. En ella se encuentran sus libertades, derechos, deberes y responsabilidades¹⁵. Asimismo, se concretan las reglas y principios que definen dicho sistema económico, determinando sus metas y por tanto, en ella se integran los derechos fundamentales de carácter social y contenido económico¹⁶.

Por otro lado, se encuentra en el texto constitucional, derechos fundamentales de libertad que orientan la democracia al sistema de libre actuación y, por otro lado, preceptos que habilitan la intervención pública en el proceso de desarrollo de aquellas libertades, como es el caso de los artículos 308. II. y 316¹⁷. De forma tal, que se

pretende articular un modelo flexible que respete la libertad de empresa y la propiedad privada, permitiendo la intervención pública para la satisfacción de los intereses generales con el fin de alcanzar los establecido en el artículo 1 de la Constitución, los principios y valores en el artículo 8 y, los fines y funciones esenciales del Estado, artículo 9.I.

La existencia de un modelo económico plural, planteado en la Constitución boliviana, nos lleva a situarnos dentro del tipo de Estado en el que se integra dicho modelo, considerando características propias de un Estado Plurinacional Social de Derecho; es decir, estableciendo como deber de los poderes públicos, el fomento de las condiciones para un efectivo ejercicio de los derechos de los bolivianos, sin tomar en cuenta su situación social y al mismo tiempo, determinando que la riqueza del país, cualquiera que sea su titularidad, está subordinada al interés general¹⁸.

Debemos hacer notar que es muy difícil no caer en los tópicos relativos a las funciones sociales del Estado o de las obligaciones del mismo en el ámbito económico, como producto de un largo proceso histórico, en el que se encuentra la necesidad de incidir en la realidad económica y social en formas concretas, es decir, en su dirección y en su práctica, porque no puede limitarse a establecer normas que reconozcan libertades de manera abstracta, es necesario que se garantice la participación y el disfrute de los bienes sociales y económicos.

De la misma manera, en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, se reconoce el derecho a la propiedad, estableciendo en su artículo 56, el derecho que toda persona tiene a la

15 Cfr. J. I. Font Galán, La Empresa en el derecho Mercantil, en: G.J. Jiménez Sánchez y otros, Derecho Mercantil, Barcelona, Ariel Derecho, 2005, Pág. 132.

16 Cfr. A. E. Pérez Luño, Los Derechos Fundamentales, Madrid, Tecnos, 2004, Pág. 188.

17 El Art. 308.II, reconoce, respeta y protege la iniciativa privada, para que contribuya al desarrollo económico, social y

fortalezca la independencia económica del país; en tanto que, el Art. 316, establece la función del Estado en la economía, en el que se señala claramente la posición primaria del Estado frente a la actividad individual de los particulares en la economía.

18 Cfr. M. García Pelayó, Las Transformaciones del Estado Contemporáneo: "El Estado social y democrático de derecho en la Constitución española", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Pág. 1659

propiedad privada individual o colectiva, aunque establece el límite añadiendo, “siempre que ésta cumpla una función social” y, además, garantizando la propiedad privada “siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo”.

De manera que, cuando el Estado reconoce, respeta y garantiza la protección y ejercicio de los derechos, es un Estado que es capaz de proporcionar prestaciones que aumenten las oportunidades de desarrollo de cada uno de los bolivianos. Dicha afirmación pone de manifiesto que nos encontramos frente a un Estado Social. Cuando el orden de la sociedad debe perfeccionarse a través de la actuación del Estado, tanto en el ámbito económico como en el social, siendo éstas sus características, cuya manifestación primordial se establece en la Constitución. Es en ésta donde se regula bajo un conjunto de preceptos de carácter económico, a la vez que se generaliza la configuración constitucional de los llamados derechos sociales, cuyo fin es el de regular la intervención del Estado en el orden social. Que además de surgir del reconocimiento y ejercicio jurídico de valores como la igualdad, solidaridad y la justicia social¹⁹, constituye una de las formas primordiales de mantener una mayor cohesión e integración social y política.

Por último, es importante hacer referencia al artículo 47.I., situado en la Sección III, Derecho al Trabajo y al Empleo, del Capítulo Quinto de la Constitución Política del Estado DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS, señala: “Toda persona tiene derecho a dedicarse al comercio o a cualquier actividad económica lícita, en condiciones que no perjudiquen al bien colectivo.”

19 AmartyaSen, propone que bajo un punto de vista tanto económico como filosófico, es posible alcanzar una transformación en la toma de decisiones políticas, económicas y sociales en una sociedad democrática, sólidamente fundamentada en motivaciones éticas y de justicia social, en: M. Pedrajas, La transformación ética de la racionalidad económica en: AmartyaSen. Una recuperación de Adam Smith, Quaderns de Filosofia i Ciència, N° 36, 2006, pp. 105-117

Dicho de otra manera, el hecho que la Constitución contemple un “derecho a dedicarse al comercio o a cualquier actividad” o lo que es lo mismo, un “derecho a desarrollar” algo, implica necesariamente que como contrapartida existe una obligación correlativa, una obligación de no hacer, que es, no perturbar, restringir o menoscabar, y mucho menos aun privar, de este derecho, obligación que recae primeramente en el Estado, al establecer en el artículo 9, numeral 4., de la CPE, entre los fines y funciones esenciales del Estado: “Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos, y deberes reconocidos consagrados en esta Constitución” y artículo 14. III: “III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.”

Además, tiene la obligación no solo de “respetar”, sino de “promover” el ejercicio de tal derecho, (artículo 13. I.): “Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.”

Con relación a este último punto, se sostiene que la disposición de referencia crea obligaciones/deberes para todo órgano del Estado y por ende la primera obligación de abstención de inferir en la actividad de los particulares en materia económica, prohibiendo actividades que, por disposición constitucional, les pertenecen a los particulares, como por ejemplo si pretendiera que ellas sólo le corresponden al Estado. Y, además, una obligación fundamental de actuación para promover el ejercicio de tal derecho y que sea efectivo en la realidad.

7. Conclusiones

En principio, la idea de una Constitución Económica fue ajena en la Constitución boliviana. Desde la primera Constitución de 1826 hasta la

Constitución de 1880, sólo se limitaba a reconocer el derecho a la propiedad privada, a la industria y al comercio, por lo que, se estaba claramente ante una Constitución liberal.²⁰ El régimen económico liberal boliviano, estaba regulado por el Derecho privado.

Es recién en la Constitución de 1938, que se consigna una Sección denominada “Del régimen económico y social”, aspecto que marca un hito fundamental en lo que conocemos como Constitución Económica. Esta Constitución recogió lo que se ha denominado el “Constitucionalismo Social”, toda vez que, en el texto constitucional, se reconoció un conjunto de derechos de la sociedad boliviana, introduciendo además en el Art. 106 las características del régimen económico, el mismo que debía responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar para todos los habitantes una existencia digna del ser humano. De la misma manera, en el Art. 108 se encuentra algo que ha perdurado con el tiempo: “El Estado podrá regular, mediante ley, el ejercicio del comercio y de la industria, cuando así lo requiera, con carácter imperioso, la seguridad o necesidad pública” y que “Esta intervención se ejercerá en forma de control, de estímulo o de gestión directa”.

A partir de la Constitución de 1938, es evidente la consagración de una serie de principios informadores del “Estado Social y Democrático de Derecho”, que fueron reconocidos luego en el primer artículo de la Constitución de 2004. Sin embargo, como se analizó en el texto, los grandes postulados establecidos en la Constitución de 1938, no tuvieron una correspondencia en el campo económico, pues se mantuvo el triple atraso en lo que corresponde a lo económico, social y político.

Es decir, hasta la Constitución de 2004 y su últi-

ma reforma, el sistema económico que reconoció la Constitución fue un sistema de economía social de mercado, pero no un modelo, es recién en la Constitución de 2009 que se constitucionaliza el modelo económico plural.

El régimen constitucional económico establecido en la Cuarta Parte de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, busca que la intervención y rectoría del Estado en la actividad económica, tenga como resultado la generación y fortalecimiento de la soberanía nacional y el régimen democrático, así como la creación de mayores fuentes de empleo²¹.

El surgimiento y constitucionalización de los derechos fundamentales económicos, resulta clave para el crecimiento de las tres formas de organización económica reconocidas en el artículo 306. II. de la Constitución Política del Estado: comunitaria, estatal, privada y social cooperativa para que los individuos puedan constituir, desarrollar, explotar y beneficiarse de los vehículos jurídicos que hoy conocemos como empresas.

Bajo la interpretación literal del artículo 311 de la Constitución, todas las formas de organización económica gozarán de igualdad jurídica y el respeto a la iniciativa empresarial y la seguridad jurídica. De la misma manera, el artículo 316 señala que el Estado y su función en la economía es de participar impulsando su desarrollo, mediante el incentivo y la producción de bienes y servicios económicos y sociales para promover la equidad económica y social, como así también el de promover la integración de las diferentes formas económicas de producción, con el objeto de lograr el desarrollo económico y social.

En la Constitución se fijan los propósitos y la sujeción jurídica de los tres sectores (cuatro formas

20 Alipio Valencia Vega, sostenía que la Constitución bolivariana y las que le siguieron, se inspiraba en el liberalismo individualista, destacando solamente la organización política del Estado, sin ingresar al campo económico, el cual debía quedar librado a la iniciativa privada de los individuos. (Manual de Derecho Constitucional, La Paz, 1985)

21 El artículo 54 de la CPE, señala que es obligación del Estado establecer políticas de empleo que eviten la desocupación y la subocupación, con la finalidad de crear, mantener y generar condiciones que garanticen a las trabajadoras y los trabajadores posibilidades de ocupación laboral digna y de remuneración justa.

de organización económica) al principio de legalidad. El artículo 307, establece que la forma de organización comunitaria comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida social, que se fundan en los principios y visión propios de las naciones y pueblos indígena originario y campesinos. El artículo 308 reconoce, respeta y protege la iniciativa privada. El artículo 309 refiere a la organización económica estatal y el artículo 310 reconoce y protege las cooperativas como formas de trabajo solidario y de cooperación, sin fines de lucro. Reconociendo a su vez, en el artículo 311, la igualdad jurídica ante la ley de todas las formas de organización económica establecidas en la Constitución.

Por lo que, el Estado debe garantizar que el desarrollo sea integral, que fortalezca la soberanía nacional y su régimen democrático. Lo anterior implica que, dentro de la ordenación gubernamental de la economía, la Constitución pretende armonizar: la rectoría gubernamental con el crecimiento económico, el goce y disfrute del derecho fundamental a diseñar, instrumentar y realizar sus iniciativas económicas, con los derechos sociales consagrados por la propia Constitución. De igual forma, para los sectores económicos constitucionalizados se establece un imperativo de que “toda actividad económica debe contribuir al fortalecimiento de la soberanía económica del país; la obligación de generar trabajo digno y contribuir a la reducción de las desigualdades y la erradicación de la pobreza, como así también, la obligación de proteger el medio ambiente”.²²

En síntesis, aun cuando en la primera Constitución de 1826 ya había algunos derechos individuales (a la propiedad, a la industria y al comercio) que tenían contenido económico, la regulación de la economía se constitucionalizó a partir de la Ley Fundamental de 1938 y como sostiene Manuel Aragón, la regulación de la economía pasó a ser parte de la materia constitucional. Por lo

que se puede afirmar que todas las constituciones del siglo pasado fueron “constituciones políticas” que se ocuparon únicamente de la organización del Estado. Es recién con el referéndum de 1931 y la Constitución de 1938 que se imponen medidas sociales, como el reconocimiento, por ejemplo, de los derechos de los trabajadores y la seguridad social.

Posteriormente con la Revolución de 1952, se inaugura el modelo económico de capitalismo de Estado (gran empresario y principal empleador); nacionaliza la minería, aprueba la reforma agraria, el voto universal y la reforma educacional. El Estado llegó a controlar el 70% de la actividad minera, principal fuente de ingresos de divisas del Tesoro General de la Nación.

8. Referencias Bibliográficas

- ▣ Albertí Rovira E. La Constitución Económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española). *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 24. Núm. 71. Mayo-Agosto 2004.
- ▣ Ariño Ortiz, G. (1995) *Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa, Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo*. España. ISBN: 84-7248-241-3
- ▣ Boaventura de Sousa Santos (2010) *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima. Disponible en: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado_Lima2010.pdf
- ▣ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. *Gaceta oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, <http://www.gacetaoficialdebolivia.gov.bo>

²² Artículo 312 de la Constitución boliviana.

- ❑ Font Galán, J. I. La Empresa en el derecho Mercantil, en: G.J. Jiménez Sánchez y otros, Derecho Mercantil, Barcelona, Ariel Derecho, 2005, Pág. 132.
- ❑ Hernán Salgado Pesantes “El constitucionalismo social y sus garantías. Influencia de la Constitución mexicana de 1917 en el Ecuador”, 2017. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4633/37.pdf>, consultado el 27/12/21
- ❑ Herrera Añez, William en “La Constitución económica boliviana”, Revista Boliviana de Derecho, num.1, 2006, pp. 61-83. Fundación Iuris Tantum. Santa Cruz, Bolivia.
- ❑ M. García Pelayo, Las Transformaciones del Estado Contemporáneo: “El Estado social y democrático de derecho en la Constitución española”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ❑ M. Pedrajas, La transformación ética de la racionalidad económica en: AmartyaSen. Una recuperación de Adam Smith, Quaderns de Filosofia i Ciencia, N° 36, 2006, pp. 105-117
- ❑ Menéndez Menéndez A. (1985) Constitución, Sistema Económico y Derecho Mercantil. Publicado en Hacienda pública española: review of public economics. - Madrid, ISSN 0210-1173, ZDB-ID 862875-0. - Vol. 94.1985, p. 47-77.
- ❑ Mesa Gisbert, C. y otros Historia de Bolivia, (19979 La Paz - Bolivia.
- ❑ Pastor Prieto, S., Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho. Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- ❑ Peces-Barba Martínez, G., La elaboración de la Constitución de 1978. Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- ❑ Pérez Luño A. E., Los Derechos Fundamentales, Madrid, Tecnos, 2004, Pág. 188.
- ❑ Rojo, A. Actividad Económica Pública y Actividad Económica Privada en la Constitución Española. Revista de Derecho Mercantil, N° 169-170, julio-diciembre 1983.
- ❑ Salgado Pesantes, Hernán (2017): “La nueva dogmática constitucional en el Ecuador”, en Revista jurídica UNAM, Disponible en: [hptt//: www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx) (Consultada en fecha 27 de diciembre 2021) pp. 981-1002.
- ❑ Trigo, C.F. Derecho Constitucional Boliviano (2003), La Paz, Segunda Edición.
- ❑ Valencia Vega, A. (1985) Manual de Derecho Constitucional. Librería Editorial “Juventud”. La Paz – Bolivia.

Artículo Recibido:17/12/2021

Artículo Aceptado: 27/01/2022

ARTÍCULO 6

El neoconstitucionalismo latinoamericano ¡quitemos la venda de los ojos de la diosa Themis! Los aportes de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en la construcción del Neoconstitucionalismo Latinoamericano

Latin American neo-constitutionalism, let's remove the blindfold from the eyes of the Goddess Themis! The contributions of the Political Constitution of the Plurinational State of Bolivia in the construction of Latin American Neoconstitutionalism

Rossio Lima Gutiérrez^{1*}

¹ Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma Juan Misael Saracho.

* **Correspondencia del autor(es):** rossio.lima.gutierrez@gmail.com, dirección.

Resumen

A partir de la etiqueta de Neoconstitucionalismo se ha puesto en el debate elementos que configuran una nueva perspectiva iusfilosófica contraria al positivismo jurídico pero a la vez diferente al iusnaturalismo, siendo que en Latinoamérica se presentan insumos sui generis enmarcado por su raigambre colonial y sus saberes ancestrales que vienen a fusionar los sistemas jurídicos creando nuevas formas de concebir el derecho con relación a la colectividad, particularmente, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia denota la incorporación de valores y principios ético morales que se encontraron distantes de las fórmulas jurídicas de tradición positivista que termina dando un giro con la incorporación del concepto de pluralismo y la argumentación jurídica plural, cuya metodología interpretativa demanda la modificación de la iconografía tradicional de la justicia con los ojos vendados para quitarle la venda de los ojos de la diosa Themis y con ello ver las diferencias de la sociedad abigarrada y las desigualdades en la que se pueda situar el caso concreto

Palabras Clave: Neoconstitucionalismo, conexión necesaria de derecho y moral, modelo axiológico de la Constitución Neoconstitucionalismo Latinoamericano, Pluralismo, Argumentación Jurídica Plural

Abstract

From the label of Neoconstitutionalism, elements that configure a new legal-philosophical perspective contrary to legal positivism but at the same time different from natural law have been put into the debate, since in Latin America sui generis inputs are presented framed by their colonial roots and their ancestral knowledge that come to merge the legal systems creating new ways of conceiving the law in relation to the community, particularly, the Political Constitution of the Plurinational State of Bolivia denotes the incorporation of values and ethical-moral principles that were far from the legal formulas of the positivist tradition which ends up taking a turn with the incorporation of the concept of pluralism and plural legal argumentation, whose interpretive methodology demands the modification of the traditional iconography of blindfolded justice to remove the blindfold of the goddess Themis and thus see the differences of the motley society and inequalities in which the specific case can be located.

Keywords: Neoconstitutionalism, necessary connection of law and morality, axiological model of the Constitution Latin American Neoconstitutionalism, Pluralism, Plural Legal Argumentation

1. Introducción

El término “neoconstitucionalismo” fue utilizado por primera vez por la profesora Susanna Pozzolo de la Universidad de Génova en una comunicación durante el XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social celebrado en Buenos Aires el año 1997, posteriormente publicó un libro dedicado al mismo tema donde el vocablo fue introducido para indicar una serie de posiciones teóricas que estaban delineándose y definiéndose en el mundo académico, es por ello que parafraseando a Mauro Barberris (2012, p.85) y Alfonso García Figueroa (2012, pp. 117-118), podríamos decir que, el neoconstitucionalismo dejó de ser un “meme afortunado”, para transformarse en un tema referencial de las discusiones iusfilosóficas del mundo de habla hispana.

El rotulo de “neoconstitucionalismo” atribuido a la profesora de la Universidad de Génova Susanna Pozzolo, alcanzó rápido éxito, especialmente en América Latina, España e Italia, impulsado por obras de amplia difusión, como las coordinadas por la cathedra del mexicano Miguel Carbonell, siendo que en esas obras se incluyeron autores como Robert Alexy, y académicos anglosajones como Ronald Dworkin, que no se pronunciaron como neoconstitucionalistas, sin embargo, los mismos no se encontrarían ajenos a esas discusiones generadas en conexión con la realidad jurídica de Europa continental configurada después de la Segunda Guerra Mundial.

De acuerdo con Susanna Pozzolo (2010, p. 209), con dicha palabra pretendieron identificar y, fundamentalmente, criticar “una perspectiva iusfilosófica” contraria al positivismo jurídico, pero, a la vez, diferente al iusnaturalismo, siendo por ello que el primer cambio generalizado en el uso del vocablo “neoconstitucionalismo” comienza a ser utilizado no tanto para señalar la filosofía constitucionalista sino un cierto tipo de sistema jurídico.

Paolo Comanducci (2003) reelabora la noción de neoconstitucionalismo inspirado en una conoci-

da división del positivismo jurídico (tripartición bobbiana), planeando así la clasificación del neoconstitucionalismo como una ideología, una metodología y una teoría; siendo así que los juristas utilizarían el término para señalar un cierto tipo de ordenamiento jurídico, en cambio, los teóricos y filósofos del derecho lo emplearían para indicar un cierto paradigma del derecho, y los filósofos morales y políticos los utilizarían para “indicar el derecho tal como debería ser en razón de lo que el derecho es; esto es en razón de los principios y los valores en éste explícitamente enunciados, los derechos fundamentales, principios y valores a éste inminentes, y no externos o extraños al mismo” (Mazzarese, Tecla, “Diritti fondamentali e neoconstituzionalismo”, P.9.)

La etiqueta de neoconstitucionalismo se ha transformado en un tema referencial de las discusiones iusfilosóficas del mundo de habla hispana, lo que denota el fortalecimiento constructivo del cual es parte, es por ello que cada aporte desplegado a su favor se configura en un elemento sustancial para estructuración de este nuevo paradigma que cuestiona los sistemas jurídicos tradicionales a través de la incorporación de los terceros excluidos conforme advierte la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, no obstante esta advertencia desplegada por el citado texto normativo, resta un vasto recorrido para la consolidación de una teoría jurídica como la que pretende desarrollar el neoconstitucionalismo, más específicamente, el neoconstitucionalismo latinoamericano.

En este sentido, en medio de esta transformación filosófica que se viene gestando desde la escuela genovesa a través de la reformulación del neoconstitucionalismo, en Latinoamérica se presentan insumos sui generis enmarcado por su raigambre colonial y sus saberes ancestrales que vienen a fusionar los sistemas jurídicos, creando nuevas formas de concebir el derecho con relación a la colectividad; particularmente, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, denota la incorporación de valores y principios

ético morales que se encontraron distantes de las fórmulas jurídicas de tradición positivista que termina dando un giro con la incorporación del concepto del Pluralismo Jurídico y su consecuente Argumentación Jurídica Plural.

2. El neoconstitucionalismo y el neoconstitucionalismo latinoamericano

El nombre de “neoconstitucionalismo” es atribuido a la profesora de la Universidad de Génova Susanna Pozzolo, misma que a través de sus publicaciones a conjuncionado una serie de elementos característicos que define el neoconstitucionalismo, entendido este como “una perspectiva iusfilosófica” contraria al positivismo jurídico, pero a la vez, diferente al iusnaturalismo.

Por su parte Luigi Ferrajoli, de manera muy efusiva ha rechazado la etiqueta de “neoconstitucionalismo” por cuanto el mismo no capta los rasgos esenciales del constitucionalismo jurídico contemporáneo especialmente en la clasificación desarrollada por Comaducci respecto al neoconstitucionalismo inspirado en la tripartición bobbiana, sin embargo, sus defensores como Luís Pietro Sanchís, han significado la ductilidad de esta etiqueta señalando “el neoconstitucionalismo tiende a convertirse en una respuesta global, en una nueva cultura jurídico- política si se quiere, que se halla presente en toda clase de debates” (Pietro Sanchís, 2010, p. 463), lo cual viene a significar la riqueza de esta etiqueta sobre todo desde una perspectiva práctica.

El neoconstitucionalismo ha tenido una capacidad expansiva desde su primera formulación en 1998 en la que plantea dar una aproximación doctrinal al derecho construida a partir de rasgos distintivos que señalaban un cambio respecto a una perspectiva teórica hasta entonces predominante, para abrirse campo en el mundo académico a partir de la multiplicación de sentidos que mantienen rasgos distintivos que aglutinan esta

nueva forma de ver el derecho, es por ello que entre sus caracteres fundamentales se encuentran: el antipositivismo, la estructura de las normas jurídicas y la presencia de los principios, la ponderación, la interpretación moral de la constitución y los equilibrios entre poderes a partir de la argumentación y el rol del juez.

En esta construcción doctrinal neoconstitucionalista, se plantea dos caracteres propios del neoconstitucionalismo: a) posición filosófica de la conexión necesaria entre derecho y moral; b) el modelo axiológico de la constitución que entiende la jerarquía de fuentes, el contenido de la Constitución como un conjunto de normas con reglas y principios, la relación de la democracia con la Constitución, el rol de la Constitución como puente entre el Derecho y la moral, y la ponderación.

La perspectiva del neoconstitucionalismo, toma conciencia del pluralismo y de la necesidad de ordenar nuestras prioridades en la conformación de la sociedad pretendiendo que ¹a aplicación del derecho sea acompañada por una argumentación jurídica significativa con reivindicación del tercero excluido, es por ello que en Latinoamérica, la etiqueta “neoconstitucionalismo”, ha cobrado mayor fuerza, sobre todo por su innegable proceso histórico de construcción constitucional como lo fueron las Constituciones de Bolivia y Ecuador, pues estas han marcado la historia de América Latina por cuanto han decidido tomar distancia del canon moderno occidental incorporando nuevos componentes característicos del neoconstitucionalismo: el pluralismo como efecto y causa de la Constitución, y la argumentación jurídica plural.

A partir de estas características, hoy por hoy en Latinoamérica la doctrina del neoconstitucionalismo muta en su denominación a “neoconstitucionalismo latinoamericano” por su impronta en el pluralismo y valores plurales, aspecto del cual la Constitución Política del Estado Plurinacional ha cobrado sustancial importancia por integrar

los elementos característicos del neoconstitucionalismo, tanto en su posición filosófica como en su modelo axiológico, incorporando elementos propios de la región como de su sociedad abigarrada.

Para entender la construcción doctrinal del neoconstitucionalismo, podemos mencionar las siguientes características: a) Posición filosófica de la conexión necesaria entre derecho y moral; b) Modelo axiológico de la Constitución.

3. La posición filosófica de la conexión necesaria entre derecho y moral

Esta conexión implica que “todo ordenamiento jurídico satisface objetivamente alguna ‘pretensión de corrección’ y algún ‘mínimo ético’”, de tal suerte que “Derecho y moral estarían conectados, y la justicia, al menos en una mínima medida, sería un rasgo necesario del Derecho y una condición de validez de las normas jurídicas”.

En esta posición filosófica, es importante considerar la clasificación desarrollada por Luigi Ferrajoli, quien diferencia el Constitucionalismo Principista del Constitucionalismo Garantista, pues según este autor, el Constitucionalismo Principista se caracterizaría por ser incompatible con el positivismo jurídico y por afirmar la tesis de la conexión entre Derecho y moral, en cambio, el Constitucionalismo Garantista plantea la tesis de la separación y con ello la no conexión entre Derecho y moral, pues este autor afirma que el Constitucionalismo Garantista no cae en la tentación de confundir Derecho y Moral, pues a través de la tesis de la separación¹, esta versión del constitucionalismo defiende que tanto la moral como la política son puntos de vista externos al Derecho.

Con la distinción de Constitucionalismo Principista y Constitucionalismo Garantista, se plantea

una forma interpretativa de la conexión necesaria de entre el derecho y la moral que caracteriza al neoconstitucionalismo, pues en el primer caso –constitucionalismo principista–, existe una plena adhesión a dicho postulado, sin embargo, para el constitucionalismo garantista, se plantea una tesis de separación, la cual se contrapone a la primera, y con ello podemos clarificar el componente característico de la doctrina neoconstitucionalista, pues esta doctrina postula que en las constituciones contemporáneas, la moral no sería externa al Derecho, en realidad, la moral forma parte del Derecho, lo que supone fuertes compromisos con una concepción objetivista de la moral y con una concepción cognoscitivista de la misma.

Ahora bien, no es menos evidente que Luigi Ferrajoli advierte que asumir la conexión entre derecho y moral arriba a un legalismo ético, puesto que las constituciones incorporan principios o valores que se pretenden objetivamente justos, los cuales van mutando con el tiempo y espacio, lo que trae como consecuencia una expansión y banalización del concepto de derechos fundamentales, es por ello que en la construcción del neoconstitucionalismo este punto característico es uno de los puntales del debate conforme desarrolló Luís Pietro Sanchís, pues la relación entre el derecho y moral afecta todo el sistema de símbolos que se encuentra en la cultura humana, siendo una relación particularmente enredada y compleja.

En este sentido, la doctrina del neoconstitucionalismo, establece una postura de reconocimiento de la concurrencia de la relación entre el derecho y la moral, pues es innegable su existencia en el plano práctico de la realidad, siendo por ello que, a partir de esta postura, la doctrina neoconstitucionalista se adhiere al desarrollo de la teoría de la argumentación y de la ponderación como elementos distintivos y propios de la misma.

Resulta contradictorio que autores como Manuel Atienza que desarrolla ampliamente la teoría de

¹ La existencia o la validez de una norma no implica en absoluto su justicia, y ésta no implica en absoluto su validez

la argumentación sea quien prefiera distanciarse del término neoconstitucionalismo debido al énfasis de dicha doctrina en relación con la posición iusfilosófica de la conexión necesaria entre el derecho y la moral, prefiriendo con ello la etiqueta de post positivismo en vez de neoconstitucionalismo, no obstante ello, conforme se indicó en líneas anteriores, el neoconstitucionalismo como doctrina no pretende ser un fiel adepto a dicha relación, sin embargo la doctrina implica la visibilización de la relación entre el derecho y la moral como consecuencia de la naturaleza de las relaciones humanas.

Pietro Sanchís en un trabajo publicado en *Análisi e diritto* de 2015 identifica tres perspectivas desde las que se puede pensar la relación entre derecho y moral, las dos primeras pueden ser traducidas, respectivamente a las ideas del iusnaturalismo y del legalismo ético y, la tercera relación señala cómo el derecho no siempre describe los hechos que regula para que se puedan identificar claramente en el mundo, y aplicar llanamente la norma, con su consecuencia jurídica prevista, es así que este autor muy acertadamente señala que el derecho nos pide normalmente evaluaciones que tal vez involucran nuestras creencias morales, pues “detrás de cada norma jurídica existe (o cabe adscribir) un principio moral constitucionalizado”², concluyendo de esta forma que “cualquier justificación de una decisión aplicativa del derecho puede (o sea, no necesariamente) ser presentada como una justificación moral”³.

En este sentido, para el neoconstitucionalismo, la posición iusfilosófica de la relación entre el derecho y moral parte de un reconocimiento de las relaciones humanas, pues en la práctica del derecho se observa una estrecha relación con la forma de vida que regula, ahora bien, tradicionalmente hemos situado a la justicia con una iconografía de ojos vendados, tal como vemos a la diosa Themis con la venda en los ojos, esta iconografía repre-

senta la justicia ciega e imparcial sin reconocer a quien se está juzgando, lo cual corresponde a un esquema de subsunción con alta raigambre al positivismo jurídico y con ello una separación del derecho y la moral, no obstante ello, conforme señala el título del presente trabajo, la exclamación de “quitar la venda de los ojos de la diosa Themis” parte de la idea del reconocimiento de la pluralidad cuyos conflictos prácticos dilemáticos han multiplicado los que llamamos casos difíciles que ya no se pueden ocultar detrás de una fachada social presuntamente uniforme.

Pietro escribe que “la moralización del derecho y la legalización de la moral suelen presentarse hoy como dos caras de una misma empresa común”⁴, lo que deriva en la concepción de que el derecho y la moral se influyen mutuamente, siendo un tema de suma importancia por cuanto la existencia de conflictos prácticos suele producirse al interior del discurso del derecho; se trata de conflictos que, a partir de una perspectiva iuspositivista parecían neutralizados y esterilizados, porque la ideología moderna quería negar la importancia de las asunciones éticas por parte del derecho positivo, y de la visión moral de quien juzga tomando decisión. Sin embargo, las nuevas Constituciones han acogido el pluralismo y las diferentes visiones morales que conforman soluciones distintas dentro de un marco de posibilidades jurídicas, situándose al centro del debate, es por ello que en el debate jurídico actual es innegable la presencia de esta doctrina denominada neoconstitucionalismo, pues su sola presencia implica la posibilidad de distinguir y clarificar conceptos, pues reclama el desarrollo de teorías normativas que se ocupen de la decisión práctica incluso con los límites puestos por el sistema del derecho como así también desestructurando la iconografía arraigada en el imaginario jurídico-judicial.

2 Pietro Sanchís, 2015, p.124

3 Ibid.

4 Pietro Sanchís, 2015, p.125

4. Modelo axiológico de la Constitución

La doctrina neoconstitucionalista presupone una forma específica de concebir la Constitución, al respecto Paolo Comanducci desarrolla cuatro modelos de los distintos significados del término “Constitución”, siendo el modelo axiológico el que se adscribe a esta doctrina.

Las características que, según Comanducci, definen a la Constitución en este modelo son las siguientes:

- ⦿ La jerarquía de fuentes. En el modelo axiológico de la Constitución se presenta una modificación de la jerarquía de fuentes tradicionalmente conocida a partir del modelo francés, pues se deja de lado el “legicentrismo” para ingresar a una suerte de aplicación directa de la Constitución, es por ello que en los Estados Constitucionales de Derecho se menciona al neoconstitucionalismo como doctrina predominante.
- ⦿ El conjunto de normas con reglas y principios. La Constitución es un conjunto de normas, que contiene reglas y se incorporan principios, lo que resulta al equivalente a hablar de las disposiciones, las normas explícitas que son los significados de las disposiciones y las normas implícitas inexpresas o normas sin disposición que son el producto ya no de la interpretación, sino de operaciones de integración del Derecho, siendo este último el relativo a los principios los cuales caracterizan a las Constituciones.
- ⦿ La democracia. La Constitución se configura en un límite al poder, pues en su contenido establece los paráme-

tros de control y funciona como un límite frente a la democracia, entendida ésta como regla de la mayoría.

- ⦿ La relación derecho y moral. Las Constituciones al integrar principios constitucionales patentan “principios morales positivizados” y con ello se configura en un puente entre el Derecho y la moral (o la política).
- ⦿ El método. La ponderación es el método que permite aplicar los principios constitucionales, pues la subsumición no es el método apropiado para esta actividad.

Conforme se puntualiza en los caracteres precisados por Comanducci, el modelo axiológico de la Constitución implica una “lectura moral” de la Constitución a partir de las pautas constitucionalizadas de interpretación jurídica que surgen a partir de la identidad axiológica de la misma, la cual estará formada por el conjunto de principios y/o valores de justicia que ella proclama o más precisamente, por sus principios fundamentales, esenciales, constitutivos, caracterizadores y supremos, pues la Constitución no es un mero texto normativo ni un conjunto de disposiciones normativas, sino más bien una cohesionada unidad de principios y valores.

Zagrebelski plantea que los principios constitucionales regulan no ya la conducta, sino las actitudes axiológicas, en este sentido, podría decirse que los principios no son ya normas jurídicas, sino normas morales, dirigidas al “fuero interno”, sin embargo, al atribuir a una norma el carácter de principio, hace que en la práctica esta pueda ser derogable, derrotable, sujeta a ponderación con otros principios que pueden prevalecer dentro de un eventual conflicto, esto le quita o mínimamente le disminuye el carácter intangible de los principios, es por ello que la doctrina neoconstitucionalista se ocupa de asimilar estos elementos de debate para su construcción doctrinaria.

Ahora bien, debe recordarse que el neoconstitucionalismo aparece como una doctrina que plantea una nueva perspectiva iusfilosófica cuya etiqueta emerge en 1998, habiendo transcurrido con ello un proceso de construcción de esta doctrina, encontrándose en el camino las siguientes críticas: primero, se abren las puertas a la discrecionalidad judicial; segundo, la ponderación de principios constitucionales, resultaría una técnica “particularmente peligrosa”, tercero, el no instituir jerarquías explícitas entre los principios constitucionales, implicaría la atribución a los jueces constitucionales de un margen tan amplio de discrecionalidad que los convierte no solo en colegisladores, sino incluso, en algunos casos, en coautores de la misma Constitución; cuarto, la “certeza del Derecho” se ve disminuida, en detrimento de los ciudadanos; quinto, el modelo axiológico de la Constitución como norma, también implica que, en relación con la teoría jurídica, dicho modelo no sirva para describir cómo es el Derecho, sino más bien nos sirve para decirnos cómo debería ser, lo que, en el fondo, también implica una determinada “política jurisprudencial”, o sea, una especie de activismo jurisprudencial y judicial; entre otros.

A partir de estas críticas, es plausible los aportes que surgen desde Latinoamérica, es por ello que en el presente trabajo se hace una diferenciación de “Neoconstitucionalismo” del “Neoconstitucionalismo Latinoamericano”, pues esta doctrina al encontrarse en construcción, en Latinoamérica se viene a gestar una doctrina mejorada en mérito a sus particularidades.

El neoconstitucionalismo latinoamericano, se muestra a través de los procesos constitucionales latinoamericanos cuyo referente analítico y estratégico emergen de las constituciones de Bolivia y Ecuador; estas constituciones han marcado la historia de América Latina por varias razones: a) han posicionado a los “pueblos indígenas” local, regional y transnacionalmente como actores sociales y políticos (Walsh, 2008, 48); b) han invertido la lógica que, desde el “descubrimien-

to” de América convirtió al indígena en “indio” (Yrigoyen, 1999) y en ese sentido, se ha asumido al indígena como sujeto; c) hemos pasado de luchas para conservar el orden a luchas y debates “anticolonialistas”, “antiimperialistas” y “antineoliberales” (Boaventura de Sousa); d) se nos pone ante el rostro el paso de un constitucionalismo de resistencias, anclado en la tradición europea, esto es, [tomarse en serio] la ley fundamental [existente], respetándola plenamente y haciéndola cumplir, esto fija su sentido y límite (Vitale, 2012, 13) a “luchas muy avanzadas” y “ofensivas” (Santos, 2010,55) en las que se han asumido iniciativas que “pasan de la resistencia a la insurgencia, es decir, de la posición defensiva a procesos de carácter ofensiva que pretenden surgir y re-construir (Walsh, 2007, 150) en el que han existido y existen un cuestionamiento de las relaciones de poder/saber/ser.

Así como el neoconstitucionalismo cuenta con sus elementos característicos sobre el cual se centra el nuevo debate jurídico, en Latinoamérica se suscitaron nuevos aportes por su característica plural, pues se plantea el avance de la constitución inclusiva a la interpretación constitucionalmente orientada al pluralismo.

5. El Pluralismo, efecto y causa de la Constitución.

El pluralismo se configura en un instrumento de la convivencia de las diversidades que propugna una ruptura de las fuerzas hegemónicas, pues su misma construcción deviene de los procesos democráticos y dialógicos con una mirada desde el otro integrando los terceros excluidos y reivindicando los saberes ancestrales, esta vocación constitucional excluye las interpretaciones unilaterales, cerradas y totalizantes para dar paso a un nuevo esquema plural.

El neoconstitucionalismo, tal como se caracterizó anteriormente a través de la posición iusfilosófica de relación entre derecho y moral como en el mo-

delo axiológico de la constitución, no encuentra mejor puente de armonía frente a sus críticas sino con el pluralismo, pues a partir de la concepción pluralista de la Constitución impregnamos en el debate una cuestión sustancial, “la sociedad abigarrada en la que nos encontramos”, pues si bien las críticas al neoconstitucionalismo se han centrado la discrecionalidad judicial que emerge de la vigencia de los principios constitucionales por su carácter axiológico, no es menos evidente que en el marco práctico de la realidad las doctrinas contrarias no encuentran forma de dar respuesta a la pluralidad de la sociedad, es por ello que tal como menciona el título del presente trabajo “hay que quitar la venda de los ojos a la diosa Themis”, y sólo a través de ello puede brindarse soluciones con “razonabilidad” atendiendo a cada caso en concreto a partir de las pautas constitucionalizadas de interpretación.

El pluralismo se ha configurado en causa y efecto de la Constitución, tanto por su forma de creación a través de la reivindicación social y el cambio de la matriz de interpretación intercultural de los derechos humanos y fundamentales así como de las garantías constitucionales, con énfasis en los derechos colectivos y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

En Bolivia se ha visto que el reconocimiento y adopción del pluralismo jurídico⁵, hace posible un diálogo intercultural entre derechos, pues ya no existe una sola fuente de Derecho y de los derechos; de donde éstos pueden ser interpretados interculturalmente, lo cual habilita el carácter dúctil y poroso de los derechos, permitiendo un giro en la comprensión de los mismos, generando su transformación para concebirlas como práctica de diálogo entre culturas, entre mundos civilizatorios en búsqueda de resignificar constantemente el contenido de los derechos para cada caso en concreto, aspecto que la doctrina del neoconstitucionalismo en sus caracteres propugna, sin em-

bargo no es sino en Latinoamérica y más específicamente en Bolivia que este elemento brinda nuevas respuestas que ni los mayores críticos del neoconstitucionalismo han podido responder por cuanto dicho aspecto fue históricamente invisibilizado y por ello hoy se afilia al neoconstitucionalismo con una versión denominada Neoconstitucionalismo Latinoamericano.

6. La Argumentación Jurídica Plural

Si bien la teoría estándar de argumentación sentó las bases para ordenar y estructurar decisiones judiciales para que tengan una adecuada justificación interna y externa, no es menos cierto que el modelo constitucional vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia a partir de la Constitución de 2009, que consagra un modelo de Estado estructurado a partir de la vigencia de los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización; pero además, con una incidencia directa del derecho internacional de los derechos humanos, requiere la formulación de una doctrina de argumentación jurídica plural que si bien en el marco de la interculturalidad y complementariedad asumirá elementos de la teoría estándar de argumentación jurídica.

La Argumentación Jurídica Plural significará la aplicación de nuevos métodos del derecho, entre ellos la aplicación directa y preferente de derechos en caso de existir una ambigüedad o contradicción entre una norma interna con un tratado internacional referente a derechos humanos o en relación a un estándar internacional de protección a derechos. Pero, además, la teoría de argumentación jurídica plural implicará en caso de colisión de derechos, la aplicación de la ponderación intercultural, este precisamente es el planteamiento de la descolonización, ya que desde esta visión no existe cultura superior a otra, todas son iguales y se complementan entre ellas a través de mecanismos dialógicos.

5 Sentencia Constitucional Plurinacional N°0790/2012 de 20 de agosto

Como bien puede observarse, esta nueva caracterización de Argumentación Jurídica Plural, implica un nuevo concepto a ser integrado en el Neoconstitucionalismo, pues si bien esta doctrina ha afiliado para sí el método interpretativo de la ponderación, frente al esquema de la Pluralidad y la Descolonización con relación a los preceptos axiológicos como el “suma qamaña” (vivir bien), el “ñandereko” (vida armoniosa), “teko kavi” (vida buena) requiere de una Ponderación Intercultural cuyo método se encuentra en construcción.

7. El Neoconstitucionalismo y la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

Con la reforma constitucional de 2009, Bolivia asume la concepción de la idéntica jerarquía de derechos fundamentales y directa justiciabilidad de los mismos (art. 109.I de Constitución Política del Estado de Bolivia), pero, más allá de ello, merced a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, genera una nueva era del constitucionalismo, cuya construcción teórica estructura sus cimientos en el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, superando de esta forma el concepto liberal del Estado-Nación para su sustitución por el Estado Plurinacional, el cual tiene como fin esencial asegurar el vivir bien, como valor plural supremo que debe irradiar de contenido todos los actos de la vida social⁶.

En este sentido, se ha configurado un tránsito del Estado-Nación al Estado Plurinacional, cuyas luchas político sociales gestan la concepción de la plurinacionalidad basada en el pluralismo político, económico, jurídico y lingüístico de carácter “igualitario”, del cual el Tribunal Constitucional Plurinacional llega a adscribirse

a la doctrina neoconstitucionalista, emitiendo diferentes sentencias que han marcado un hito para la consolidación del neoconstitucionalismo latinoamericano, siendo los principales elementos los siguientes: a) Del proceso de construcción del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador; b) La teoría del derecho en el nuevo constitucionalismo; c) La concepción de los derechos fundamentales en el Estado Plurinacional de Bolivia y su interpretación a la luz de los principios y valores plurales; d) La eficacia horizontal de los derechos fundamentales, reconocido en el nuevo modelo constitucional de derecho plurinacional; e) De la ponderación de los derechos fundamentales.

La labor desarrollada por el Tribunal Constitucional ha sido significativa en los primeros años de vigencia de la Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009, por cuanto ha establecido las líneas doctrinarias por las cuales asume su propia interpretación, siendo un hito histórico la SCP N°1787/2013 de 21 de octubre de 2013, pues se asume a sí mismo como un intérprete a partir del neoconstitucionalismo, precisando con ello los principios que emergen del mismo.

Para comprender los principios emergentes del neoconstitucionalismo, donde se sustituye la metodología de la subsunción por la ponderación, con diferentes matices en su comprensión, invoca a Luis Prieto Sanchís en su obra “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en la cual se explica la diferencia entre la interpretación legal y la constitucional, señalando: “Una de las características del juez ordinario es lo que pudiera llamarse «unidad de solución justa», esto es, la exigencia institucional de que, en presencia de un caso concreto, sólo cabe una interpretación correcta; en cambio, la misión de la justicia constitucional no es la de precisar la «mejor» o la «única» respuesta posible, sino más bien la de indicar qué interpretaciones resultan intolerables. En otras palabras, el intérprete constitucional ha de asumir que se halla en presencia de un sujeto libre, por tanto, que su tarea ha de ser más bien,

6 Sentencia Constitucional Plurinacional N°0778/2014 de 21 de Abril de 2014

delimitar el camino dentro del cual la «interpretación política» resulta admisible y no arbitraria. El intérprete constitucional no busca en realidad una solución al caso, sino la delimitación de un campo de licitud dentro del cual otros operadores jurídicos adoptarán la solución con arreglo a criterios políticos (legislador) o jurídicos (juez); por eso, su modo de argumentar no puede ajustarse a los cánones de la subsunción, sino a los de la razonabilidad, que implican necesariamente un juicio valorativo y prudencial del que sólo puede ser responsable el propio intérprete. Dicho de otro modo, el tipo de razonamiento de un juez ordinario supone concebir la decisión «como si» derivase del legislador; mientras que, en el modelo de razonamiento del juez constitucional, al tener que definir el ámbito más o menos extenso de la licitud, reclama del intérprete, la asunción de una mayor responsabilidad en la decisión. En este marco se puede comprender que la interpretación constitucional se sitúa a medio camino entre la deducción estricta propia de la justicia ordinaria y el juicio de optimización política; de un lado, y por la misma naturaleza de su actuación, el Tribunal Constitucional no está en condiciones de verificar una mera labor de subsunción”. En el mismo razonamiento, la SCP 2180/2012 de 8 de noviembre, señaló: “...Tribunal se encuentra en la corriente conocida como neo-constitucionalismo, esto a partir de la promulgación de la Constitución Política del Estado; bajo este razonamiento, se enmarca en la filosofía de la justicia emanada de la jurisdicción constitucional, donde se respetan los derechos nominados textualmente en la Ley Fundamental, aquellos establecidos en el bloque de constitucionalidad y los derechos humanos más favorables; consecuentemente, todos los derechos de la Norma Constitucional son protegidos en base al principio de jerarquía constitucional; es decir, la Norma Suprema es de aplicación preferente a una ley que está por debajo de la Constitución; consiguientemente, este Tribunal está en la obligación de proteger todos los derechos, prescindiendo incluso del odioso for-

malismo”

La SCP N° 0041/2013- L, establece que uno de los principios básicos del neoconstitucionalismo, sobre los cuales halla sustento la Constitución Política del Estado de Bolivia del 2009, consiste en asegurar la eficacia máxima de los derechos fundamentales. Dentro de esa visión al haber operado un cambio del modelo de Estado habiéndose revalorizado la labor del Juez que administra justicia constitucional, quien tiene la obligación de aplicar en todos los casos puestos a su conocimiento, criterios objetivos que tiendan a asegurar una tutela judicial efectiva.

Ahora bien, remontándonos al Preámbulo de la Constitución Política del Estado, con relación al art. 8.I, advertiremos que parte de la ingeniería de la refundación del nuevo modelo de Estado, se ha basado en el respeto y la igualdad entre todos, así como en la aplicación de principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad, en pro del empoderamiento de valores constitucionales, estos principios ético morales, deben estar reflejados precisamente en la labor que desempeña el Juez constitucional.

Por todo lo afirmado, resulta de relevancia constitucional referirnos a la vigencia del principio y valor ético moral, “del vivir bien-suma qamaña”, que se constituye de manera general en el fin primordial del Estado Plurinacional, respecto de todos sus habitantes, al extremo de ser eje del Nuevo Modelo Económico, Social, Comunitario y Productivo precisamente para “VIVIR BIEN”, en cuyo cumplimiento se vienen implementando políticas sociales, económicas, jurídicas, productivas, etc. En consecuencia, el paradigma del “vivir bien”, representa un imperativo para todo servidor público y en el caso del Tribunal Constitucional Plurinacional para sus magistradas y magistrados elegidos por voto popular, quienes a momento de conocer en revisión las acciones tutelares, deben plasmar este principio/valor, en directa armonía con los valores “justicia y equidad”, consolidando así un nuevo sistema jurídi-

co basado en la metodológica de la ponderación axiomático-principista, superando el método tradicional de la subsunción.

Al respecto, la SC 1474/2011-R de 10 de octubre 2011, en su parte relevante, refiere: “En efecto, las directrices axiológicas y principistas que sustentan la refundación del Estado, se encuentran plasmadas en todo el desarrollo de la parte dogmática de la Constitución, así, los valores tanto ético-morales como los preceptos axiológicos plasmados en los dos párrafos del art. 8 de la Constitución, consolidan esa ‘construcción colectiva del Estado’, de hecho, el ‘suma qamaña’ (vivir bien), el ‘ñandereko’ (vida armoniosa), ‘teko kavi’ (vida buena), son axiomas, que más allá de su trascendencia ético-moral, plasman una visión cuyos horizontes no se reducen a una concepción individualista aislada de una ‘construcción colectiva de Estado’. Asimismo, en este marco de ideas, los valores de igualdad, inclusión, dignidad, solidaridad, armonía, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidades sociales y justicia social, destinados todos ellos a ‘vivir bien’, plasman también una visión encausada a esa tan mentada ‘construcción colectiva del Estado’, aspectos que además consolidan la vigencia de tres fines plasmados en los párrafos primero y segundo del art. 9 de la Constitución: la construcción de una sociedad justa, armoniosa, sin discriminación; así como el bienestar, protección e igual dignidad de las personas”.

El Neoconstitucionalismo planteado por Susanna Pozzolo ha seguido su cauce constituyéndose en un tema referencial de las discusiones iusfilosóficas del mundo de habla hispana, cuyo crecimiento ha cobrado nuevos adeptos que implementan caracteres sui generis que han merecido el apellido de dicha etiqueta, es decir, ya no se trata sólo del Neoconstitucionalismo sino del Neoconstitucionalismo Latinoamericano, doctrina de la cual la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia arroja nuevos componentes para su construcción conforme la línea jurisprudencial trazada por el Tribunal Constitucional de Bolivia.

8. Conclusiones

A la fecha han transcurrido más de veinte años desde que el término “neoconstitucionalismo” apareciera en el léxico jurídico, y sobre esta expresión se han discutido numerosas cuestiones, sin embargo en el presente trabajo sólo se abordaron dos caracteres significativos que abren un abanico de posibilidades del debate, pues tanto la posición iusfilosófica de la conexión necesaria del derecho y moral como el modelo axiológico de la constitución plantean una serie de elementos intrínsecos a los mismos, siendo en su esencia, estos elementos significan una ruptura en el esquema tradicional y por ello la exclamación que titula el presente trabajo “¡Quitemos la venda de los ojos a la Diosa Themis!”, exclamación que es entendida no sólo desde el Neoconstitucionalismo, sino que cobra fuerza desde el Neoconstitucionalismo Latinoamericano por su característica pluralista y de argumentación jurídica plural.

Ha resultado sumamente complejo encontrar una definición uniforme de neoconstitucionalismo, habiendo sido desarrolladas toda una serie de teorizaciones respecto a la relación entre neoconstitucionalismo y las prácticas jurisprudenciales, es por ello que se convierte en una misión harto difícil el poder sistematizar todos los componentes que hacen el neoconstitucionalismo, sin embargo, en este proceso de construcción, los aportes que se desarrollan en los diferentes contextos deben ser sistematizados para consolidar el nuevo sistema jurídico que se encuentra en construcción.

Con relación a la etiqueta de “neoconstitucionalismo”, ha existido muchas críticas incluyendo a quienes con sus trabajos han dado cuerpo a dicha etiqueta, tal es el caso de Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza quienes se oponen a la etiqueta, pero su desarrollo teórico es el que hace necesaria la existencia de dicha etiqueta por cuanto esta integra una nueva perspectiva iusfilosófica llegándose a configurar en una nueva doctrina jurídica, más aún cuando hablamos del neoconstitucionalismo latinoamericano.

En Latinoamérica, los procesos constitucionales de Bolivia y Ecuador se configuraron en referente analítico y estratégico; estas constituciones han marcado la historia de América Latina, marcando el inicio de lo que algunos autores denominan como el “nuevo constitucionalismo latinoamericano” que “asume las posiciones sobre la necesaria impregnación del ordenamiento jurídico” y sería una continuación del neoconstitucionalismo (Walsh, 2008, 134); (Viciano y Martínez, 2010, 18) más no una ruptura, por lo que es ponderable la articulación de estos nuevos procesos constitucionales y principios que en ella se encuentra impregnada, lo que provoca una imperiosa necesidad de sistematizar todos los esfuerzos integradores de este nuevo paradigma y por ello el presente trabajo ha pretendido identificar los aportes de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia a la construcción del Neoconstitucionalismo Latinoamericano.

Las normas constitucionales- principios consignados en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, como la pluralidad de valores, principios, derechos fundamentales plurales y colectivos, representan un pacto de postulados distintos que deben coexistir, siendo que el Tribunal Constitucional en su labor interpretativa de la Constitución, se ha adscrito a la doctrina neoconstitucionalista como una respuesta a esta construcción constitucional y ésta a su vez ha potenciado esta doctrina dándole el apellido, sea este entendido como “Neoconstitucionalismo Latinoamericano”, cuya particularidad emerge del pluralismo y la argumentación jurídica plural siendo que su método de interpretación jurídica demanda que se perciba la realidad abigarrada y sobre ella sea atendido el caso concreto, lo que implica el cambio de la iconografía tradicional de la justicia con ojos vendados, para transformarse en una justicia que vea las desigualdades exclamándose con ello: “¡quitemos la venda de los ojos a la Diosa Themis!”

9. Bibliografía

- ❑ ALDUNATE LIZANA, Eduardo: “Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo”. Revista de Derecho. Vol. XXIII- N°1- Julio 2010. Pp. 79-102
- ❑ ALEXY, Robert: “Argumentación, Derechos Humanos y Justicia”. Buenos Aires- Argentina. Primera reimpresión 2019. Editorial ASTREA SRL.
- ❑ ATIENZA, Manuel: “Técnicas de Argumentación Jurídica”. Madrid- España 2017. EDITORIAL TROTTA S.A.
- ❑ CASSAGNE, Juan Carlos: “El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico”. Revista de Investigaciones Constitucionales. Vol 2. Janeiro- Abril 2015
- ❑ CATEDRA DE DERECHOS HUMANOS: “Concepciones diversas sobre los derechos humanos: Garantismo vs. Deliberativismo”. Primera edición, agosto de 2021. Corte Suprema de la Nación- México.
- ❑ COUNO, Massimo: “Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica del neoconstitucionalismo”. Revista en Cultura de la Legalidad N°3, Septiembre 2012- febrero 2013, pp. 44-60
- ❑ FERRAJOLI, Luigi: “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. Madrid 2012. MARCIAL PONS
- ❑ GARCÍA AMADO, Juan Antonio: “Ponderación Judicial. Estudios Críticos”. Puno- Perú 2019. ZELA GRUPO EDITORIAL E.I.R.L.
- ❑ GUASTINI, Riccardo: “Teoría Analítica del Derecho”. Puno- Perú 2017. ZELA GRUPO EDITORIAL E.I.R.L.

- GUASTINI, Riccardo: “Interpretar y Argumentar”. Lima- Perú 2018. EDITORA Y DISTRIBUIDORA EDICIONES LEGALES E.I.R.L.
- GUASTINI, Riccardo: “Discutiendo. Nuevos estudios de teoría y metateoría del derecho”. Puno- Perú 2019. ZELA GRUPO EDITORIAL E.I.R.L.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; CASTRO, Pedro; BURGOS, Betzabé; POZZOLO, Susana: “El compromiso constitucional del iusfilosofo” Homenaje a Luís Prieto Sanchís. Lima- Perú 2020. PALESTRA.
- LASCARRO- CASTELLAR, Diemer; MEJÍA TURIZO, Jorge: “Nuevo constitucionalismo en Latinoamérica: Perspectivas epistemológicas”. Revista de la Facultad de Derecho, (46), ene- jun, 2019
- LEONEL JÚNIOR, Gladstone: “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Un estudio sobre Bolivia”. La Paz- Bolivia 2017. Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia.
- NUÑEZ LEIVA, J. Ignacio: “¿Neo?-Constitucionalismo”. Revista Boliviana de Derecho N°19, enero 2015. Pp. 508-519
- NUÑEZ LEIVA, J. Ignacio: “Sobre los neoconstitucionalismos. Una síntesis para constitucionalistas con alma de teóricos del derecho”. Revista de Opinión Jurídica Universidad de Medellín. Vol. 15, N°29, pp. 187- 202
- PIETRO, Sanchís: “Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid 2003. TROTTA.
- PIETRO, Sanchís: “Neoconstitucionalismo y Ponderación judicial”. En M. Carbonell (ed.), “Neoconstitucionalismo (s). Madrid 2003. TROTTA
- POZZOLO, Susanna: “Apuntes sobre Neoconstitucionalismo”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (p. 363- 405)
- RODAS GARCÉS, Xavier: “Fundamentos para una estrategia metodológica de aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial de Ecuador”. Revista de Derecho y Economía N°51. Enero- junio 2019. Pp. 67-113
- SANTIAGO, Alfonso: “Neoconstitucionalismo”. Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Institutos 2008
- TARUFFO, Michele: “Hacia la Decisión Justa”. Puno- Perú 2020. ZELA GRUPO EDITORIAL E.I.R.L.
- TARUFFO, Michele: “Verdad, justicia y derecho”. Buenos Aires- Argentina 2020. Editorial ASTREA SRL.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA, Sentencia Constitucional Plurinacional N°1787/2013 de 21 de Octubre de 2013
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA, Sentencia Constitucional Plurinacional N°0778/2014 de 21 de Abril de 2014
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA, Sentencia Constitucional Plurinacional N°0041/2013- L de 6 de marzo de 2013
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA, Sentencia Constitucional Plurinacional N°1096/2014 de 10 de Julio de 2014
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA, Sentencia Constitucional Plurinacional N°0112/2012 de 27 de abril de 2012

- ❑ VÁSQUEZ SÁNCHEZ, Omar: “Teorías neoconstitucionalistas: Un análisis de los constitucionalismos garantista, principialista e incorporacionista desde la cultura constitucional mexicana”. Lima-Perú 2020. PALESTRA EDITORES S.A.C.
- ❑ VIGO, Rodolfo L.: “El neoconstitucionalismo iuspositivista- crítico de Luigi Ferrajoli”. Buenos Aires- Argentina 2019. MARCIAL PONS ARGENTINA, S.A.
- ❑ ZAGREBELSKY, Gustavo y MARCEÑO, Valeria: “Justicia Constitucional. Vol. 1. Historia, principios e interpretaciones”. Puno- Perú 2019. ZELA GRUPO EDITORIAL E.I.R.L.
- ❑ ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCEÑO, Valeria; PALLANTE, Francesco, Pallante: “Manual de Derecho Constitucional”. Puno- Perú 2020. ZELA GRUPO EDITORIAL E.I.R.L.

Artículo Recibido:17/12/2021

Artículo Aceptado: 27/01/2022

ARTÍCULO 7

Contradicciones del Tribunal Constitucional Plurinacional generan inseguridad jurídica

Contradictions of the Plurinational Constitutional Court generate legal uncertainty

Magda Lidia Calvimontes Calvimontes^{1*}

¹ Magister en Derechos de la Infancia y Adolescencia. Ex Asambleísta Constituyente

* **Correspondencia del autor(es):** magda.calvimontes@uajms.edu.bo, dirección.

Resumen:

En este artículo se reflexiona sobre el control de convencionalidad y las contradicciones del Tribunal Constitucional Plurinacional que vulnera el Estado Constitucional de Derecho como modelo de Estado y por ende genera inseguridad jurídica a las bolivianas y los bolivianos, porque incumple su función de velar por la supremacía de la Constitución y ejercer el control constitucional

Para este artículo se empleó el método de sistematización que permitió integrar, entrelazar varios elementos: se realizó una reflexión sobre lo que es estado de derecho, el Tribunal Constitucional Plurinacional y su mandato de velar por la supremacía de la Constitución, modulación y reforma constitucional, control de convencionalidad, el control de convencionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la interpretación “desde y conforme al bloque de constitucionalidad” y las pautas a ser utilizadas para el resguardo del Estado Constitucional de Derecho, criterio de interpretación de la constitución: la voluntad del constituyente, análisis de sentencias constitucionales que hacen caso omiso al control de constitucionalidad y al control convencionalidad, el control de convencionalidad utilizada para fines políticos partidarios, las contradicciones de las sentencias constitucionales.

Palabras clave: Estado de derecho, supremacía de la Constitución, control de convencionalidad, interpretación, contradicción

Abstract:

This article reflects on the constitutional normative framework of conventionality control and the contradictions of the Plurinational Constitutional Court that violates the Constitutional State of Law as a model of State and therefore generates legal insecurity for Bolivian women and men, because it fails to fulfill its function of ensuring for the supremacy of the Constitution and exercise constitutional control

For this article, the systematization method was used that allowed the integration and interweaving of several elements: a reflection was made on what is the rule of law, the Plurinational Constitutional Court and its mandate to ensure the supremacy of the Constitution, modulation and constitutional reform, control of conventionality, control of conventionality in the inter-American court of human rights, the interpretation “from and in accordance with the constitutionality block” and the guidelines to be used for the safeguarding of the Constitutional Rule of Law, criterion of interpretation of the constitution: the will of the constituent, analysis of constitutional judgments that ignore the control of constitutionality and conventionality control, the control of conventionality used for partisan political purposes, the contradictions of the constitutional judgments.

Key words: Estado de derecho, supremacía de la Constitución, control de convencionalidad, interpretación, contradicción

1. Introducción

En el presente artículo se analiza cómo el Tribunal Constitucional Plurinacional utiliza según su conveniencia el control de convencionalidad para ampliar derechos inexistentes como el de la “re-elección indefinida”, ampliando el alcance de la no renuncia de autoridades electas con 90 días de anticipación reformando la Constitución Política del Estado al gusto de los gobernantes de turno, amparándose en tratados internacionales de dizque “mejor derecho” o cómo interpreta de manera literal artículos de la Constitución como el caso del matrimonio entre iguales olvidándose de principios, valores, el espíritu Constituyente y lo establecido por los organismos internacionales, o cómo tiene sentencias constitucionales que son retrocesos en la jurisprudencia, donde se tiene el estándar más alto jurisprudencial y al poco tiempo, modula cayendo al estándar más bajo jurisprudencial, aparte de las autorrestricciones que dispuso para denegar las tutelas, aspectos que se verán en el presente artículo.

Para ello, previamente se hace un análisis del Tribunal Constitucional Plurinacional y su mandato, qué entenderemos por modulación y reforma constitucional, que implica el control de constitucionalidad y convencionalidad, para que en forma posterior se hagan análisis de algunas sentencias constitucionales que demuestran algunas aberraciones del Tribunal Constitucional Plurinacional que vulnera el Estado de Derecho y genera por lo tanto absoluta inseguridad jurídica a las bolivianas y bolivianos.

2. Estado de derecho

El modelo de Estado asumido en Bolivia, se constituye en un Estado constitucional de Derecho así lo establece el artículo 1 de la CPE: 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.

El Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0003/2013 de 3 de enero, señaló que:

“en un análisis diacrónico de modelos de Estado en el ámbito interno, es imperante señalar que la reforma constitucional de 1994 y la parcial de 2004, consagraron la vigencia de un Estado Social y Democrático de Derecho; posteriormente y como influjo de una nueva concepción del constitucionalismo, la Constitución Política del Estado, aprobada mediante Referendo Constitucional de 2009, consagra la vigencia del Estado Constitucional de Derecho, que caracteriza un nuevo modelo de Estado corolario de una superación en todas sus facetas del Estado Liberal de Derecho”.

Porque la Constitución boliviana tiene un amplio programa normativo, con principios, valores, nutridos catálogos de derechos y garantías, que vinculan a todos los órganos de poder que son parte del poder público y en general, a toda la sociedad y, en ese sentido, contienen diferentes mecanismos jurisdiccionales y un órgano especializado para velar por el cumplimiento de sus normas, frente a la lesión o incumplimiento, dando vigencia al principio de supremacía constitucional. Entendimiento jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional expresado en la SCP SC 0258/2011-R de 16 de marzo.

De ahí que, siguiendo el entendimiento de la mencionada sentencia, el modelo de Estado asumido en Bolivia, se constituye en un verdadero Estado constitucional de Derecho:

“ sobre valores universales y el principio fundamental de legalidad, sin desechar los principios generales de soberanía popular en el ejercicio del poder público y reforzando el principio de respeto y vigencia de los Derechos Humanos; pues se establece un amplio catálogo de derechos fundamentales, garantías constitucionales, principios y valores; además, se señalan como fines y funciones del Estado, entre otras, el garantizar el cumpli-

miento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución (art. 9.4 de la CPE), se señalan como deberes de los bolivianos y bolivianas el conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, conocer, respetar y promover los derechos reconocidos en la Constitución, y la práctica de los valores y principios que proclama la Constitución (art. 108 numerales 1, 2 y 3), así como también consagra de manera expresa el principio de legalidad y supremacía constitucional en el art. 410.I de la CPE, señalando que: Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución, añadiendo el segundo párrafo que: La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa”.

Por ello, en un Estado Constitucional de Derecho, todos los bolivianos y las bolivianas tienen el deber jurídico de encaminar su vida de actuación y de relación en sociedad, dentro del marco establecido por la Constitución y demás normas jurídicas ajustadas a ella; de manera tal que cualquier emprendimiento que no guarde legitimidad y legalidad en el derecho se constituye en un acto ilegal originado en acciones de hecho que no pueden producir derechos susceptibles de ser consolidados, menos de ser protegidos”, por lo tanto “el Estado de derecho que subyace en el orden constitucional boliviano, impone a todos el deber jurídico de encaminar su vida de actuación y de relación a la Constitución. Entendimiento desarrollado por el Tribunal Constitucional en la SC 0217/2002-R de 5 de marzo.

3. El Estado constitucional plurinacional y su mandato de velar por la supremacía de la Constitución

La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa por ello la institución para velar por la supremacía de la Constitución y ejercer el control constitucional es el Tribunal Constitucional Plurinacional de todas las leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales, por lo que se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado en todos sus niveles, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su inconstitucionalidad.¹

¿Pero qué comprende la supremacía constitucional? la observancia o sometimiento de toda persona natural o colectiva e incluso de los órganos del Estado a los preceptos o normas contenidas en la Constitución Política del Estado implica, además la subordinación de las leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales.

Y a efectos de garantizarla, se estableció que: “Toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la Acción de Inconstitucionalidad...”,² sin diferenciar en abstracta ni concreta, aunque este artículo sufrió reforma legal, no constitucional sino por decisión del MAS y los demás en la Asamblea Legislativa Plurinacional, limitando la posibilidad para plantear la

1 BOLIVIA. Constitución Política del Estado. Artículo 410

2 BOLIVIA. Constitución Política del Estado. Artículo 132

acción a las ciudadanas o ciudadanos bolivianos, permitiendo que sólo la Presidenta o Presidente del Estado Plurinacional, cualquier miembro de la Asamblea Legislativa Plurinacional o de los Órganos Legislativos de las Entidades Territoriales Autónomas, las máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas, así como la Defensora o el Defensor del Pueblo, sean los únicos con legitimación activa para presentar una acción de inconstitucionalidad abstracta, por ello ya no pueden las personas individuales ni los colectivos plantear las acciones de inconstitucionalidad abstracta, estos últimos días, el papel de Tribunal Constitucional lo está ejerciendo el pueblo en las calles, que con movilizaciones está mandando a abrogar leyes, se haya realizado o no un control de constitucionalidad, porque parece que después del trauma que dejó en cada uno de los bolivianos y bolivianas el Tribunal Constitucional Plurinacional cuando desconoció su voto el 21 F de NO a la reelección indefinida, al dictar una Sentencia contraria a su voluntad.

4. Criterio de interpretación, modulación y reforma constitucional: la voluntad del constituyente y la voluntad del pueblo soberano

Al respecto de la interpretación constitucional en el escenario del Estado Constitucional de Derecho, interpretar puede entenderse como explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto, de ahí que es uno de los aspectos más importantes de la vida del Derecho, pues las normas jurídicas tienen la limitación natural e intrínseca de nunca ser suficientes, para plasmar la realidad social tal como los seres humanos la perciben, por esa razón es uno de los temas centrales de la historia, filosofía y teoría del Derecho³.

Pero dicha interpretación no puede implicar la reforma de la Constitución, y para evitar que el Tribunal Constitucional Plurinacional asuma el rol de reformador de la Constitución Política del Estado vulnerando el trabajo de la Asamblea Constituyente-2007, se estableció como garantía el mandato siguiente:

Artículo 197 I. El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales. 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 texto⁴.

Como se indicó en la introducción del presente ensayo, las y los Constituyentes, en previsión al manoseo político a la Constitución, se aprobó en Oruro 2007, que el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, ahora establecido en el art. 196 de la CPE-2009.

De ahí que antes que realizar el test de convencionalidad, de control de constitucionalidad, es necesario que los intérpretes de la misma, es decir el Tribunal Constitucional Plurinacional busquen en primera instancia qué decía el texto literal aprobado en Oruro 2007, no en el texto literal aprobado en el Congreso, dado que dicho artículo fue escrito por la Asamblea Constituyente, que jamás pensó que fuera modificada por el rodillo parlamentario del MAS-IPSP con la oposición, habiéndose cambiado sólo la numeración.

Es evidente que existen artículos aprobados en la Constitución por la Asamblea Constituyente que no nacen de las propuestas del pacto de unidad, ni de las propuestas de la sociedad civil, sino nacen

3 BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SCP 0850/2013 de 17 de junio

4 BOLIVIA, Asamblea Constituyente. Oruro 2007 <https://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/>

de imposiciones de grupos, o que en Oruro presionaron para que se modifiquen constituyentes evangelistas, claro ejemplo es la modificación del art. 63 de la CPE que se realizó en Oruro, donde se aumentan las palabras hombre y mujer, encabezados por la Presidenta Silvia Lazarte, quienes incluso amenazaron con retirarse de la Asamblea, pero que si se revisa las propuestas, las actas, no fue el espíritu Constituyente, quedando así, lo subrayado es lo que exigieron se coloque:

“El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquéllas”.

De manera que el Tribunal Constitucional Plurinacional, para poder llegar a la voluntad constituyente, debe interpretar el texto del artículo de la propia Constitución en consonancia con los fines, principios y valores que se encuentran en el bloque de constitucionalidad, y ver que textos como el art. 63 de la CPE no estén vulnerando alguno de estos principios, fines o valores. O tratar de escudriñar por qué se estableció en la sección sobre derechos de las familias, que ésta (en plural) son el núcleo fundamental de la sociedad, y es porque no se está visibilizando la unión de “una familia compuesta sólo por hombre y mujer”, lo que demuestra que la incorporación del texto subrayado “entre una mujer y un hombre” fue producto de una presión interna en la Asamblea Constituyente que amenazaron no continuar con la aprobación del texto constitucional artículo por artículo. De manera que para su interpretación se debe analizar todo el texto constitucional aprobado en Oruro, vuelvo a insistir, no en el Congreso, pues los parlamentarios no fueron

electos por mandato del pueblo para reformar la Constitución realizada por la Asamblea Constitucional, que sí tuvo mandato expreso del Pueblo Constituyente.

Por lo que, el Tribunal Constitucional Plurinacional, debe en primera instancia en su función interpretativa: aplicar 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” y en esencia para poder llegar a la verdadera finalidad de la interpretación, se debe transversalizar en la misma, los fines, principios y valores que se encuentran en el bloque de constitucionalidad (art. 410.II de la CPE).

Así lo establece el propio Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0850/2013 de 17 de junio: “... contiene un mandato expreso no excluyente para que el Tribunal Constitucional Plurinacional apele a la voluntad constituyente, al texto literal y posteriormente a otros métodos interpretativos, puesto que, si bien el Constituyente ha establecido dos métodos expresos de interpretación en dicha norma constitucional, no ha determinado prohibición alguna a la utilización de otros métodos. Así, el Constituyente en el mencionado artículo, determinó que el intérprete constitucional busque en primera instancia ‘...la voluntad del constituyente...’ afirmación que en inicio parece concluir que el constituyente busca la interpretación originalista pero a la vez también es verdad que esa voluntad debe enmarcarse en una valoración finalista de la propia Constitución, no otra consecuencia puede tener la inclusión en el texto constitucional de normas específicas que proclaman los fines, principios y valores (arts. 8 y ss).

Si bien se estableció en la Constitución que las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe

recurso ordinario ulterior alguno⁵, jamás se quiso dar un arma al Tribunal Constitucional Plurinacional para que “inaplique artículos cuyo texto es claro y no genera dudas en su interpretación” utilizando la modulación o la interpretación mutativa, dado que en otras palabras estaríamos ante una “reforma parcial de la Constitución” como sucedió con la SCP 84/2017, que utilizando el control de convencionalidad inaplicó el art. 168 de la CPE sobre la prohibición de que el Presidente y Vicepresidente sean relectos de manera indefinida, al igual que la SCP 32/2019, que bajo la línea jurisprudencial de la SCP 84/2017, inaplicaron parcialmente la Constitución a favor de las autoridades electas, más no de todos los otros servidores públicos, generando incluso una desigualdad en el acceso a la función pública, sin analizar cuál fue el espíritu constituyente para haber constitucionalizado la obligatoriedad de renuncia. Aplicando en ambas sentencias el nefasto control de convencionalidad para fines políticos, utilizando el Pacto de San José de Costa Rica.

De manera que la interpretación utilizando el bloque de constitucionalidad es para interpretar las normas infra-constitucionales, no para interpretar mutando la Constitución, porque el único que puede reformar total o parcial la misma es el pueblo soberano mediante referendo aprobatorio constitucional y planteada las reformas conforme el art. 411 de la CPE porque el Tribunal Constitucional Plurinacional no es Asamblea Constituyente, no tiene mandato para reformar la Constitución, y no es el Pueblo soberano, quien es el único que puede reformar la Constitución a través del referendo aprobatorio el proyecto de reforma ya sea la reforma parcial o total. Siendo la última necesaria una Asamblea Constituyente, que el pueblo ejerciendo la democracia representativa delegue su mandato para que elabore un proyecto de Constitución para que finalmente

5 BOLIVIA, Constitución Política del Estado. Artículo 203°. - Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno.

éste, el pueblo, ejerciendo la democracia directa la apruebe,⁶ darle el poder al Tribunal Constitucional Plurinacional, es generar el caos en nuestro país, como lo que ocasionaron las sentencias constitucionales; que rompieron la esencia del espíritu constituyente.

La reforma constitucional implica modificación de la Constitución adelantada por el órgano autorizado para reformarla y con apego al procedimiento previsto para el efecto, siendo la reforma parcial que le compete al Congreso sancionar las leyes para que el soberano en referendo diga si se modifica o no un artículo de la Constitución y cuando se trate de una reforma total, previo el procedimiento establecido, sancionar una Constitución pero que debe ser refrendada por el pueblo, que sustituya el modelo constitucional actualmente en vigor.

De ahí que la «interpretación que realiza el Tribunal Constitucional Plurinacional como ente encargado de interpretar con autoridad la Constitución, sólo debe realizar la interpretación mutativa que no implique reforma parcial de la Constitución con “inaplicaciones” de textos constitucionales, porque si debe realizar la actualización constante de los textos fundamentales, porque ello implica que estos se adapten a las nuevas

6 BOLIVIA. Constitución Política del Estado, Artículo 411.I. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio. II. La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio.

circunstancias o como se entiende la interpretación evolutiva del texto constitucional, cuidando eso sí, que la interpretación mutativa no implique reforma parcial de la Constitución al margen del procedimiento de reforma previsto en el art. 411 de la CPE; primero porque la razón de la existencia del Tribunal Constitucional en Bolivia, está en garantizar la supremacía constitucional y bajo el principio de constitucionalidad (art. 410 de la CPE), como el de convencionalidad (arts. 13.IV y 256 de la CPE); las autoridades deben interpretar las normas desde y conforme a la Constitución Política del Estado y a las normas del bloque de constitucionalidad, precautelando el respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales, las cuales, conforme se ha visto, tienen una posición privilegiada en nuestro sistema constitucional.⁷

Para concluir, como bien se ha dicho en frase autorizada y respetada, “la Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribir, sin límites, su supremo intérprete. La realidad social puede conducir a que se vuelvan obsoletas algunas previsiones constitucionales, o a que se manifieste la necesidad de cambio de las mismas, pero para ello está prevista la reforma constitucional. La Constitución, pues, impone límites al legislador (si no, no sería Constitución), pero también impone límites al Tribunal Constitucional, que ha de respetar la rigidez de las normas constitucionales por la sencilla razón de que el Tribunal no puede ser nunca una especie de poder constituyente permanente. Si lo fuera, sencillamente, se quebrantaría el concepto mismo de Constitución.”⁸

⁷ BOLIVIA, Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP 0487/2014 de 25 de Febrero

⁸ Magistrado don Andrés Ollero Tassara respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 6 de noviembre de 2012 dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005 http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/23106#-complete_resolucion&votos

5. Control de convencionalidad en la Constitución Política del Estado

En Bolivia, el artículo 256 de la CPE, cede su jerarquía normativa en favor de los derechos humanos contenidos en Tratados y Convenios Internacionales, indicando que dichos Tratados y Convenios Internacionales en materia de derechos humanos, se aplicarán de manera preferente sobre ésta siempre y cuando sean más favorables, no que se apliquen sí o sí sobre la normativa constitucional interna (SCP 0084/2017).

Así lo estableció el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0032/2019: “(...), el control de convencionalidad tiene como premisa que las autoridades precautelen -de la manera más favorable- la vigencia de los derechos fundamentales de todas las personas, no solo generando satisfacción y credibilidad en el actuar del Estado y la comunidad internacional; sino además, formulando, esclareciendo y difundiendo ideas y conductas que son de utilidad para la tutela de tales prerrogativas, más allá del ámbito meramente jurisdiccional”.

Si bien algunos estudiosos señalan que la sentencia constitucional fundadora del control de convencionalidad es la SCP 110/2010, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la que más bien desarrolla ampliamente el control de convencionalidad es la SCP 0084/2017 de 28 de noviembre, que es denominada en la jurisprudencia constitucional como sentencia confirmadora y a su vez la SCP 0032/2019 que confirma a la SCP 0084/2017.

El control de convencionalidad difuso como un elemento indispensable para el respeto y garantía de los derechos ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0032/2019 de 9 de julio, señalando que la CIDH vio la necesidad de “modular el control difuso de convencionalidad como un instrumento de aplicación obligatoria para los Estados parte de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos; mediante el cual, se busca la efectividad material de los derechos humanos al momento de impartirse justicia local, debiendo las autoridades interpretar el ordenamiento jurídico interno de acuerdo al “corpus iuris” de derechos humanos o, en su caso, inaplicar las disposiciones jurídicas contrarias”.

El control de convencionalidad difuso implica:

- ⊙ La labor de verificación de la compatibilidad o incompatibilidad respecto de la mismísima Constitución Política del Estado, así como de las leyes, decretos, reglamentos y demás resoluciones, con relación a los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, ha sido desarrollado por el TCP en la SCP 0084/2017.
- ⊙ Inaplicación de la normativa interna (incluso la Constitución Política del Estado) contraria a la convención y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido desarrollada por el TCP en la SCP 0084/2017.
- ⊙ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la intérprete última y suprema de los derechos en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, debiendo los tribunales nacionales seguir dicha jurisprudencia, así señala el TCP en la SCP 0084/2017.
- ⊙ Las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del prin-

cipio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, así lo estableció el TCP SCP 0110/2010-R de 10 de mayo.

6. El control de convencionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Constitución ha establecido que los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta y que los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables⁹; de ahí que Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, aprobada y ratificada el 11 de febrero de 1993 mediante Ley 1430. La Convención en sus arts. art. 45 y 61 reconoce la competencia y jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y justamente es su jurisprudencia que establece que las autoridades jurisdiccionales están obligadas a ejercer de oficio el control de convencionalidad:

- ⊙ Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26 de septiembre de 2006: Las autoridades jurisdiccionales están obligadas a ejercer una especie de «control de convencionalidad” -entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la convención americana sobre derechos humanos.
- ⊙ Caso “Trabajadores Cesados del Con-

9 BOLIVIA, Constitución Política del Estado, Art. 256

greso vs. Perú de 24 de noviembre de 2006: Los órganos judiciales deben ejercer de oficio el “control de convencionalidad”. Los órganos del poder judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también -de convencionalidad- ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

- ⊙ Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México de 26 de noviembre de 2010: Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Cualquier autoridad pública debe ejercer el control de convencionalidad. Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio-un control de convencionalidad-entre las normas internas y la convención americana.
- ⊙ Corte IDH, caso Gelman c Uruguay, sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011 serie C N 221 pág. 239. La protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir a la esfera de lo susceptible de ser decidido por las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control

de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del poder judicial

7. Análisis de sentencias constitucionales que hacen caso omiso al control de constitucionalidad y al control de convencionalidad

7.1. Sobre el matrimonio o unión conyugal libre entre iguales

Muy amplias y fundamentadas las SCP 00110/2010, SCP 0084/2017 y SCP 0032/2019, pese a que las dos últimas usaron la interpretación del control de convencionalidad para fines de interés político del partido gobernante, cuando decidieron permitir que el ex presidente y vicepresidente tengan el “derecho humano” de ser reelectos indefinidos, y que sólo las autoridades electas tenga derecho a mantenerse en su cargo cuando decidieran ser candidatos, ambos vulneraron el espíritu del Constituyente, no revisaron el texto aprobado en Oruro, (en la SCP 84/2017 sólo un acta firmada por tres constituyentes) decisión asumida de inaplicar el art. 168 de la CPE y el art. 238.3 de la CPE (en parte), son las que dan línea jurisprudencial al control de convencionalidad; y la muestra que se aplica dicha línea de acuerdo al gusto del cliente es que, ante la presión de gente homofóbica, definen apartarse del control de convencionalidad que tanto pregonan, cuando, sin realizar la interpretación literal del texto declaran la inconstitucionalidad del art. 11 de la Ley de Identidad de Género en la SCP 0076/2017 de 09 de Noviembre del 2017:

“La INCONSTITUCIONALIDAD del párrafo II del art. 11 de la Ley de Identidad de Género en su frase “...permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales...”

Dado que el art. 11.II estableció que: “II. El cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen, permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales, así como las obligaciones inherentes a la identidad de género asumida”.

El Tribunal Constitucional en la referida Sentencia, señala lo siguiente:

i) La eventual afectación del instituto jurídico del matrimonio, y de modo tangencial, de las uniones libres o, de hecho, con características de estabilidad y singularidad, entre otras

En primera instancia cabe resaltar que el “riesgo” identificado por la parte accionante de lo regulado por el artículo en cuestión respecto del matrimonio y la unión libre de hecho, tiene como fundamento la supuesta defraudación que ocasionaría una persona transgénero o transexual que asume como dato de sexo uno diferente a aquel con el que fue inicialmente registrado, al no poder concretar uno de los “fines” del matrimonio, como resulta ser la procreación.

En este punto la parte accionante hace hincapié en dicha finalidad como aquella que define al matrimonio, resaltando la perpetuación de la especie humana a través de la procreación que deviene de la complementariedad biológica del hombre y de la mujer, como el fin último y horizonte del matrimonio, sobre el que abunda en citas doctrinales y razonamientos, refiriéndose también de manera análoga y casi tangencial al caso de las uniones libres o, de hecho.

Añade que dicha finalidad del matrimonio, la procreación, no se limita al acto biológico por el que se da el anidamiento de una nueva vida, sino también el cuidado y crianza de los hijos, ya que la perpetuación de la especie humana está intrínsecamente ligada a cómo efectivamente se garantiza la crianza de nuevas generaciones.

El cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen es únicamente en el marco del objeto de la Ley de Identidad de Género, pues únicamente ese conjunto de atributos y características que per-

miten la individualización de la persona en sociedad, respecto de su identidad de género en franco ejercicio de su derecho a la libre personalidad jurídica, permite que la persona en ejercicio de su identidad de género -que se vive interna e individualmente- ejerza “... todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales...”, es contrario al orden constitucional que establece el instituto jurídico del matrimonio entre un hombre y una mujer y de uniones libres o de hechos que produzcan los mismos efectos que el matrimonio civil (art. 63.I y II de la CPE), porque permitir el ejercicio absoluto de este derecho -identidad de género- cuando el mismo se refiere solamente al ejercicio del fuero interior o vivencia individual en franco ejercicio de su derecho a la libre personalidad jurídica mientras no afecte el derecho de terceros sería validar un fin contrario al que la propia norma definió como su objeto. Correspondiendo más bien que el Estado realice el desarrollo normativo y regule el ejercicio de otros derechos en resguardo del derecho de terceros que pudieren ser afectados con los mismos.

De esta forma, el carácter absolutista de esta norma la torna en inconstitucional en su frase “permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales...”, respecto que el ejercicio de identidad de género no significa el ejercicio absoluto de los derechos fundamentales como el derecho a contraer matrimonio o uniones libres o de hecho, es reconocido constitucionalmente únicamente entre un hombre y una mujer y no a las personas que ejerzan su derecho a la identidad de género cuyo alcance es únicamente en el ejercicio de su individualidad.

En ese contexto, se concluye que sobre este punto apremia un debate democrático que involucre a los actores e instituciones de la sociedad en su conjunto, esto es Asamblea Legislativa, organizaciones sociales, civiles, públicas como privadas y otras que así corresponda”.

Sentencia que primero, realiza una interpretación

que vulnera los fines, principios y valores de la Constitución Política del Estado, en esencia el principio de igualdad y no discriminación, más aún cuando ningún derecho está sobre otro, es decir no existe jerarquía de derechos, y el art. 14 de la CPE es claro en señalar que: El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, (...) que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona. Y el Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.

Por otro lado, como se señaló, cuando se constitucionalizó “las familias” y no la familia, el espíritu del Constituyente, no fue pensar en el matrimonio ni en la unión conyugal libre como en la época romana, cuyo fin de dichas uniones era “la procreación”, más al contrario, antes de que obliguen a insertar la palabra entre hombre y mujer en el art. 63 de la CPE, el espíritu era que todos y todas tengan el derecho de generar una unión vía patrimonio o vía la unión libre es lo que se señala en el parágrafo I del Art. 137 de la Ley de las Familias y Procedimiento Familiar “que el matrimonio está orientado a establecer un proyecto de vida en común”, de ahí que la SCP 0076/2017, limita el derecho a las personas que hicieron cambio de identidad, a contraer matrimonio y consolidar el registro de su unión libre, vulnerándoles el derecho al matrimonio, realizando una discriminación que vulnera como se señaló los fines del Estado, los principios y valores de la Constitución y así como el art. 62 de la CPE.

Pero lo increíble es que, en su fundamentación, el propio Tribunal hace gala de los principios de no discriminación, siendo una de las sentencias fundadoras sobre la orientación sexual e identidad de género, mencionado a la propia ACNUDH que señala lo siguiente: “respecto del principio de

igualdad y no discriminación, que: “[S]e encuentra en la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos, es un principio de orden transversal y se encuentra consagrado en los diversos instrumentos internacionales desde la Carta de las Naciones Unidas hasta los principales tratados de derechos humanos. El principio de igualdad exige que los derechos enunciados en los distintos instrumentos se reconozcan a todas las personas sin discriminación alguna y que los Estados velen porque sus leyes, políticas y programas no sean discriminatorios.

Asimismo, el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establecen la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación alguna por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra índole. Además, en virtud del artículo 26 del PIDCP, todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley y en consecuencia se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley.

Y el Tribunal Constitucional Plurinacional, confirmando la fundamentación que no puede existir menoscabo de ningún derecho en virtud a la orientación sexual de las personas, en la SCP 0003/2020-S4 de 9 de enero al señalar : “Al respecto, resulta útil acudir a la interpretación que realizó la CIDH, sobre la CADH y otros Tratados e Instrumentos internacionales sobre la materia, incluyendo la orientación sexual o identidad de género expresado por el colectivo LGBTI, dentro de los motivos que podrían dar lugar a la discriminación de las personas, al referir que: Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo

estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (...), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona.

En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

De ahí que, el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0076/017 en su labor interpretativa, no debió realizar sólo el control de constitucionalidad al art. 63 de la CPE, sino en su labor interpretativa, el art. 62 que establece la protección del Estado a “las familias”, los principios, valores y fines de la Constitución donde se establece la igualdad como principio al igual que la no discriminación en razón a la orientación sexual, en el ejercicio de todos los derechos y el espíritu del Constituyente, traducido en los informes de las Comisiones de Derechos Humanos y Desarrollo social, que fueron unánimes en señalar que no se establecía que el matrimonio era entre un hombre y una mujer, y yendo más lejos, las propuestas del Pueblo Constituyente en todas las audiencias públicas y recepción de propuestas; sumado a los estándares de igualdad y no discriminación desarrollados en las opiniones consultivas. El estándar sobre la no discriminación a parejas del mismo sexo en la CIDH en la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre solicitada por la República de Costa Rica, la Corte advierte¹⁰:

“221. (...) para negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio, típicamente se esgrime como argumento que su finalidad es la procreación y que ese tipo uniones no cumplirían con tal fin. En este sentido, la Corte estima que esa afirmación es incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención, a saber, la protección de la familia como realidad social. Asimismo, la Corte considera que la procreación no es una característica que defina las relaciones conyugales, puesto que afirmar lo contrario sería degradante para las parejas –casadas o no– que por cualquier motivo carecen de capacidad generandi o de interés en procrear.

225. Por otra parte, como ya fuera señalado, el Tribunal entiende que del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio). Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida (artículos 7.1 y 11.2). Además, la Corte considera que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes (artículos 11.2 y 17). Al afirmar esto, el Tribunal no se encuentra restando valor a la institución del matrimonio, sino por el contrario, lo estima necesario para reconocerle igual dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano que ha sido históricamente oprimido y discriminado (supra párr. 33).

Por unanimidad decidieron, que:

6. La Convención Americana, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo en los términos establecidos en los párrafos 173 a 199.

¹⁰ <https://jurisprudenciaconstitucional.com/resolucion/111350-opinion-consultiva-oc-24-17--de-24-de-noviembre-de-2017--solicitada-por-la-republica-de-costa-rica---identidad-de-genero-e-igualdad-y-no-disentencia-constitucionalriminauto-constitucionalion-a-parejas-del-mismo-sexo>

por unanimidad, que:

7. El Estado debe reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo de conformidad con lo establecido en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, y en los términos establecidos en los párrafos 200 a 218.

por seis votos a favor y uno en contra, que:

De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228”.

De ahí que la SCP 0076/2017, en su parte resolutoria debe sí o sí ser modulada tanto en su fundamento para declarar la inconstitucionalidad del art. 11.II de la Ley de Identidad de Género como en la resolución basada en la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, que si bien es posterior a la SCP 0076/2017 que es específica sobre el derecho al matrimonio y a las uniones libres o de hecho, debieron aplicar los propios fundamentos de igualdad y de no discriminación para el ejercicio pleno de sus derechos de quienes deciden vivir su vida con personas de igual sexo, pero las taras personales y la influencia de homofóbicos hizo, que para éstos casos no quieran realizar la interpretación en el marco de los valores, los principios, las garantías constitucionales, y el bloque de constitucionalidad, aplicando justamente lo que señala el art. 256 de la CPE.

8. El control de convencionalidad utilizada para fines políticos partidarios

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en los puntos anteriores, no se sujetó al control de convencionalidad, pero estableció que la reelección es un derecho humano establecida en la SCP 0084/2017 pese a que es la sentencia que desarrolla ampliamente la doctrina de la convencionalidad sino sólo utilizando el control de convencionalidad sino mintiendo que el espíritu del Constituyente fue la reelección consecutiva, por un acta firmada por sólo tres constituyentes, dado que el texto aprobado en Oruro 2007 retoma el mandato del Pacto de Unidad que aglutinaba a todas las organizaciones sociales del país, que dijo la reelección por única vez¹¹, y es en Oruro que se coloca el impedimento del Presidente y Vicepresidente que vayan a reelecciones de manera indefinida.¹²

Por otro lado, la SCP 0032/2019 al “permitir que autoridades electas que deben renunciar en 90 días antes de su postulación por mandato expreso de la Constitución” utilizando el derecho a la igualdad de acceso a la función pública, no sólo está reformando la Constitución Política del

11 Asamblea Constituyente, Nueva Constitución Política del Estado. Artículo 169 El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos de manera continua por una sola vez. <https://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/segunda-parte/titulo-ii/capitulo-primero/seccion-ii/#articulo-169>

12 Calvimontes C., Magda Lidia (2019) La voluntad del Constituyente vs la Voluntad del Presidente. Foro Sucrensis Vol 14, pp. 139- 150, “el TCP en su función “interpretativa debe aplicar como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor integral del texto” porque la Constitución Política del Estado es un límite al poder político y por ello en la labor interpretativa la voluntad constituyente es la que debe prevalecer y no la voluntad del Gobierno de turno. De ahí que el Tribunal Constitucional Plurinacional en su función interpretativa tiene que realizar la misma bajo dos criterios hermenéuticos obligados, la voluntad del constituyente (interpretación auténtica) y el tenor literal (interpretación gramatical)”

Estado en ambos casos, sino que en esta última ni siquiera se amplía ese derecho humano a los “otros servidores públicos”. Generando otra vulneración de derechos, la discriminación, a “otros servidores públicos”, repitiendo la discriminación que realizó el Congreso, cuando puso la excepción a favor del Presidente y Vicepresidente, vulnerando el espíritu constituyente¹³, dado que la esencia de que deben renunciar era para que no utilicen los bienes del Estado en plenas elecciones “para mantenerse en el poder”; y el Tribunal en vez de uniformar con el espíritu Constituyente, retornando a la esencia del artículo, decide sólo ampliar a los electos, quedando sin razón de ser el art. 238.3 de la CPE¹⁴. Ambas sentencias constitucionales son aberraciones que responden a decisiones políticas, devolución de favor por haberlos puesto en el cargo; razón por la que algunos magistrados actuales, se aplazaron en méritos, pero como dividieron la nota a 33,33 %, les subieron la nota en el invento mayor “entrevista” que fue calificado por diputados y senadores masistas en combinola con la oposición.

9. Conclusión

Por lo expuesto, podemos concluir que, en el marco de los arts. 13, 109, 256 de la CPE, se debe repensar a la boliviana, de generar una doctrina que permita que aberraciones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Plurinacional deban ser de oficio corregidas, y generar una uniformidad jurisprudencial, dado que hasta la fecha han

generado una inseguridad jurídica tal, que vulneran el Estado Constitucional de Derecho, pues la ciudadana y el ciudadano deben tener certeza de que lo escrito en la Constitución si bien no está escrito en piedra, son ellos y nada más que ellos como pueblo soberano en el ejercicio de la democracia participativa, que reforman la Constitución y no así el Tribunal Constitucional.

Esto, nos permite confirmar, que las y los magistrados del principal intérprete de la Constitución Política del Estado, del guardián de ésta, no cumplen el mandato de ejercer sus funciones en el marco de la Constitución, sino ejercen sus funciones en el marco de cómo se manejan los hilos por el que ejerce coyunturalmente el poder, de ahí que el control de convencionalidad puede ser un arma de doble filo, una navaja en manos de unos monos, porque está demostrado con las SCP 84/2017 y SCP 32/2019 que son capaces de utilizar la doctrina de control de convencionalidad para reformar artículos de la Constitución a su conveniencia, y no sólo eso, generar caos en el país, porque resultado de ambas sentencias se origina en Bolivia enfrentamientos que ocasionan muertes, heridos y una inestabilidad social alarmante, que puso en la calle a miles de bolivianos enfrentándonos porque generaron la inseguridad jurídica más grande en la historia de Bolivia, vulnerando acá, no la democracia, sino el Estado de Derecho.

Por otro lado, cuando deben ampliar favorablemente la aplicación del Pacto de San José, como lo establece el art. 256 de la CPE, ya no existe el control de convencionalidad en la SCP 076/2017, que declara la inconstitucionalidad del párrafo II del Artículo 11 de la Ley de Identidad de Género en su frase “...permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales...”, sentencia que vulneró el principio de no discriminación, y que sigue utilizando la visión romana que el matrimonio es para cumplir la función de la procreación, cuando el espíritu Constituyente, no fue esa la razón, por el contrario, el párrafo I del Art. 137 de la Ley de las Familias y Procedimiento Familiar señala que el matrimonio está orientado a

13 Asamblea Constituyente, Nueva Constitución Política del Estado. Artículo 239 No podrán acceder a cargos públicos electivos aquellas personas que incurran en las siguientes causales de inelegibilidad: 3. Quienes ocupen cargos electivos, de designación o de libre nombramiento, que no hayan renunciado a éste, al menos tres meses antes al día de la elección. <https://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/segunda-parte/titulo-v/capitulo-cuarto/#articulo-235>

14 Asamblea Constituyente-Congreso. Constitución Política del Estado. Artículo 238°.3.- No podrán acceder a cargos públicos electivos aquellas personas que incurran en las siguientes causales de inelegibilidad: Quienes ocupen cargos electivos, de designación o de libre nombramiento, que no hayan renunciado a éste, al menos tres meses antes al día de la elección, excepto el Presidente y el Vicepresidente de la República.

establecer un proyecto de vida en común, limitando el derecho a las personas que hicieron cambio de identidad, a contraer matrimonio, limitándoles el derecho al matrimonio.

Por eso, las y los Constituyentes pusieron un límite a los Tratados Internacionales en el artículo 1315, pero en el acuerdo político en el Congreso, aumentaron el parágrafo IV del art. 13 de la CPE que todos los derechos y deberes se deben interpretar conforme los Tratados, no siendo éste el espíritu constituyente, porque la redacción es contraria a lo establecido en el art. 256 de la CPE16, que establece que sólo en caso de favorabilidad se aplicarían éstos cuando declaren derechos más favorables y serán interpretados cuando éstos prevean normas más favorables; de manera que el control de convencionalidad, no puede sustituir los artículos de la Constitución, no puede reformarlos, a través de este control, sí puede complementarlos cuando se ha agotado la jurisdicción interna más favorable, porque no reemplaza a la normativa constitucional, la enriquece.

10. Bibliografía

❑ BOLIVIA. Asamblea Constituyente. (Di-

15 BOLIVIA, Asamblea Constituyente, Nueva Constitución Política del Estado, Artículo 13 I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados. III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros. <https://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/primera-parte/titulo-ii/capitulo-primero/#articulo-13>

16 BOLIVIA. Asamblea Constituyente. Nueva Constitución Política del Estado. Artículo 257°. I.- Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables. <https://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/segunda-parte/titulo-viii/capitulo-primero/#articulo-256>

ciembre de 2007). Nueva Constitución Política del Estado. Oruro. Recuperado el 1 de junio de 2021, de <https://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/>

- ❑ BOLIVIA. Asamblea Constituyente, & Congreso. (7 de febrero de 2009). Constitución Política del Estado. Bolivia.
- ❑ BOLIVIA. Asamblea Legislativa Plurinacional. (5 de diciembre de 2010). Ley de la Procuraduría General del Estado.
- ❑ BOLIVIA. Asamblea Legislativa Plurinacional. (29 de Septiembre de 2015). Ley N° 741. La Paz, Bolivia. Obtenido de <https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N741.xhtml>
- ❑ BOLIVIA. Asamblea Legislativa Plurinacional. (19 de noviembre de 2014) Ley de las Familias y Procedimiento Familiar. Obtenido de <https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N603.html>
- ❑ BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. Jurisprudencia constitucional y de derechos humanos. Obtenido de <https://jurisprudenciaconstitucional.com/>
- ❑ ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Magistrado don Andrés Ollero Tassara respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 6 de noviembre de 2012 dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005 obtenido de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/23106#complete_resolucion&votos
- ❑ Organizaciones matrices del Pacto de Unidad. (2010). redunitas.org. El Pacto de Unidad y el Proceso de Construcción de una propuesta de Constitución Política del Estado.

Artículo Recibido: 15/12/2021

Artículo Aceptado: 27/01/2022

ARTÍCULO 8

Test de razonabilidad y proporcionalidad: debido proceso desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Estado Plurinacional de Bolivia

Test of reasonableness and proportionality: due process from the Inter-American Court of Human Rights and the Plurinational State of Bolivia

Ximena Carola Gonzales Ibáñez ^{1*}

¹ Facultad de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Universidad Autónoma Juan Misael Saracho

* **Correspondencia del autor(es):** ximena.gonzales@uajms.edu.bo, dirección.

Resumen

El presente artículo tiene por objetivo analizar uno de los métodos de interpretación del derecho en materia de derechos humanos, como lo es el método de la Razonabilidad y la Proporcionalidad, análisis realizado desde la perspectiva de la restricción del derecho a la luz del debido proceso, este método de interpretación del derecho es considerado como uno de los más importantes porque precaute la aplicación del debido proceso y que se encuentra basado en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que el Estado Plurinacional de Bolivia, como la mayoría de los países que pertenecen a este sistema universal, también ha internacionalizado dicha fuente interpretativa del derecho, para el efecto la metodología que se ha impartido y recurrido es el método jurídico que permite emplear técnicas de revisión documental, desarrollando precisiones conceptuales, mediante el análisis deductivo comparativo de la doctrina impartida por el modelo internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el estudio de sentencias constitucionales relevantes emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, estudio que ha permitido identificar cuáles son los principales criterios o elementos que integran dicho test y cuál es la importancia de su conocimiento y aplicabilidad por parte de los operadores del derecho.

Palabras clave: Interpretación, razonabilidad, proporcionalidad, ponderación, derechos humanos, debido proceso, restricción del derecho.

Abstract

The objective of this article is to analyze one of the methods of interpretation of the law in the field of human rights, such as the method of Reasonableness and Proportionality, an analysis carried out from the perspective of the restriction of the right in light of due process, this The method of interpreting the law is considered one of the most important because it protects the application of due process and is based on the doctrine of the Inter-American Court of Human Rights, which is why the Plurinational State of Bolivia, like most countries that belong to this universal system, has also internationalized said interpretive source of law, for this purpose the methodology that has been taught and appealed is the legal method that allows the use of documentary review techniques, developing conceptual clarifications, through comparative deductive analysis of the doctrine taught by the international model of the Inter-Court American of Human Rights and the study of relevant constitutional judgments issued by the Plurinational Constitutional Court of Bolivia, a study that has made it possible to identify what are the main criteria or elements that make up said test and what is the importance of its knowledge and applicability on the part of the law operators.

Key Words: Interpretation, reasonableness, proportionality, weighting, human rights, due process, restriction of the right.

1. Introducción

La reforma constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia del año 2009 ha dado lugar a una amplia interpretación pluralista, basada sobre todo en el resguardo de principios y derechos fundamentales, tomados del derecho internacional de los derechos humanos, por lo que ante esta modificación a un nuevo paradigma de integración e interpretación del derecho, los primeros garantes de aplicación de la Constitución como lo son los jueces ordinarios, las autoridades administrativas, los jueces constitucionales, los vocales constitucionales y el Tribunal Constitucional Plurinacional, son los primeros llamados a buscar la aplicación de una justicia establecida en este sistema plural de derechos que se encuentran basados en el catálogo internacional de protección de los derechos fundamentales.

Ante ese escenario, el derecho constitucional boliviano incorpora de manera modular todo este sistema universal de los derechos humanos dentro de su normativa de interpretación y aplicación, como un efecto articular del sistema universal de los derechos, reconocidos por los arts. 410 y 256 de la Constitución Política del Estado.

Tomando el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante la aplicación del control de constitucionalidad y el de convencionalidad, nuestro Estado Plurinacional también aplica métodos de interpretación del derecho basado en principios y derechos que deben ser consagrados en todo debido proceso, más aun cuando se encuentra ante casos de restricción de derechos, por lo que es importante primero analizar la parte conceptual del test de razonabilidad y proporcionalidad, relacionarlo con el debido proceso tomando como parámetro la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, posteriormente, comparar con las sentencias constitucionales más relevantes emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

2. El test de razonabilidad y proporcionalidad

Dentro del ámbito constitucional de articular la normativa internacional universal de interpretación y argumentación de los derechos humanos con la normativa interna para lograr entender la aplicabilidad de los derechos fundamentales al caso concreto, el nuevo modelo plural de interpretación constitucional ha desarrollado técnicas de interpretación que son consideradas como un proceso de reingeniería de la interpretación del derecho, que consiste en la aplicación de ciertas herramientas como lo es el Test de Razonabilidad y Proporcionalidad, modelo que los Estados que conforman la Organización de los Estados Americanos también vienen desarrollando mediante la internalización de dichas hermenéuticas interpretativas y aplicadas como referentes jurisprudenciales emanadas de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

El origen doctrinal del Principio de Razonabilidad, se encuentra en el derecho anglosajón, vinculado con el denominado *due process of Law*, el que, a su vez, deviene de los documentos medievales, como la Carta Magna de 1215 de Juan sin Tierra, en la que su concepción original implica bajo la idea y premisa de que para que los actos de los poderes públicos sean válidos, estos deben ser emitidos bajo la observancia de ciertas reglas y procedimientos, que no solo se vinculan al debido proceso desde el punto de vista del proceso sustantivo o adjetivo, sino que a partir de finales del siglo XIX, la jurisprudencia norteamericana comenzó a aplicar la interpretación desde este principio. (Razonabilidad y proporcionalidad principios constitucionales para detener el Abuso del poder del estado.pdf, s. f.)^{12,16},»s-chema»:»<https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json>»} .

Se puede entender que los aportes efectuados a la interpretación del derecho en la jurisprudencia norteamericana han venido coadyuvando por sobre todo desde la perspectiva de la interpretación basada en principios frente a las reglas.

El test o examen de proporcionalidad hoy en día es considerado un estándar universalizado, que se ha extendido por todos los rincones del mundo y por diversas áreas del Derecho, su gran ventaja es que permite resolver conflictos entre o con disposiciones que tienen la estructura de “principios”, como suele considerarse a las disposiciones que reconocen derechos fundamentales, más precisamente sobre la “ponderación”, que forma parte del examen de proporcionalidad, es concebida como el método adecuado para resolver conflictos entre principios, esto en contraposición a la metodología de la “subsunción”, vinculada con la aplicación de reglas. (Barrera - 2019 - Informe sobre el principio o test de proporcionali.pdf, s. f.)

Primeramente para considerar la razonabilidad y la proporcionalidad, es necesario determinar aquello que es justificado y lo que no es arbitrario, por estos preceptos es que nace la razonabilidad y la proporcionalidad, justamente para evitar el exceso del uso arbitrario del poder, por lo tanto ninguna autoridad judicial o administrativa al momento de resolver el caso concreto debe evitar valerse de estas herramientas para interpretar y argumentar en un parámetro de los derechos fundamentales.

En aquellas situaciones en las cuales la sentencia o el acto administrativo presuntamente incurran en tratos diferenciados arbitrarios o desviaciones normativas como las llama el Tribunal Constitucional Plurinacional, a la luz de la vigencia plena del debido proceso sustantivo debe realizarse el test de razonabilidad a efectos de determinarse la objetividad, la razonabilidad y la proporcionalidad de la sentencia.

En efecto, una decisión judicial o administrativa, será razonable y objetiva cuando su finalidad sea legítima y exista una relación razonable de proporcionalidad entre la medida que establece el trato diferenciado y el fin perseguido, en este marco de ideas señalado, la legitimidad de un fin se determina en función de su correspondencia con el marco de derechos y libertades establecidos en los instrumentos internacionales.

La relación razonable de proporcionalidad, asegura que la medida que establece el trato diferenciado y el fin buscado, confronte los perjuicios sufridos por quienes son excluidos de la medida y la importancia del objetivo perseguido, en este contexto, debe considerarse que existe medidas que establecen beneficios a favor de quienes se encuentran en una situación desfavorable y que se dirigen precisamente a corregir una desigualdad de facto. (Vázquez - 2016 - Test de razonabilidad y derechos humanos instrucc.pdf, s. f.).

Tener un test es pensar en una lista de criterios y categorías que van a un mismo objetivo, ante un test de razonabilidad y proporcionalidad se debe pensar que se está ante un caso concreto en el que se debe mirar todo su contexto, sopeando la situación específica de personas y grupos, en contextos concretos con balaceo de derechos, o finalidades de conflictos, por lo tanto lo razonable y justo se construye en la medida que se solventa y desarrolla el test. (Vázquez - 2016 - Test de razonabilidad y derechos humanos instrucc.pdf, s. f.)^{12,16}]:»<https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json>»} .

El test de razonabilidad es una herramienta argumentativa, es un método que coadyuva en la labor de interpretar y argumentar identificando el valor a los casos concretos mediante la aplicación de los principios frente a las reglas, en búsqueda de la justicia y la verdad, es por ello que mediante estas herramientas argumentativas se establecen parámetros y límites de interpretación del derecho, todo ello basado en los derechos humanos.

El Test de Razonabilidad y Proporcionalidad nos permite resolver conflictos entre derechos intereses o valores en concurrencia, sin necesidad de generar jerarquía en abstracto de los derechos, intereses o valores involucrados, sin interés de perjudicar su mayor o menor legitimidad, ni producir prohibiciones absolutas, el Test de Razonabilidad no es uno solo en sí, porque se encuentra

relacionado a diferentes aspectos como lo son la restricción de derechos, la igualdad y no discriminación, la ponderación, la aplicabilidad de derechos, la progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles, entre otros. (Vázquez - 2016 - Test de razonabilidad y derechos humanos instrucc.pdf, s. f.).

Es importante también remarcar que todo este sistema jurídico se basa en normas que son principios y normas que son reglas, pudiendo generar colisiones entre estas al momento de su aplicación, el uso normal para resolver el conflicto entre reglas es más estático, porque se puede resolver utilizando herramientas como la declaración de invalidez de alguna de las reglas, un mecanismo jerárquico de cómo una norma superior prevalece sobre una inferior, criterios de especialidad de cómo una regla especial está sobre una regla general o criterios de temporalidad de cómo una regla posterior deroga una regla anterior. Pero para interpretar la colisión entre principios es diferente a la de las reglas, porque estos deben ser comparados con otros principios y en este caso nace la ponderación de principios. (Vázquez - 2016 - Test de razonabilidad y derechos humanos instrucc.pdf, s. f.).

El objetivo de los test que forman el test de razonabilidad y proporcionalidad es resolver problemas de restricción de derechos por colisión de principios, entre derechos humanos o colisión de principios. El test de restricción de derechos pondera principios que toman la forma de objetivos políticos con derechos humanos, por ejemplo pondera el principio del bien común con el del derecho a la propiedad, el del orden público con el derecho a la protesta, el test de igualdad y no discriminación, una finalidad jurídica con el derecho a la igualdad y no discriminación con un grupo en situación de vulnerabilidad.

Otros ejemplos se tienen entre los principios del derecho a la vida frente a los principios del libre desarrollo de la personalidad relacionado con el aborto, en este caso es un test de ponderación.

Para un análisis doctrinal del Principio de Proporcionalidad, la fase de examen de proporcionalidad *stricto sensu* corresponde al procedimiento comúnmente conocido como “ponderación”, o *balancing* en inglés que en su configuración más desbrozada, la ponderación es sólo una parte del principio de proporcionalidad. (Razonabilidad y proporcionalidad principios constitucionales para detener el Abuso del poder del estado.pdf, s. f.)^{12,16}]:»<https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json> }

Ahora, si bien existen discusiones sobre el contenido o los alcances del examen de proporcionalidad, test que de acuerdo a las fuentes bibliográficas consultadas se encuentra conformado por tres sub exámenes (siguiendo ciertamente los planteamientos de Robert Alexy).

En este sentido se puede puntualizar que estando frente a una medida que interviene o restringe un derecho fundamental deberá analizarse si esta se encuentra constitucionalmente justificada, lo que requiere llevar a cabo los exámenes de “idoneidad” (o “adecuación”), de “necesidad” y de “proporcionalidad en sentido estricto” (o de “ponderación”).

Conforme al “examen de idoneidad” debe evaluarse si la referida medida es idónea para alcanzar la finalidad que pretende satisfacer (finalidad, por cierto, que debe tener un sustento constitucional).

Luego, mediante el “examen de necesidad” deberá evaluarse si existen otras medidas que también puedan ser adecuadas para alcanzar la finalidad que busca la medida, pero que impliquen un menor sacrificio para el derecho intervenido.

Finalmente, y una vez superados ya los dos pasos anteriores, conforme al “examen de proporcionalidad en sentido estricto,” deberá analizarse si el sacrificio que se producirá en el derecho afectado se encuentra justificado o no en atención al grado de realización del principio que justifica la intervención. Frente a esta secuencia de análisis, permitirá por ejemplo sustentar si nos encontra-

mos ante un supuesto de vulneración o frente a uno de amenaza de vulneración de un derecho. (Barrera - 2019 - Informe sobre el principio o test de proporcionali.pdf, s. f.).

Es por ello que la jurisprudencia internacional como nacional ha venido desarrollando diferentes test para aplicar lo razonable y proporcionar criterios basados en principios y derechos fundamentales, precautelando siempre la búsqueda del debido proceso.

3. El debido proceso sustantivo y su relación con los principios de razonabilidad y proporcionalidad

La finalidad de la interpretación del derecho viene necesariamente relacionada con la búsqueda del debido proceso sustantivo, puesto que considerar la razonabilidad y la proporcionalidad de las decisiones de toda resolución, del procedimiento o del fondo de las peticiones, éstas necesariamente se encuentran ligadas con su razonabilidad y su proporcionalidad, por tanto en un Estado Constitucional de Derecho, para que los actos administrativos y jurisdiccionales tengan plena validez, deben requerir de la cualidad normativa formal y la cualidad axiológico-jurídica de la justicia que se encuentran unidas a estos métodos de interpretación.

Tomando en cuenta el significado de la cualidad normativa formal del debido proceso, se entiende por aquella que viene a asegurar a que todo acto procesal cumpla con las formas procesales establecidas en una ley previa y por la cualidad axiológico jurídico de la justicia, es la que asegura que todo acto procesal o decisión jurisdiccional consagre los valores de la justicia y la igualdad. En este sentido ambos deben generar una conexión armoniosa con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que son elementos configuradores para el debido proceso sustantivo y que el fundamento de razonabilidad de un acto es cuando éste se presenta justo.

Especificado por Gabriela Sauma Zankys en la Unidad Didáctica V sobre el debido proceso para la Escuela de Jueces del Estado Boliviano, citando a Cecilia Giraldo Madiaraga y a Linares Quintana. (Sauma Zankys G. El debido proceso como garantía los derechos humanos. Unidad Didáctica V, preparada para la Escuela de Jueces del Estado Boliviano. Versión PDF).

Dentro del mismo análisis se cita también a María Elena Attard Bellido, quien manifiesta que los principios de razonabilidad y proporcionalidad son considerados como los “continentes” del debido proceso sustantivo, que analizarlo implica una “reingeniería” profunda de la estructura lógica de la decisión judicial, por lo tanto dicha visión no debe mirar únicamente el aspecto formal del proceso (debido proceso legal o formal), sino que debe asegurar además su sustento material, es decir la consagración de la justicia e igualdad, por esta razón, se lo denomina también debido proceso sustancial o material. (Attard Bellido M. E. El debido proceso sustantivo reforzado a la luz del acceso a la justicia de niños. La Paz Bolivia: Fundación Construir p. 32-33).

En efecto, para el análisis de la estructura lógica de toda decisión judicial y administrativa debe invocarse los principios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad, el primero de ellos está íntimamente ligado al principio de igualdad y por ende al de proporcionalidad.

Sobre el particular Attard Bellido apunta que la consecuencia jurídica de una decisión judicial o administrativa plasme un trato diferenciado al establecido por el Bloque de Constitucionalidad o a la norma para supuestos fácticos determinados, esta resolución vendría a afectar el principio de igualdad y por ende el de razonabilidad, tornándose esta decisión injusta por plasmar una diferenciación arbitraria contraria al plexo axiológico imperante y por ende contraria al debido proceso sustantivo.

Como se ha visto el debido proceso sustantivo trasciende el aspecto netamente formal del sis-

tema de garantías para lograr no sólo el respeto de las reglas procesales del proceso en sí, sino que no solo es pronunciar la sentencia en el plazo previsto por ley, o que el proceso esté bajo autoridad competente, o que se asegure el juicio contradictorio, sino que además, el enfoque del debido proceso sustantivo es alcanzar la sentencia justa, que sea razonable, proporcional y objetiva, por lo tanto esa resolución sea judicial o administrativa se enmarcaría dentro de la legalidad formal para alcanzar la legalidad material coherente y dentro del respeto de los derechos y garantías fundamentales, de los principios y valores que sustenta el determinado ordenamiento jurídico.

En este sentido, no se trata sólo de que se conozcan cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó una resolución, sino como lo refiere Alexy, es indispensable que se cumpla la garantía del “contenido esencial” o debido proceso sustantivo, como lo es la razonabilidad que es todo un canon al estar constituido por un conjunto unitario de sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu o como elementos separados y ajenos entre sí, o bien fusionando algunos de sus sub principios en uno solo: generalmente los de idoneidad y necesidad, o incluso agregándole un “tercer elemento”: la licitud de los fines que persiga la medida enjuiciada por este criterio. (L09_TRATADOS_NACIONALES.pdf, s. f.).

Siguiendo lo expresado por Attard Bellido, la razonabilidad, proporcionalidad y objetividad de las decisiones, estará asegurada en la medida en la cual se cumpla con el parámetro de convencionalidad imperante, que está compuesto con todos los estándares internacionales que plasman interpretaciones progresivas y evolutivas en cuanto a los derechos. Este parámetro de convencionalidad comprende los mandatos convencionales, los principios rectores de Derecho Internacional y todos los lineamientos supra-estatales desarrollados tanto por el Sistema Universal como Interamericano de Protección de Derechos Humanos, esto supone que una decisión es legítima cuando tiene

correspondencia con el marco principios valores derechos y libertades establecidos en la Constitución y en el parámetro de convencionalidad que, en el caso de Bolivia, forma parte del Bloque de Constitucionalidad. (Attard Bellido M. E. El debido proceso sustantivo reforzado a la luz del acceso a la justicia de niños. La Paz Bolivia: Fundación Construir p. 33-34).

Por lo tanto se evidencia que el debido proceso sustantivo es el resultado de un profundo análisis de razonabilidad y proporcionalidad de los derechos, valores y principios que se encuentran plasmados en la Constitución Política del Estado y en los lineamientos establecidos por la convencionalidad del sistema universal e interamericano de protección de los derechos humanos.

4. El test de razonabilidad y proporcionalidad modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), establece con el nombre de “Alcance de las Restricciones” a los derechos humanos, señala que “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. (Tratados Multilaterales > Departamento de Derecho Internacional > OEA , s. f.)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el art. 29.2 señala que “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad

democrática”. (Nations, s. f.).

Se puede identificar que para analizar el Test de Razonabilidad y Proporcionalidad con relación a la doctrina de la Corte IDH, es basarse en los artículos 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el art. 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, además que el art. 32.2 de la Convención, establece que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Desde la experiencia americana la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo suyo el principio de proporcionalidad, se cita a la jurisprudencia interamericana el Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2004, n° 96 y 129 apoya el principio de proporcionalidad, que en un principio la Corte relacionó la “necesidad” que mencionan diversas disposiciones del Pacto de San José con la idea de “proporcionalidad”. Posteriormente, la Corte estableció el criterio de que la restricción a los derechos que reconoce ese instrumento debe satisfacer los criterios de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad, entendiendo esta última como una ponderación. (Razonabilidad y proporcionalidad principios constitucionales para detener el Abuso del poder del estado.pdf, s. f.)^{12,16}],»schema»:»<https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json>»} .

En la Opinión Consultiva (OC) 6/86 de 9 de mayo de 1986, la Corte IDH expresa que la Convención no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades sean jurídicamente lícitas; requiere, además, que esas leyes se dicten “por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. (SAIJ - Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de Mayo de 1986. Serie A No. 6. Solicitante: República Oriental del Uruguay, s. f.).

El marco internacional del debido proceso, se lo-

caliza en los principios germinales de las cartas de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, y en los instrumentos que derivan de éstas o integran, con ellas, el reducto tutelar del individuo: declaraciones universal y americana, de 1948, y en seguida (con carácter claramente normativo) la Convención Europea de 1950, el Pacto Internacional de 1966,¹² la Convención Americana de 1969,¹³ y la Carta Africana de 1981.¹⁴ (L09_TRATADOS_NACIONALES.pdf, s. f.)

De acuerdo con las instrucciones para armar el Test de Razonabilidad y Derechos Humanos que viene aplicando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citado por Daniel Vásquez de la Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. (Vásquez - 2016 - Test de razonabilidad y derechos humanos instrucc.pdf, s. f.), uno de los objetivos del Test de Razonabilidad es que cuando hay dudas sobre las razones que sostiene la constitucionalidad de una norma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos toma este test como de restricción de derechos a partir de siete elementos básicos o criterios:

Primer elemento: La restricción debe establecerse en una ley, que la Corte IDH lo denomina como Principio de Legalidad, con el objetivo de evitar imposiciones arbitrarias en la restricción por ejemplo que involucre al órgano legislativo, cuya restricción debe ser clara y precisa para el ciudadano que pueda regular su conducta, es decir que las restricciones a los derechos humanos deben ser explícitos, este elemento tiene un carácter netamente formal.

Segundo elemento: La Corte IDH denomina La legitimidad del Objetivo de la Restricción, que sea relevante en el texto legislativo, es decir explícito en el texto legislativo, señalar el objetivo perseguido en la propia ley, sino es ilegítima, donde se establece que la causa que se invoque se encuentre establecida en los tratados internacionales, por ejemplo la seguridad nacional, la segu-

ridad pública, el orden público, la protección de la salud, la restricción al derecho a la propiedad a partir del objetivo de la función social, otro ejemplo es el caso de la libertad de conciencia y el de religión.

Por lo que los objetivos legítimos establecidos en la Constitución Política del Estado local para restringir un derecho deben ser compatibles con lo establecido en el marco internacional.

Tercer elemento: Relacionado con las *justificaciones*, desarrollado por el Tribunal Europeo como por la Corte IDH, cuyo objetivo no solo que sea legítimo sino también debe ser necesario para una sociedad democrática, relacionado con la idea del bien común y necesidad imperiosa que justifique dicha interferencia.

Cuarto elemento: Es la existencia de *racionalidad medios y fines*, relación de causalidad clara entre la restricción como un medio para arribar al objetivo legítimo que se busca, la Corte IDH la denomina la necesidad y adecuación de la restricción, ésta a su vez tiene 4 categorías del Test: ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido y los criterios de idoneidad y necesidad, mientras la idoneidad busca los criterios de causalidad (medios fines), la necesidad busca otra cosa que es la de analizar que la restricción de derechos es la única medida para conseguir ese objetivo, que no hay otro mecanismo alternativo, es decir no hay otra alternativa.

Quinto elemento: La necesidad de la restricción para llegar al objetivo legítimo, es decir que la restricción del derecho sea necesaria para el objetivo legítimo buscado, la restricción no solo debe ser útil para la obtención de los objetivos, sino que debe ser necesaria para su realización.

Sexto elemento: La restricción sea proporcional o también llamado por la Corte IDH “Criterio de Proporcionalidad en Estricto Sentido” este criterio es desarrollado por Robert Alexis (1993, 1994 y 2008) llamado el Test de Proporcionalidad” y es utilizado para analizar la colisión de principios, consiste en que la restricción no solo logre el ob-

jetivo buscado, sino que lo consiga afectando en la menor medida posible el goce o ejercicio del derecho restringido, por lo tanto debe aplicarse la alternativa menos gravosa, en sentido estricto supone mirar si el derecho restringido puede ser menos afectado de lo que en principio se está proponiendo, lo que se aplica en este caso es el Principio Pro Persona a la restricción de derechos.

En este punto es preciso puntualizar la estricta proporcionalidad, evaluando si los derechos e intereses que se protegen con la medida tiene mayor peso o valor constitucional que aquellos que se sacrifican, esto lleva a una ponderación bajo la regla: “entre mayor afectación a un derecho, mayor tiene que ser la satisfacción del derecho que se busca proteger” (definición que proviene de Robert Alexis, 2008 “Ley de Ponderación”) bajo un peso y medida de alto, medio y bajo.

Robert Alexis (2008) desarrolla la Ley de la Ponderación que tiene los siguientes pasos:

- ⦿ Definir el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios.
- ⦿ Definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
- ⦿ Definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.

Séptimo Elemento: La restricción no se convierte en una “anulación del derecho, que se respeten los contenidos esenciales de los derechos”, la restricción no puede anular o negar al derecho, ejemplo cuando se pone una restricción a la libertad de expresión, éste no debería poner en peligro ese derecho en sí mismo.

Para concluir es importante puntualizar que el objetivo del test de proporcionalidad y racionalidad es proteger a los derechos humanos, para proteger y garantizar derechos, no para anularlos, fundamento también aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Vázquez -

2016 - Test de razonabilidad y derechos humanos instrucc.pdf, s. f.).

La Corte IDH ha desarrollado también este criterio en diferentes fallos entre los que se puede mencionar la Sentencia de 1 de diciembre de 2016 sobre Fondo, Reparaciones y Costas dispuesta dentro del Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia, reiterando el entendimiento emitido en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, estableció que la aplicación de medidas cautelares, en particular la privación de libertad, debía ser proporcional, es decir aplicar un test de proporcionalidad.

5. Casos de aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia

El Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la SCP 0683/2013 de 3 de junio, ha desarrollado en forma expresa el debido proceso sustantivo al realizar el control de legalidad material de una disposición normativa y lo ha concebido como un estándar de justicia, en ese marco, ha señalado que toda desviación normativa afecta el principio de igualdad tornando en arbitraria a la sentencia que incurra en esta desviación.

Pero la Sentencia Constitucional con el estándar jurisprudencial más alto sobre la aplicabilidad del criterio de razonabilidad y proporcionalidad, es la SCP 2299/2012 del 16 de noviembre del 2012, relacionado con medidas cautelares como una prohibición de exceso en la actuación del poder, el Tribunal Constitucional Plurinacional realizó un criterio de interpretación basado en el Principio de Proporcionalidad, al caso concreto de la acción de libertad, en la que los accionantes la vulneración de sus derechos a la vida, a la libertad de locomoción y al debido proceso, señalando

que fruto de esa persecución indebida que hace referencia a la normativa internacional referente al uso de las armas de fuego, en el fundamento jurídico del fallo expresa lo siguiente: “... en la función de limitación o restricción de los derechos fundamentales, el poder público en el ejercicio de sus respectivas competencias y roles establecidos en la Constitución y las leyes de desarrollo conforme a ella, deben realizar un juicio de proporcionalidad, en el que se justifique la limitación o restricción de un derecho fundamental a partir de la necesidad de salvar otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucional, por cuanto, los derechos fundamentales no pueden ser limitados más allá de lo que sea imprescindible para la protección de otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucional, o lo que es lo mismo, el principio de proporcionalidad, exige una relación ponderada de los medios empleados en el ejercicio de una determinada competencia pública, con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales”. En este sentido el TCP ha desarrollado un criterio para que al momento de hacer el control de legalidad realicen el correspondiente test sobre el uso de las armas de fuego. (Tercera y Relatora - SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 22992012 S.pdf, s. f.).

La SCP 0024/2018-S2 del 28 de febrero de 2018 ha desarrollado también el Principio de Proporcionalidad relacionado con la restricción al derecho de propiedad, “... pues pueden existir restricciones legales del derecho a la propiedad, sin embargo resultan arbitrarias por ser desproporcionales; por ello, corresponde que toda limitación a derechos fundamentales dispuesta por autoridad administrativa o judicial, cumpla con el principio de proporcionalidad, en el marco del test desarrollado por la Corte IDH al que se hizo referencia precedentemente, que también fue desarrollado a nivel interno”. (Sentencia Constitucional Plurinacional 0024/2018-S2, s. f.-a).

En esta sentencia se desarrolla el Test desde la perspectiva de restricción al derecho de propiedad desde la C.P.E. y la doctrina establecida

por la Corte IDH: “...las restricciones deben encontrarse previstas en una ley -como también se desprende del art. 109 de la CPE, que establece que los derechos y sus garantías solo podrán ser regulados por una ley-, no deben ser discriminatorias, tienen que basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue. Efectivamente dichas condiciones forman parte del test de proporcionalidad, que en el marco del art. 32 de la CADH, fue desarrollado por la Corte IDH, con la finalidad de evaluar si una determinada restricción o limitación de derechos es legítima, test que contiene, en general, los siguientes elementos: a) Las limitaciones deben estar previstas por ley, a partir de lo dispuesto por el art. 30 de la CADH; b) Las limitaciones deben responder a un objetivo legítimo permitido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo a lo dispuesto por su art. 32, para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas u otros fines perseguidos por disposiciones específicas de la citada norma internacional; y, c) Las restricciones deben ser necesarias y proporcionales en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo.” (negritas propias del texto). (Sentencia Constitucional Plurinacional 0024/2018-S2, s. f.-b)

La SCP 0326/2019-S2 del 29 de mayo del 2019 desarrolla un criterio de interpretación referente al derecho a la protesta y el principio de proporcionalidad “...Para efectuar el análisis de la proporcionalidad de la limitación del derecho a la huelga en el sector salud, es necesario analizar los siguientes elementos: la idoneidad o adecuación de la medida para la protección de otros

derechos, como el acceso a los servicios de salud pública y salubridad pública; la necesidad de dicha medida y, finalmente, la proporcionalidad, en sentido estricto, de la limitación, considerando los derechos que se encuentran en conflicto. Así, respecto a la idoneidad o adecuación de la medida, cabe preguntarse si la limitación al derecho a la huelga del sector salud resulta una medida adecuada o idónea para garantizar los derechos de acceso a los servicios de salud pública y a la salubridad pública.” (Sentencia Constitucional Plurinacional 0326/2019-S2, s. f.).

El análisis del fundamento jurídico del fallo en esa sentencia lo relaciona con el principio de proporcionalidad en sentido estricto y efectúa la ponderación entre los derechos de acceso a los servicios de salud pública y el de salubridad pública, con relación al derecho a la huelga de los trabajadores del sector salud y analiza: i) El grado de satisfacción de los primeros derechos nombrados (acceso a la salud, continuidad del servicio de salud, salubridad pública y vida) con la limitación del derecho a la huelga en el sector salud; ii) El grado de no satisfacción del derecho a la huelga del sector salud; y, iii) Analizar si el grado de satisfacción alcanzado respecto a los primeros derechos justifica la limitación del segundo.

- ⦿ a) El cuanto al grado de satisfacción de los derechos de acceso a los servicios de salud pública y de salubridad pública, con la aplicación de la limitación del derecho a la huelga en el sector salud, es evidente que se aseguran los derechos antes señalados de una manera intensa, y se resguarda, además, el derecho a la salud, a la seguridad y la vida, los cuales pueden resultar gravemente amenazados cuando el servicio de salud se ve interrumpido, la limitación al derecho a la huelga del sector salud debe ir siempre acompañada de medidas destinadas a asegurar condiciones adecuadas para el ejercicio de dichos derechos,

conforme manda el art. 37 de la CPE, que establece que: “El Estado tiene la obligación indeclinable de garantizar y sostener el derecho a la salud, que se constituye en una función suprema y primera responsabilidad financiera. Se priorizará la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades”. En síntesis, para que el servicio de salud sea desarrollado de manera idónea corresponde al Estado brindar las condiciones materiales para que el servicio sea prestado de forma eficiente, con calidad y calidez, desarrollando, además, de manera permanente, una cultura de diálogo con el sector salud que, en ejercicio de sus derechos sociales, efectúa reclamos que deben ser atendidos y negociados oportunamente.

- ⊙ b) En cuanto al derecho a la huelga del sector salud, es posible limitar este derecho, empero, ello no implica dejar desprotegidos a los trabajadores; pues esta limitación sólo será razonable si a cambio de dicha limitación se concede a esos trabajadores un mecanismo idóneo y efectivo para defender sus derechos y otras medidas compensatorias, en sustitución de la paralización de sus actividades. (Sentencia Constitucional Plurinacional 0326/2019-S2, s. f.). Por lo que se puede evidenciar que el modelo de aplicación del Test de Razonabilidad y Proporcionalidad en las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional en cuanto a la restricción de derechos, es el modelo que establece la Corte IDH, aplica los criterios o elementos desarrollados para el caso de la colisión de derechos y de principios, basados en el modelo de la ponderación de derechos.

6. La importancia de desarrollar técnicas y habilidades en el test de razonabilidad y proporcionalidad para los operadores del derecho

De todo el análisis recabado mediante las fuentes de información, se tiene si bien la Corte IDH ha desarrollado criterios de aplicación del Test de Razonabilidad y Proporcionalidad para interpretar al derecho, siendo el más aplicable lo relacionado con la restricción de los derechos, que engloba a la vez otros pequeños test, pero no obstante, los avances en materia de justicia, contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no hay disposición expresa relativa a la razonabilidad. Analizando las bases constitucionales del debido proceso en los países latinoamericanos, tampoco está positivado expresamente el derecho a la razonabilidad. (LOS TRATADOS_NACIONALES.pdf, s. f.)

El examen que exige el principio de proporcionalidad evade respuestas abstractas o superficiales, por el contrario, exige un análisis minucioso del caso concreto, cuya dificultad compensa la obtención de la mejor respuesta constitucional para cada caso en particular.

Conocer esta técnica y habilidad resulta imprescindible para cualquier operador del Derecho porque sólo con ella puede darse una solución exacta a los problemas de los derechos fundamentales, que de otra forma no hallarían respuesta satisfactoria. Es importante que se profundice y analice en discusión sobre los detalles de la proporcionalidad y de la “ponderación”, con la formación constitucional plena e integral de los jueces, abogados, fiscales y demás operadores del Derecho, a fin de consolidar un auténtico Estado Constitucional de Derecho en el Estado Plurinacional de Bolivia, por lo que se requiere una sólida e integral formación constitucional y jurídica, para el desarrollo de destrezas, habilidades y capacidades para poner en práctica a cada caso concreto.

7. Conclusiones

El Principio de Razonabilidad y la Proporcionalidad nace para evitar el exceso del uso arbitrario del poder, por lo tanto toda autoridad judicial o administrativa al momento de resolver el caso concreto debe aplicar estas herramientas para interpretar y argumentar en un parámetro de los derechos fundamentales, criterios que se encuentran dentro del derecho internacional de los derechos humanos.

El Principio de Razonabilidad y la Proporcionalidad, se encuentra establecido dentro de un test que de acuerdo a la doctrina que aplica la Corte IDH se basa en diferentes criterios o elementos de análisis de aplicación basado de manera estricta en la razón objetiva y lógica del derecho y mediante la ponderación de los mismos.

Las sentencias constitucionales emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, referentes a la aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad, aplican el modelo que establece la Corte IDH, sobre los criterios o elementos desarrollados para el caso de la colisión de derechos y de principios, mediante la ponderación de derechos.

En casos de restricción de derechos fundamentales, esta restricción debe necesariamente estar establecida en la ley para precautelar el Principio de Legalidad del Debido Proceso.

Es importante desarrollar espacios de formación constitucional jurídica integral de jueces, autoridades administrativas, abogados, fiscales y demás operadores del Derecho, mediante el estudio y desarrollo de estas técnicas de interpretación para el tratamiento de destrezas, habilidades y capacidades que permita poner en práctica a cada caso concreto, a fin de consolidar un auténtico Estado Constitucional de Derecho en el Estado Plurinacional de Bolivia.

8. Bibliografía

- ❑ Sauma Zankys G. El debido proceso como garantía los derechos humanos. Unidad Didáctica V, preparada para la Escuela de Jueces del Estado Boliviano. Versión PDF.
- ❑ Attard Bellido M. E. El debido proceso sustantivo reforzado a la luz del acceso a la justicia de niños. La Paz-Bolivia: Fundación Construir.
- ❑ *Tratados Multilaterales > Departamento de Derecho Internacional > OEA* (s. f.), https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b,32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- ❑ *Barrera—2019—Informe sobre el principio o test de proporcionalidad.pdf.* (s. f.), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU\(2019\)008-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU(2019)008-spa)
- ❑ *LOS TRATADOS NACIONALES.pdf.* (s. f.), https://www.univem.edu.br/storage/arquivos_new/L09_TRATADOS_NACIONALES.pdf#page=499
- ❑ Nations, U. (s. f.). *La Declaración Universal de Derechos Humanos | Naciones Unidas.* United Nations; United Nations, <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- ❑ *Razonabilidad y proporcionalidad principios constitucionales para detener el Abuso del poder del estado.pdf.* (s. f.), <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/27460/Razonabilidad%20y%20proporcionalidad%20principios%20constitucionales%20para%20detener%20el%20Abuso%20del%20poder%20del%20estado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- ❑ SAIJ - Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de Mayo de 1986. Serie A No. 6. Solicitante: República Oriental del Uruguay.

(s. f.), <http://www.saij.gob.ar/corte-interamericana-derechos-humanos-internacional-san-jose-costa-rica-opinion-consultiva-oc-6-86-9-mayo-1986-serie-6-solicitante-republica-oriental-uruguay-fa86570000-1986-05-09/123456789-000-0756-8ots-eupmocsollaf?>

- 🔖 Sentencia Constitucional Plurinacional 0024/2018-S2. (s. f.-a.), <https://jurisprudenciaconstitucional.com/resolucion/28916-sentencia-constitucional-plurinacional-0024-2018-s2>
- 🔖 Sentencia Constitucional Plurinacional 0024/2018-S2. (s. f.-b.), <https://jurisprudenciaconstitucional.com/resolucion/28916-sentencia-constitucional-plurinacional-0024-2018-s2>

- 🔖 Sentencia Constitucional Plurinacional 0326/2019-S2. (s. f.). <https://jurisprudenciaconstitucional.com/resolucion/38711-sentencia-constitucional-plurinacional-0326-2019-s2>
- 🔖 Tercera y Relatora—SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 22992012 S.pdf. (s. f.). <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=544>
- 🔖 Vázquez—2016—Test de razonabilidad y derechos humanos instrucc.pdf. (s. f.). <https://www.derechopenalenlared.com/libros/test-de-razonabilidad-y-ddhh.pdf>

Artículo Recibido:17/12/2021

Artículo Aceptado: 27/01/2022

ARTÍCULO 9

Acceso a la justicia de los pueblos indígenas en el ámbito tutelar del control plural de constitucionalidad: avances y retrocesos

Access to justice for indigenous peoples in the tutelary sphere of plural control of constitutionality: advances and setbacks

Mónica Gabriela Sauma Zankys^{1*}, Patricia Serrudo Santelices²

¹ Magister en Derecho Penal

² Magister en Derecho Constitucional

* **Correspondencia del autor(es):** gsauma@gmail.com, pserrudo@hotmail.com, dirección.

Resumen:

El presente ensayo analiza el derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas en la justicia constitucional, identificando, para el efecto, las notas distintivas del control plural de constitucionalidad en Bolivia, su desarrollo legislativo, jurisprudencial, y sus efectos sobre el ámbito tutelar del control de constitucionalidad con relación a los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Palabras clave: Acceso a la justicia, derechos de los pueblos indígenas, control plural de constitucionalidad, conformación plural, atribuciones plurales, argumentación plural, acciones tutelares, acción de amparo constitucional, acción de libertad, acción popular.

Abstract

This essay analyzes the right of access to justice of indigenous peoples in constitutional justice, identifying, for this purpose, the distinctive notes of the plural control of constitutionality in Bolivia, its legislative and jurisprudential development, and its effects on the tutelary sphere of the control of constitutionality in relation to the rights of the native indigenous peasant nations and peoples.

Keywords: Access to justice, rights of indigenous peoples, plural control of constitutionality, plural conformation, plural attributions, plural argumentation, tutelary actions, constitutional amparo action, freedom action, popular action..

1. El control plural de constitucionalidad en Bolivia

1.1. Sus fundamentos

El sistema constitucional boliviano tiene características propias que lo distinguen de los diferentes constitucionalismos europeos e, inclusive, latinoamericanos, siendo las principales, la plurinacionalidad, la interculturalidad, que desde una perspectiva crítica se fundamenta en la descolonización, y el pluralismo en sus diferentes ámbitos, entre ellos el pluralismo jurídico. Así, la plurinacionalidad quiebra los fundamentos del Estado-Nación caracterizado por el monoculturalismo y el monismo jurídico, al reconocer a los pueblos indígenas no sólo como culturas diferentes —en el marco de una noción multicultural— sino como “naciones”, entendiendo a éstas en una doble dimensión: como comunidades históricas con un territorio natal determinado que comparte lengua y cultura diferenciada¹ y como pueblos con capacidad política para definir sus destinos², siempre en el marco de la unidad del Estado, conforme lo determina el art. 2 de la CPE³, y lo entendió la SCP 112/2012, reiterada, entre otras, por las SSCCPP 2211/2012 de 28 de noviembre y 108/2014 de 10 de enero.

1 Walsh, Catherine, “El Estado Plurinacional e Intercultural”, Plurinacionalidad, democracia en la diversidad. Ediciones Abya-Yala, Quito-Ecuador, 2009, p. 169.

2 Yrigoyen, Raquel Z., El Horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización, VII congreso de RELAJU, Lima Perú, agosto de 2010.

3 Como anota Alberto del Real Alcalá, la Constitución boliviana quiebra el modelo de Estado propio del “liberalismo homogeneizador decimonónico y, por consiguiente, quiebra la nación jacobina, abstracta, uninacional, centralista y unicultural que ha sido altamente ineficaz desde todos los puntos de vista a la hora de gestionar una sociedad plural como la de Bolivia; y que en la práctica ha fulminado e invisibilizado cualquier diferencia étnica, cultural o nacional. E instaura, en su lugar, un Estado Constitucional de Derecho de carácter Plurinacional”. Del Real Alcalá, Alberto, “La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: Desafíos y Resistencias”, Memoria Conferencia Internacional “Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional”, CONCED, GTZ, Bolivia 2010, p. 103.

Como anota Boaventura de Sousa Santos, la plurinacionalidad implica el reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos o grupos sociales en situaciones en que los derechos individuales de las personas que los integran resultan ineficaces para garantizar el reconocimiento y la persistencia de su identidad cultural o el fin de la discriminación social de que son víctimas⁴, añadiendo que la idea de autogobierno que subyace a la plurinacionalidad tiene muchas implicaciones: un nuevo tipo de institucionalidad estatal, una nueva organización territorial, la democracia intercultural, el pluralismo jurídico, la interculturalidad, políticas públicas de nuevo tipo, etc.⁵

La SCP 260/2014, sostiene que el carácter plurinacional del Estado implica la construcción colectiva o “diferida” del Estado, “donde la diversidad de pueblos se vea representada en la estructura del Estado y donde se garantice plenamente sus derechos para la construcción de una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales, conforme establece el art. 9.1 de la CPE, como fin y función del Estado”.

Conforme a ello, la plurinacionalidad es el resultado de la voluntad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y tiene sustento en su libre determinación o autodeterminación, que debe ser entendida como un atributo preexistente a la Colonia que, conforme lo señaló la SCP 260/2014, “les fue sistemáticamente negado, y que se reconduce en el Estado Plurinacional, en el marco de una refundación, de una construcción colectiva del Estado, con la participación plena de los pueblos indígenas”.

Cabe señalar que la libre determinación se encuentra prevista como un derecho de todos los pueblos, en general, en el art. 1 del Pacto Inter-

4 De Sousa Santos, Boaventura, Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Plural, CESU-UMSS, La Paz, Bolivia, 2010, p. 88.

5 *Ibidem*.

nacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el mismo artículo primero del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶. De manera específica, este derecho se encuentra reconocido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aunque antes el Convenio 169 de la OIT contemplaba algunos elementos de este derecho⁷.

Efectivamente, el art. 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sostiene que “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico”; posteriormente, el art. 4 de la misma Declaración señala que “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con

sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas”⁸.

De esa manera, la Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas, como sostiene Anaya, tiene un carácter reparador, pues la libre determinación representa el reconocimiento a la negación histórica de ese derecho y la necesidad de remediar dicha negación para que los pueblos indígenas constituyan el Estado, junto a otros sectores, en términos justos y mutuamente acordados después de años de exclusión y aislamiento, lo que implica el reconocimiento e incorporación de los diferentes pueblos en el tejido del Estado⁹. En similar sentido, Erica-Irene Daes, sostiene que la libre determinación constituye una forma de “construcción estatal diferida”, en la que los pueblos indígenas puedan participar en el Estado, en términos de mutuo acuerdo y justicia, después de

6 Dichos artículos señalan: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo su desarrollo económico, social y cultural”.

7 En el Preámbulo del Convenio 169 de la OIT se señala que se reconocen las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vidas, de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los Estados en que viven. También en el texto de sus artículos se contemplaron algunos derechos que emergen de la libre determinación, como el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias (art. 8), el derecho a las tierras y a los recursos naturales existentes en sus territorios (art. 15), el derecho a la consulta previa (art. 6) y el derecho a decidir sobre las prioridades de su desarrollo (art 7). Adicionalmente, debe señalarse que el Convenio 169 de la OIT utilizó por primera vez el término de “pueblos” (pues antes, el Convenio 107 de la OIT hacía referencia a “poblaciones” para designarlos), lo que generó temor en los Estados con relación a las demandas que podrían surgir vinculadas al derecho a la libre determinación que, como se ha visto, está reconocido tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a todos los pueblos y, en ese sentido, existía el temor de que se minara la unidad de los Estados; pues dicho derecho incluye el derecho a establecer libremente su condición política. En mérito a este “miedo”, el mismo Convenio 169 de la OIT sostuvo que la utilización del término pueblos “no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional” (art. 1.3).

8 Ahora bien, el reconocimiento de este derecho no ha sido pacífico por cuanto, como sostiene James Anaya, se entendió a la libre determinación plena “como el logro de un estado independiente o, al menos, como el derecho de elegir la independencia como estado. Por razones obvias, esta tendencia hizo que la afirmación explícita de la libre determinación indígena fuera motivo de un acalorado debate”; motivo por el cual, los Estados insistieron en que la Declaración debería reiterar los principios de integridad territorial y unidad política estatales. ANAYA, James, El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación. Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/1574-anaya-loibredeterminacion.html>. Así, el art. 46 de la Declaración señala: “I. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrario a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encamina a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”.

Debe aclararse, empero, que los pueblos indígenas en ningún momento aspiraron a conformar Estados independientes y, en ese sentido, la libre determinación de los pueblos indígenas no debe ser concebida desde un enfoque eminentemente estatista, vinculado a aspiraciones independentistas, sino como un derecho humano de carácter colectivo ejercido por los pueblos “en relación con los vínculos de comunidad o solidaridad que caracterizan la existencia humana” y, bajo dicha perspectiva, es el derecho a “participar con igualdad en la constitución y desarrollo del orden institucional gobernante bajo el que viven y, además, de que ese orden de gobierno sea uno en el que puedan vivir y desarrollarse libremente de manera continuada”.

9 DAES, Erica-Irene, cit. por James Anaya, op cit.

muchos años de aislamiento y exclusión, lo que no implica la asimilación de los individuos como ciudadanos iguales a los demás, sino “el reconocimiento y la incorporación de pueblos diferenciados a la constitución del Estado, en términos consensuados”¹⁰.

El derecho a la libre determinación tiene un aspecto dual, porque implica, por una parte, el reconocimiento del autogobierno en las cuestiones vinculada a los asuntos internos y locales y, por otra, el derecho a la participación en diferentes ámbitos de la estructura estatal e instituciones del Gobierno bajo el que viven¹¹. Este aspecto dual del derecho, también se encuentra reconocido a nivel interno; pues, conforme establece el art. 2 este derecho consiste en “su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”. Por otra, la libre determinación también significa, la participación de los pueblos indígenas en la estructura, órganos e instituciones del Estado (art. 30.5., 30.18 de la CPE); por ello se prevé la conformación plural de los órganos del Estado y que la Constitución haga referencia a la construcción colectiva del Estado, en la que deben participar las naciones y pueblos indígena originario campesinos como sujetos colectivos¹².

10 Erica-Irene A. Daes, cit. por James Anaya, op. cit.

11 Santiago, Soraya, Guarayos Llanos, Humberto, *Interdialogando. Hacia la construcción plural del derecho desde la cosmovisión de la Nación Yampara*, Konrad Adnauer Stiftung, Oficina Bolivia, La Paz, noviembre de 2014, p. 89.

12 La SCP 37/2013, ha entendido que “...la plurinacionalidad descolonizante reconoce a los pueblos indígena originario campesinos como naciones con capacidad para definir sus destinos en el marco de la unidad (art. 2 de la CPE), que se interrelacionan en un mismo territorio y se garantiza el fortalecimiento de esas identidades plurinacionales. La plurinacionalidad como nuevo enfoque de la diversidad, reconoce el derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, su cultura, sus instituciones, sus saberes y conocimientos como factores de cambio dentro del proceso de descolonización y construcción de la plurinacionalidad”.

1.2. El control plural de constitucionalidad

En el marco de la plurinacionalidad y la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la estructura e institucionalidad del Estado boliviano debe pluralizarse en su conformación, con la presencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, con la finalidad de materializar sus derechos y construir colectivamente el Estado.

1.2.1. La conformación plural del TCP

En cuanto al control de constitucionalidad, la Constitución boliviana aprobada el año 2009, mantiene el diseño de la reforma constitucional de 1994¹³, en la que se incorpora la jurisdicción constitucional, manteniéndose, en ese sentido, el órgano específico destinado al control de constitucionalidad; empero, en el marco de lo señalado precedentemente, a partir del carácter plurinacional del Estado, y los principios de interculturali-

13 La reforma constitucional de 1994 introduce en Bolivia un sistema de control de constitucionalidad preponderantemente concentrado, con las siguientes características:

1. Crea un órgano específico destinado a ejercer el control;
2. El control puede ser ejercido de manera directa, a través del recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad o indirecto o incidental, dentro de procesos judiciales o administrativos;
3. El control puede ser formulado por determinadas autoridades con legitimación activa (Presidente, Diputados, Senadores, a través del Recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad), aunque también podía ser promovido por las partes dentro de un proceso judicial o administrativo o, inclusive, de oficio por la autoridad administrativa o judicial que crea que dentro de dicho proceso se pronunciará resolución sobre la base de una norma sobre la que tiene dudas respecto a su constitucionalidad;
4. En cuanto a sus efectos: 4.1. Las sentencias que declaraban la inconstitucionalidad de una norma tenían carácter erga omnes, salvo el recurso contra tributos y otras cargas públicas, que tenía carácter inter partes; 4.2. Las Sentencias que declaraban la inconstitucionalidad tenían efecto derogatorio o abrogatorio sobre la norma impugnada, salvo en el recurso contra tributos y otras cargas públicas; 4.3. Las Sentencias que declaraban la inconstitucionalidad tenían, en general, efecto hacia el futuro, aunque en algunos supuestos era posible su aplicación retrospectiva y en materia penal retroactiva.

dad y pluralismo jurídico, su diseño se pluraliza porque tiene una conformación plural, además las atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional no sólo están vinculadas con las normas, resoluciones y competencias del sistema ordinario, sino también indígena originario campesino y, finalmente, la metodología de análisis y la argumentación que despliega el Tribunal tiene carácter intercultural, aspectos que se analizan a continuación.

Así, en cuanto a la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional, la Constitución expresamente establece, en el art. 197, que “... estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino”. Si bien este es el actual artículo constitucional; sin embargo, el texto constitucional aprobado en Oruro en diciembre de 2007, expresamente señalaba que la conformación debía ser paritaria, palabra que fue eliminada en las modificaciones realizadas posteriormente en el Congreso¹⁴, y que dio lugar a que la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional únicamente hiciera referencia a que “al menos dos magistradas y magistrados provendrán del sistema indígena originario campesino, por auto identificación personal” (art. 13 de la LTC), desvirtuando de esa manera la esencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, concebido originalmente como un Tribunal en el que convergían de manera igualitaria los dos sistemas de justicia a objeto de lograr la interpretación intercultural del derecho, de los derechos y de las garantías.

Posteriormente, la Ley 929 de 27 de abril de 2017, Ley de Modificación a las Leyes 025 del Órgano Judicial, 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional y 026 del Régimen Electoral, modificó el art. 13 de la LTCP, con el siguiente texto:

“El Tribunal Constitucional Plurinacional estará conformado por nueve (9) Magistradas y Magistrados titulares y nueve (9) Magistradas y Magistrados suplentes”; eliminando el segundo párrafo que sostenía que al menos dos magistradas y magistrados provendrán del sistema indígena originario campesino, por auto identificación personal.

Dicha norma, evidentemente desconoce la previsión constitucional contenida en el art. 197 que exige la representación en el Tribunal Constitucional Plurinacional, tanto del sistema ordinario como del sistema indígena originario campesino; pues si bien la Ley 929, modifica el art. 19.III señalando que de las personas preseleccionadas por la Asamblea Legislativa Plurinacional, se debe garantizar que al menos una sea de origen indígena originario campesino, por auto identificación personal; empero, por una parte, nótese que sólo se hace referencia a una persona y, por otra parte, ello no garantiza, de ninguna manera, la elección del representante del sistema indígena, como lo exige la Constitución Política del Estado.

A partir de lo anotado, es evidente que nos encontramos ante un proceso de desconstitucionalización, que en una de sus acepciones implica la pérdida de rango constitucional de las normas constitucionales, que puede surgir por “la reiterada sanción de leyes o decretos inconstitucionales, pero no declarados así por los órganos de control de constitucionalidad, con lo que, indirectamente, rigen por encima de la constitución y de hecho bloquean o anestesian las reglas constitucionales que los contradicen. La aplicación de un derecho subconstitucional contrario a la constitución, en efecto, importa paralelamente la inaplicación del derecho constitucional que se le opone”¹⁵.

Este proceso de desconstitucionalización también se observa en los requisitos exigidos para postular “al servicio público de magistradas y Magistrados

14 En octubre de 2008, en la Asamblea Legislativa, se presentaron a consideración de las parlamentarias y los parlamentarios, 122 artículos modificados, de los 411 que contenía el texto aprobado en Oruro.

15 Sagües, Néstor Pedro, El concepto de desconstitucionalización, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Disponible en: Dialnet-ElConceptoDeDesconstitucionalizacion-6119788.pdf.

del Tribunal Constitucional Plurinacional¹⁶; pues, de acuerdo a la Constitución Política del Estado (art. 199) además de los requisitos generales para el acceso al servicio público, se requiere haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos, añadiendo que para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.

Conforme se observa, la Constitución no exige tener la profesión de abogado, sino la especialización o experiencia en las disciplinas de derecho constitucional, administrativo de derechos humanos; sin embargo, la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, adicionalmente exige que la o el postulante, posea título de abogada o abogado en provisión nacional y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho constitucional, Administrativo o Derechos humanos (art. 17); requisitos que indudablemente limitan la representación del sistema indígena originario campesino en el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Adicionalmente a lo anotado, cabe señalar que la Constitución establece que las y los Magistrados serán elegidos mediante sufragio universal (art. 198 de la CPE), mecanismo que debería diferenciar a los Magistrados provenientes del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino, pues estos últimos tendrían que ser elegidos a partir de las normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; pues sólo así se garantiza su genuina representación, en el marco, además de los principios de plurinacionalidad y pluralismo jurídico igualitario.

Si esto es así en el Tribunal Constitucional Plurinacional, una peor situación se describe tratándose de los jueces, tribunales y salas constitucionales que tienen como atribución conocer y resolver las diferentes acciones de defensa que se

presentan (acción de libertad, acción de amparo constitucional, acción de cumplimiento, acción popular y acción de protección a la privacidad). Efectivamente, de acuerdo a la Ley 1104 de 27 de septiembre de 2018, las Salas Constitucionales son competentes para conocer dichas acciones de defensa, que también pueden ser interpuestas ante cualquier juzgado público de la jurisdicción, en los supuestos previstos en el art. 3 de dicha Ley¹⁶ y, de manera concreta, las acciones de libertad pueden ser presentadas ante jueces y tribunales en materia penal.

Ahora bien, ni la Ley 1104 ni el Código Procesal Constitucional establecen la conformación plural de las Salas Constitucionales y juzgados encargados de conocer las acciones de defensa, y tampoco establecen la necesidad de la intervención de autoridades, ex autoridades de la nación y pueblo indígena originaria campesino o, en su caso de peritos en dichos temas, en los supuestos en los que miembros o colectivos de una nación indígena originaria campesina intervienen en una acción de defensa¹⁷.

16 ARTÍCULO 3. (ÁMBITO TERRITORIAL).

I. Las Salas Constitucionales serán competentes para conocer y resolver las acciones referidas en el Artículo 2 de la presente Ley, por hechos generados en las ciudades capitales de departamento y los municipios que se encuentren a veinte (20) kilómetros de las mismas.

II. En los municipios no comprendidos en el Parágrafo anterior, las acciones de defensa previstas en el Artículo 2 de la presente Ley, podrán ser interpuestas ante cualquier Juzgado Público de la jurisdicción o Salas Constitucionales de su Departamento.

III. Cuando en el lugar no hubiere autoridad, será competente la Jueza, Juez, Tribunal o la Sala Constitucional al que la parte pueda acceder por razones de cercanía territorial o mejores condiciones de transporte. Si la violación del derecho hubiese sido fuera del lugar de residencia de la afectada o el afectado, ésta o éste podrá presentar la acción, si lo estima pertinente, ante la Sala o Juzgado competente por razón de domicilio del accionante.

17 Efectivamente, de acuerdo al art. 5 de la Ley 1104, los vocales de las Salas Constitucionales deben cumplir los requisitos establecidos en el Artículo 234 de la Constitución Política del Estado, y los Artículos 18 y 47 de la Ley N° 025 de 24 de junio de 2010, del Órgano Judicial, y contar con formación académica y experiencia acreditada de al menos seis (6) años en las disciplinas de Derecho Constitucional o Derechos Humanos; adicionalmente se valorará experiencia en Derecho Administra-

Sin embargo, cabe mencionar al Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario¹⁸, que establece que en las acciones de defensa presentadas contra las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina por presunta lesión a derechos o garantías individuales, corresponde que, una vez admitida la acción o fijada la audiencia en las acciones de libertad, el juez, tribunal o sala constitucional debe solicitar “la cooperación a autoridades, ex autoridades o personalidades –dependiendo del caso- de la nación y pueblo indígena originario campesino de reconocida trayectoria (...) con la finalidad que la autoridad tenga una visión plural del derecho”; cooperación que tiene su fundamento en que al ser la justicia constitucional la única vía para revisar las resoluciones de las autoridades indígenas originario campesinas, es fundamental su participación para interpretar interculturalmente los hechos y el derecho. El Protocolo sostiene que además de dicha medida, es posible adoptar otras medidas para una mejor comprensión de los principios, valores, normas y procedimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, como visitas a la comunidad, entrevista con miembros clave de la comunidad, etc.

1.2.2. Atribuciones plurales del control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad también es plural, debido a que la justicia constitucional no sólo ejerce el control sobre resoluciones, competencias y normas del sistema ordinario, sino también del sistema indígena originario campesino.

Así, en el ámbito tutelar de constitucionalidad, la justicia constitucional puede revisar las resoluciones y decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina, cuando se alegue vulneración a

derechos y garantías constitucionales, a través de las diferentes acciones de defensa previstas en la Constitución y el Código procesal constitucional, y así lo entendió la SCP 1422/2012¹⁹, con la aclaración que el análisis que efectúa el Tribunal debe ser realizado de manera intercultural, utilizando, inclusive, metodologías específicas para efectuar la interpretación y ponderación intercultural.

También dentro del control tutelar debe mencionarse a la acción popular, que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional (SC 1018/2011-R y SSCCPP 176/2012, 645/2012, 300/2012, 645/2012 y 487/2014, entre otras), es la vía idónea para la defensa de los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

19 FJ. IV.4. de la SCP 1422/2012, señala:

“Tal como se mencionó precedentemente, la jurisdicción indígena originario campesina, no se encuentra sometida a ninguna de las demás jurisdicciones disciplinadas por la Constitución; empero, al ser el Estado Plurinacional de Bolivia, un Estado Unitario sometido a una Norma Suprema como es la Constitución, esta jurisdicción se encuentra sometida al sistema plural y concentrado de control de constitucionalidad encomendado en última instancia al Tribunal Constitucional Plurinacional.

En el marco de lo señalado, es imperante precisar que el art. 196.1 de la Constitución, encomienda al control plural de constitucionalidad dos roles esenciales: i) El cuidado de la Constitución; y, ii) El resguardo a los derechos fundamentales. En el marco de estas atribuciones, se establece que el último y máximo contralor de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene roles tanto preventivos como reparadores de control de constitucionalidad, los cuales se ejercen en relación a funcionarios públicos, particulares y autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina, aspecto que justifica la composición plural del Tribunal Constitucional Plurinacional.

En efecto, en su ámbito preventivo, a la luz del pluralismo y la interculturalidad, el régimen constitucional, ha disciplinado un mecanismo de control de constitucionalidad preventivo en relación a los pueblos y naciones indígena originaria campesinas, así el art. 202.8 de la CPE, establece como competencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, el conocimiento y resolución de consultas de las autoridades indígena originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto; asimismo, en el ámbito reparador de control de constitucionalidad y en particular en el campo del control tutelar de constitucionalidad, las acciones de defensa disciplinadas en la parte dogmática de la Constitución, entre las cuales se encuentra la acción de libertad, constituyen también mecanismos idóneos para activar el ejercicio del control plural de constitucionalidad, en el marco de pautas interculturales de interpretación de derechos fundamentales”.

tivo, Derecho Penal, Derecho Civil u otras áreas del Derecho.

18 Aprobado por el Tribunal Supremo de Justicia, mediante Acuerdo de Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia No. 316/2017 de fecha 30 de noviembre de 2017.

En el ámbito competencial de constitucionalidad, existe un conflicto específico, como es el conflicto de competencias entre la jurisdicción ordinaria, agroambiental y la indígena originaria campesina, a través del cual se protege el principio de igualdad jerárquica de jurisdicciones (art. 179.II de la CPE), de tal manera que las jurisdicciones ejerzan las competencias que les corresponden, respetando los ámbitos de vigencia y competencias establecidos en la Constitución Política del Estado.

Además, en el caso de la jurisdicción indígena originaria campesina, se encuentran involucrados los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a ejercer sus sistemas jurídicos (art. 30.14 de la CPE) y a la libre determinación (art. 30.4 de la CPE), en virtud de los cuales, las naciones y pueblos indígenas definen libremente, entre otros, su sistema jurídico, estableciendo sus normas, procedimientos, autoridades e instituciones, de manera libre, sin imposiciones y sin que el Estado, de manera unilateral defina qué materias puede conocer y qué aspectos le están vetados.

Con relación al ámbito normativo de constitucionalidad, existe dos consultas específicas vinculadas a las naciones y pueblos indígena originario campesinos: El control previo sobre la constitucionalidad de los Estatutos autonómicos indígenas, tratándose de las autonomías indígena originario campesinas, y la consulta de las autoridades indígenas sobre la aplicación de sus normas a un caso concreto.

En el control previo de constitucionalidad de los Estatutos, el proyecto debe ser remitido al Tribunal Constitucional Plurinacional, que se pronunciará sobre la compatibilidad de las normas con la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad. Respecto a la consulta de las autoridades indígenas, ésta se constituye en una de las manifestaciones más claras del control plural de constitucionalidad, por cuanto son las autoridades quienes, voluntariamente, acuden al Tribunal Constitucional Pluri-

nacional para formular la consulta, demostrando con ello su interés en aplicar normas compatibles con la Constitución y el bloque de constitucionalidad, así como la necesidad que sus decisiones sean avaladas por el máximo órgano de justicia constitucional, debido a la subordinación de sus sistemas jurídicos, y a la constante criminalización de su jurisdicción, por cuanto contra las autoridades se inician procesos penales por haber aplicado sus normas²⁰.

1.2.3. Argumentación plural y nuevas metodologías del análisis de los casos

El carácter plural del control de constitucionalidad también se manifiesta en la utilización de nuevas metodologías para el análisis de los casos y la forma de argumentación de las resoluciones. Efectivamente, en los supuestos en los que se cuestionen resoluciones y decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina, en el ámbito de las acciones tutelares, o cuando se resuelvan las consultas de las autoridades indígenas sobre la aplicación de sus normas a un caso concreto o, finalmente, cuando se tenga que definir si una competencia está siendo correctamente ejer-

20 En ese sentido, cabe mencionar a la DCP 006/2013, que concibió a la Consulta: "...como un mecanismo constitucional propio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, está condicionada a la diversidad de sistemas jurídicos; es decir, la consulta en sí misma contiene las preocupaciones, preguntas, necesidades y demandas de la diversidad de contextos y problemas que llegan y llegarán a plantear las autoridades indígena originario campesinas. Por eso es que en la consulta el acceso de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a la justicia constitucional debe ser directo, abierto y flexible, por ende, su procedimiento debe respetar la diversidad y el contexto de cada comunidad.

En el contexto señalado, y en el marco de los nuevos caracteres del Estado Plurinacional, la consulta de las autoridades indígena originario campesinas se encuentra orientada fortalecer, restituir y reconstituir el ejercicio e igualdad jurisdiccional, por ello cada nación y pueblo indígena originario campesino, en el marco de la libre determinación y autogobierno, puede activar la consulta como un mecanismo inherente a su jurisdicción al momento de tomar decisiones, aplicarlas o una vez ejecutadas; es decir, sin formalidades que restrinjan su acceso abierto, directo y flexible a la justicia constitucional, y de manera recíproca pueda ser un instrumento de las naciones y pueblos indígena originario campesinos que permita restituir el equilibrio y armonía en cada una de ellas.

cida por la jurisdicción ordinaria, agroambiental o indígena originaria campesina, la justicia constitucional está obligada a adoptar metodologías que le permita conocer el contexto cultural, los principios valores, normas, procedimientos y autoridades de la nación y pueblo indígena originario campesino, esto con la finalidad de analizar los hechos e interpretar interculturalmente los derechos.

Estas nuevas metodologías van más allá de los informes periciales elaborados por antropólogos o sociólogos jurídicos, pues si bien su labor es importante; sin embargo, se constituyen en intermediarios culturales, que traducen el sistema indígena originaria campesino a la justicia constitucional²¹, que no encuentran justificativo en el Estado Plurinacional, y menos en una institución plural, como es el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la que deberían darse cita tanto el sistema ordinario como el sistema indígena originario campesino, de tal manera que la “voz” de este último sistema participe en la definición de la vulneración o no de derechos fundamentales, a través de una interpretación intercultural; de ahí la necesidad de una conformación plural del Tribunal Constitucional Plurinacional y también de los jueces y tribunales de garantías.

Por ello, es importante que, entre tanto no exista una modificación normativa que pluralice la conformación de los tribunales de la justicia constitucional, es indispensable buscar metodologías que legitimen las resoluciones constitucionales, a

través, por ejemplo de la colaboración de autoridades o exautoridades de la nación y pueblo indígena originario campesinos involucrado en la acción de defensa, que permita el conocimiento del sistema jurídico; asimismo, es importante que se instauren diálogos interculturales, que se efectúen visitas a la comunidad u origen por las propias autoridades de la justicia constitucional, que se permitan las audiencias para escuchar a las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina, y que se permita la presencia de peritos en temas indígenas, en lo posible, peritos formados con dicha finalidad²².

Estas metodologías plurales, permitirán como se tiene señalado, efectuar una interpretación y ponderación intercultural de derechos (entre derechos colectivos e individuales) que tome en cuenta no sólo la tradición occidental y el desarrollo alcanzado por el sistema universal e interamericano de derechos humanos, sino también la forma de comprensión de los derechos –con una base comunitaria²³– de las naciones y pueblos in-

21 Bartolomé Clavero, al analizar la SCP 1422/2012, sostiene que el caso fue resuelto por un peritaje antropológico proveniente de la Unidad de Descolonización del Tribunal Constitucional Plurinacional, “una dependencia burocrática del propio TCP”. El autor sostiene que “la antropología y su voz en el Tribunal, la representada por la Unidad de Descolonización, es otra barrera de lo más efectiva para el silenciamiento de la autoridad indígena...esta dependencia del propio TCP, no sólo es voz lo que suplanta...suplanta a la autoridad indígena el propio Tribunal Constitucional Plurinacional arrogándose la inteligencia del derecho comunitario sin siquiera consultar o sin abrir interlocución alguna”. Clavero, Bartolomé, Bolivia: ¿Jurisprudencia constitucional plurinacional?. Disponible en: <https://www.servindi.org/actualidad/85058>

22 Una experiencia interesante se dio el año 2015, donde se realizó el “Curso para la construcción plural de los derechos humanos”, dirigido a autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina de diferentes naciones y pueblos indígena originario campesinos. En dicho curso se formaron a peritos en derechos de los pueblos indígenas, certificados por la Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca, y actualmente, algunos de los peritos formados, participan en procesos penales con la finalidad de colaborar en la interpretación intercultural del derecho. Memoria. Curso para la construcción plural de los Derechos Humanos, Konrad Adenauer Stiftung, Fundación Tribuna Constitucional, Bolivia, 2015.

23 Las SCP 790/2012 de 20 de agosto, señala “(...) la comprensión de los derechos, deberes y garantías no puede realizarse desde la óptica del constitucionalismo liberal, sino más bien abrirse a una pluralidad de fuentes del derecho y de derechos, trascendiendo el modelo de Estado liberal y monocultural cimentado en el ciudadano individual, entendiéndose que los derechos en general, son derechos de colectividades que se ejercen individualmente, socialmente y/o colectivamente, lo cual no supone la negación de los derechos y garantías individuales, pues el enfoque plurinacional permite concebir a los derechos, primero, como derechos de colectividades, luego como derechos que se ejercen individualmente, socialmente y colectivamente en cada una de las comunidades civilizatorias, luego como una necesidad de construir, de crear una comunidad de comunidades; es decir, un derecho de colectividades, un derecho que necesariamente quiebre la centralidad de una cultura sobre las otras y posibilite diálogos, espacios políticos

dígena originario campesinos.

Es en ese ámbito que, a partir del principio de interculturalidad previsto en la Constitución boliviana (arts. 1, 178 de la CPE), la construcción colectiva del Estado, supone la aceptación que todas las culturas son incompletas y que, por tanto, como señala Boaventura de Sousa Santos, pueden ser enriquecidas por el diálogo y la confrontación con otras culturas²⁴; en ese sentido, dicho autor hace referencia a la traducción intercultural, que desde la perspectiva de los saberes asume la forma de una hermenéutica diatópica que consiste en un trabajo de interpretación entre dos o más culturas para identificar preocupaciones similares (isomórficas) y las diferentes respuestas que proporcionan²⁵.

Este enfoque de la interculturalidad es fundamental en el ámbito de los derechos humanos, pues para definir sobre la existencia de lesión a los mismos, se deberá recurrir a una “traducción intercultural”²⁶ de los derechos.

Una propuesta parecida, pero dirigida de manera específica a los derechos humanos, se encuentra en el trabajo de Mauricio Beuchot, que propone una “hermenéutica analógica” que permita “dialogar con las otras culturas con una doble actitud: aprender de ellas y también la de criticar sus elementos. Una hermenéutica que permita superar la postura univocista en la que se trata de

imponer a toda costa un modelo universal, pero también superar la postura equivocista en la que se permite un relativismo cultural excesivo, que promueve la diferencia a ultranza”²⁷; en síntesis, a través de la hermenéutica analógica es posible respetar las diferencias colectivas y alcanzar la universalidad suficiente para rescatar valores genéricos en medio de valores particulares y, a partir de ellos²⁸, a través del diálogo intercultural, posibilitar así la observación de los valores de diversas culturas comparadas, buscando lo que tienen en común y definiendo aquellos que serán considerados “universales”, o bajo la denominación de la Corte Constitucional de Colombia, los “mínimos interculturales”²⁹.

Cabe señalar que, de acuerdo con Beuchot, no se trata de una universalidad indiferenciada, sino matizada, atenta a las particularidades de las personas en sus diversos contextos. Se trata de conjugar lo universal y lo particular, logrando un universal matizado, buscando el equilibrio pro-

de querella discursiva para la generación histórica y necesaria de esta comunidad de comunidades de derechos.

El reconocimiento y adopción del pluralismo jurídico, hace posible un diálogo intercultural entre derechos, pues ya no existe una sola fuente de Derecho y de los derechos; de donde éstos pueden ser interpretados interculturalmente, lo cual habilita el carácter dúctil y poroso de los derechos, permitiendo un giro en la comprensión de los mismos, generando su transformación para concebirlas como práctica de diálogo entre culturas, entre mundos civilizatorios, en búsqueda de resignificar constantemente el contenido de los derechos para cada caso concreto”.

24 DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina, Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Plural editores, CESU, UMSS, La Paz, 2010, p. 47 y ss.

25 *Ibíd.*

26 *Ibíd.*, p. 44.

27 Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Siglo XXI Editores, México, 2005, p. 28.

28 *Ibíd.* p. 65

29 Así, la Sentencia T- 812/1, reiterando la jurisprudencia de la Corte, ha señalado que: “...en virtud del principio de maximización de la autonomía, que se aplica cuando los intereses o personas involucrados pertenecen a la misma comunidad, los únicos límites válidos que se le puede imponer a las autoridades indígenas son el respeto del derecho a la vida, de la prohibición de la tortura, de los tratos crueles e inhumanos, de la esclavitud, por referirse ‘a los bienes más preciados del hombre’ sobre los cuales ‘existe un verdadero consenso intercultural’ y por hacer parte del ‘grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en caso de conflicto armado’. En igual sentido, la jurisdicción indígena también tiene que respetar el debido proceso por expresa exigencia constitucional en la medida en que, según el artículo 246 superior, el juzgamiento debe hacerse conforme a las normas y procedimientos de las comunidades indígenas. Sin embargo, esta previsión ‘no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que se pretende preservar’. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-812-11.htm>.

porcional³⁰.

En las normas internacionales, el art. 8.2 del Convenio 169 de la OIT determina que los pueblos indígenas “deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Añadiendo posteriormente que “Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de éste principio” (art. 8.2). Por su parte, el art. 9.1. del Convenio de manera expresa señala que deben respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros; finalmente, el art. 8.1. del Convenio 169 de la OIT establece como una obligación del Estado el considerar las costumbres o derecho consuetudinario de los pueblos indígenas al aplicar la legislación nacional.

De acuerdo con Raquel Yrigoyen, el art. 8.2 del Convenio 169 de la OIT obliga a adoptar procedimientos para garantizar una definición e interpretación intercultural de los derechos humanos, que deben garantizar:

- ⊙ La ponderación de intereses con base en una definición e interpretación intercultural de los hechos y el derecho a partir del diálogo intercultural, atendiendo a las distintas visiones culturales e intereses de las partes.
- ⊙ Presencia de los pueblos indígenas en la definición e interpretación de los derechos, mediante la presencia mixta de ambas jurisdiccionales.
- ⊙ Existencia de mecanismos que permitan las soluciones negociadas, esto es, “que los procedimientos no sean rígi-

dos y orientados a la adjudicación de derechos perdedor o ganador...”.

- ⊙ Los procedimientos deben estar orientados a la prevención, restauración o alguna forma de reparación de los derechos vulnerados y no así a la sanción de las autoridades originarias³¹.

Entonces, a partir de lo anotado, los jueces y tribunales están obligados a realizar una interpretación intercultural del derecho, que el ámbito interno encuentra fundamento en los arts. 1 y 178 de la CPE, que consagran el principio de interculturalidad; interpretación que está expresamente prevista en el art. 4.d) de la Ley del Deslinde Jurisdiccional que establece que “Al momento de administrar e impartir justicia, las autoridades de las distintas jurisdicciones reconocidas constitucionalmente deben tomar en cuenta las diferentes identidades culturales del Estado Plurinacional”.

El Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 1422/2012 de 24 de septiembre, construyó el paradigma del vivir bien como pauta específica de interpretación intercultural con cuatro parámetros “de axiomaticidad proporcional y razonable”, conforme a los siguientes argumentos:

(...) el paradigma del vivir bien, somete a sus postulados a todas las decisiones emergentes del ejercicio de la jurisdicción indígena originario campesina, por lo que en el supuesto de activarse el control tutelar de constitucionalidad a través de acciones de defensa como ser la acción de libertad, las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina denunciadas como lesivas a derechos fundamentales en contextos interculturales, en el ejercicio del control plural de constitucionalidad, deberán analizarse en el marco de los siguientes parámetros de axiomaticidad proporcional y razonable propios del paradigma del vivir bien: a) armonía axiomática; b) decisión acorde con cosmovisión propia; c) ritualismos armónicos con procedimientos, normas tradicionalmente

30 Beuchot, Mauricio, op. cit. p. 85.

31 Ibíd.

utilizados de acuerdo a la cosmovisión propia de cada nación y pueblo indígena originario campesino; y, d) Proporcionalidad y necesidad estricta.

Posteriormente, la SCP 1422/2012 fue modulada por la SCP 0778/2014 de 21 de abril, que redujo los cuatro parámetros del paradigma del vivir bien a dos, para la tutela de los derechos individuales o colectivos, acordes con el nuevo modelo de Estado y en particular con el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización:

- ⊙ El análisis de compatibilidad del acto o decisión cuestionado con las normas y procedimientos propios de cada nación y pueblo indígena originario campesino, aspecto que obliga tanto a los jueces o tribunales de garantías, como al Tribunal Constitucional Plurinacional, a resolver la problemática, de acuerdo a métodos y procedimientos constitucionales interculturales, como ser los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos en las propias comunidades, para que en caso de verificarse una incompatibilidad de dichas normas y procedimientos, se materialice el valor del vivir bien, el cual es el contenido esencial de los derechos individuales o colectivos en contextos intra e interculturales; y,
- ⊙ El análisis de compatibilidad del acto o decisión cuestionado con los principios de complementariedad, equilibrio, dualidad, armonía y otros de la cosmovisión propia de los pueblos y naciones indígena originario campesino y obliga tanto a los jueces o tribunales de garantías, como al Tribunal Constitucional Plurinacional, a resolver la problemática, de acuerdo a métodos y procedimientos constitucionales interculturales, como ser los peritajes antropológico-culturales o

el desarrollo de diálogos en las propias comunidades, para que en caso de verificarse una incompatibilidad de dichos actos o decisiones con los valores antes señalados, se materialice el valor del vivir bien, el cual es el contenido esencial de los derechos individuales en contextos intra e interculturales”.

Debe señalarse que la SCP 778/2014 fija algunos métodos y procedimientos interculturales que tendrían que ser utilizados para la interpretación intercultural, entre ellos, los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos interculturales, y establece que la finalidad del análisis que se efectúe en sede constitucional sobre la posible lesión de derechos o garantías constitucionales es la materialización del valor del vivir bien.

Corresponde también mencionar a la SCP 0487/2014 que ha hecho referencia a la interpretación plural del derecho, y a la posibilidad de realizar ponderaciones –también plurales– de derechos individuales y colectivos, conforme al siguiente razonamiento:

(...) en muchos casos, los jueces estarán obligados a efectuar una ponderación de los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos con la los derechos individuales que, conforme se ha dicho, a partir de lo previsto en el art. 13.III de la CPE tienen igual jerarquía; ponderación en la que se deberá analizar si la medida adoptada, limitadora de un derecho tiene un fin constitucionalmente legítimo, analizando si dicha medida es idónea, necesaria y proporcional, los tres principios propios de los juicios de ponderación: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, principios que, empero, deben ser interpretados pluralmente, considerando, se reitera los principios, valores, normas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

También cabe señalar que la SCP 722/2018-S4 de 30 de octubre, moduló el “Paradigma del Vivir Bien”, señalando que con carácter previo a efec-

tuarse el análisis, debían identificarse los siguientes elementos:

1) Las características de la comunidad, nación o pueblo indígena de donde emergen los antecedentes fácticos de la acción tutelar; 2) La naturaleza del conflicto, así como de las condiciones particulares de la parte impetrante de tutela -si pertenece o no a un grupo vulnerable, o si sus derechos invocados se encuentran en un riesgo inminente, o son objeto de una evidente y grosera lesión, que sólo pudiera repararse a través de los mecanismos procesales de la jurisdicción constitucional, a expensas de sus propias autoridades jurisdiccionales-; y, 3) Si las autoridades de la estructura organizacional de la comunidad, nación o pueblo indígena originario campesino de donde provienen los antecedentes de la acción tutelar, tienen jurisdicción y competencia para resolver con mayor inmediatez el conflicto en cuestión, para que -en su caso- la problemática pase a su conocimiento.

De acuerdo con la SCP 722/2018-S4, la modulación tiene como objetivo fortalecer a la jurisdicción indígena originaria campesina; bajo el entendido que la justicia constitucional no puede suplir las normas y procedimientos propios de dicha jurisdicción, por lo que corresponde que se defina en cada caso si de acuerdo a su sistema jurídico existen instancias o autoridades a las que se puede acudir para que resuelva de manera inmediata el conflicto o la denuncia efectuada por la o el accionante.

Conforme a la jurisprudencia glosada, corresponde que las nuevas metodologías de análisis sean utilizadas por la justicia constitucional y que, ante la colisión de derechos existente, cuando se impugnan decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina, corresponde que en todos estos casos se efectúa una ponderación intercultural del derecho, solicitando al efecto el informe técnico a la Secretaría Técnica del Tribunal Constitucional Plurinacional y adoptando otras metodologías plurales; constituyéndose estas

pautas, sin duda, en el estándar jurisprudencial más alto vinculado al respeto a los principios de plurinacionalidad, interculturalidad, pluralismo jurídico y a los derechos -a nivel metodológico, de construcción plural del derecho- de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos.

1.3. El estándar jurisprudencial más alto

La doctrina del estándar jurisprudencial más alto fue establecida por la jurisprudencia constitucional en las SSCPP 2233/2013 de 16 de diciembre y 0887/2014-S3 de 27 de octubre, en el marco de los principios de favorabilidad y progresividad. De acuerdo con esta doctrina, frente a la existencia de dos o más sentencias constitucionales plurinacionales contradictorias, se debe preferir aquella que hubiere desarrollado de manera más amplia, extensiva y favorable el derecho en cuestión; criterio a partir del cual se concluye que el precedente en vigor será aquel que se escoge a después del examen o análisis integral de la línea jurisprudencial, ya no solamente a partir del criterio temporal de las sentencias constitucionales -si fue anterior o posterior- que hubiere cambiado, modulado o reconducido un determinado entendimiento jurisprudencial, sino sobre todo, aquél que sea exponente del estándar más alto de protección del derecho.

Esta identificación del precedente es coherente, además, con las características de los Estados Constitucionales, como el principio de constitucionalidad, la preferencia por los derechos humanos, y la preponderancia del órgano judicial, por cuanto las y los jueces tienen una labor crítica y valorativa de las disposiciones legales, en la medida en que, frente a la pluralidad de fuentes normativas³² en nuestro sistema constitucional, les

32 Se hace referencia a una pluralidad de fuentes normativas, por cuanto no sólo es derecho la disposición legal como tal, sino también la Constitución Política del Estado, los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, los precedentes internos e internacionales, las normas de las naciones y pueblos indígenas originario En ese orden de ideas, siguiendo la

corresponde la definición de lo que es derecho a partir de su compatibilidad con las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad y la utilización de los criterios de interpretación de los derechos humanos. En definitiva, la labor jurisdiccional supone un permanente control de constitucionalidad y de convencionalidad, que supera la actividad jurisdiccional mecánica y silogística propia del Estado Legislativo, en la que las y los jueces se limitaban a aplicar la disposición legal en el marco de un silogismo jurídico, bajo el entendido que el derecho era válido por haber sido puesto del legislador, sin posibilidad alguna de realizar una labor crítica de dicha disposición legal.

En ese marco, bajo los criterios actuales del Estado Constitucional, la labor crítica y valorativa del juez no podría desplegarse en toda su magnitud si es que el culto por el principio de legalidad –propio del Estado legislado de derecho, se sustituye por un culto a los precedentes dominantes, que generarían una suerte de “Estado de precedentes constitucionales”, bajo una lógica similar al Estado legislado, en el que las juezas, jueces, tribunales tendrían que vincularse al precedente, por haber sido “puesto” por el máximo tribunal de justicia constitucional, es decir el Tribunal Constitucional Plurinacional, sin ninguna labor crítica ni valorativa del precedente, reduciendo la labor

jurisdiccional a ser simples aplicadores mecánicos de los precedentes mayoritarios o dominantes; labor que de ninguna manera puede ser admitida en el marco de un Estado Constitucional, que exige, como se tiene señalado un continuo contraste de las normas, precedentes vinculados a derechos humanos en el marco de los principios de favorabilidad y progresividad.

1.4. El acceso a la justicia de los pueblos indígenas en el ámbito tutelar

El acceso a la justicia ha sido entendido por la SCP 1478/2012 de 24 de septiembre, a partir de tres componentes: a) el derecho de acceder propiamente a la jurisdicción; b) el derecho a obtener una resolución motivada y fundamentada, y c) el derecho a que esa resolución se ejecute³³. Estos componentes también son predicables del acceso a la justicia en el marco de la jurisdicción indígena originario campesina, con el advertido que cada uno de ellos debe ser pluralizado.

Así, el primer componente (a) implica que no existan obstáculos culturales para el acceso a la jurisdicción; en otras palabras que las naciones y pueblos indígenas o sus miembros, tengan la certeza que el juez o autoridad que conoce su causa, conoce su cultura, sus principios, valores, normas y procedimientos; con relación al segundo

normativa referida, corresponde señalar que el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia -sin pretender agotar todas las perspectivas de este derecho tan ampliamente concebido y desarrollado- contiene: 1) El acceso propiamente dicho a la jurisdicción, es decir, la posibilidad de llegar a la pluralidad de jurisdicciones reconocidas por la Constitución, sin que existan obstáculos, elementos de exclusión, limitación, que dificulten el ejercicio de este derecho tanto por el Estado como por los particulares; 2) Lograr un pronunciamiento judicial proveniente de las autoridades judiciales formales o las autoridades naturales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que solucione el conflicto o tutele el derecho, siempre que se hubieran cumplido los requisitos establecidos en la norma; y, 3) Lograr que la Resolución emitida sea cumplida y ejecutada, debido a que si se entiende que se acude a un proceso para que se restablezca o proteja un derecho, un interés o un bien, en la medida que el fallo no se ejecute, el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia no estará satisfecho.

33 La SCP 1478/2012, en el FJ.III.1.1. señala: “En ese orden de ideas, siguiendo la normativa referida, corresponde señalar que el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia -sin pretender agotar todas las perspectivas de este derecho tan ampliamente concebido y desarrollado- contiene: 1) El acceso propiamente dicho a la jurisdicción, es decir, la posibilidad de llegar a la pluralidad de jurisdicciones reconocidas por la Constitución, sin que existan obstáculos, elementos de exclusión, limitación, que dificulten el ejercicio de este derecho tanto por el Estado como por los particulares; 2) Lograr un pronunciamiento judicial proveniente de las autoridades judiciales formales o las autoridades naturales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que solucione el conflicto o tutele el derecho, siempre que se hubieran cumplido los requisitos establecidos en la norma; y, 3) Lograr que la Resolución emitida sea cumplida y ejecutada, debido a que si se entiende que se acude a un proceso para que se restablezca o proteja un derecho, un interés o un bien, en la medida que el fallo no se ejecute, el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia no estará satisfecho”.

(b) y tercer (c) componentes que la resolución del caso –y su ejecución– sea además, culturalmente adecuada, es decir que considere los principios, valores, normas y procedimientos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos.

Adicionalmente, debe considerarse que el acceso a la justicia en contextos plurales debe ser visto desde dos dimensiones: una individual y otra colectiva; la primera, vinculada a los supuestos en los que miembros de las naciones y pueblos indígena originario campesinos son sometidos a procesos en una vía diferente a la jurisdicción indígena originaria campesina, y la segunda, referida a los casos en que las naciones y pueblos indígena originario campesinos acuden a la justicia constitucional para la defensa de sus derechos colectivos

Lo anteriormente anotado, se vincula con el componente tutelar del control de constitucionalidad; pues considerando el ámbito de protección de las acciones de defensa, desde la perspectiva de los derechos de naciones y pueblos indígena originario campesinos, existen dos bloques de protección: i) Protección de los derechos individuales por la aplicación de normas y procedimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y ii) Protección de los derechos colectivos de naciones y pueblos indígena originarios campesinos.

El primer bloque, referido a los derechos civiles, políticos, así como los derechos económicos, sociales y culturales, encuentran protección a través de las acciones de libertad³⁴, amparo consti-

34 La acción de libertad instituida en el art. 125 de la CPE, protege el derecho a la libertad personal frente a detenciones o retenciones arbitrarias; la libertad de locomoción, en casos de restricción y persecuciones indebidas; la vida cuando esté en peligro, la integridad física o personal en cuanto a la prohibición de torturas, tratos crueles, humillantes y degradantes; el debido proceso respecto a supuestos de procesamiento indebido e ilegal. Las SSCC 0023/2010-R, 0218/2014, se han referido al alcance de protección respecto al derecho a la libertad de locomoción y su característica como derecho autónomo. Asimismo, ha sido la SCP 2468/2012, la que establece la amplitud de protección del derecho a la vida, ya sea a través de la acción de libertad o del amparo constitucional, señalando que será la

tucional³⁵ y protección de privacidad³⁶ y la acción de cumplimiento³⁷, mecanismos de defensa en los que deberá aplicarse la interpretación intercultural cuando se alegue lesión a derechos o garantías en la jurisdicción indígena originario campesina.

El segundo bloque, referido a los derechos colectivos específicos previstos en el art. 30 de la CPE, así como en el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas (DNUPI) forman parte del ámbito de protección de la acción popular.

Ahora bien, en consideración a que uno de los principios rectores para la aplicación de derechos fundamentales es el de favorabilidad, del que de-

parte la que podrá elegir qué acción plantear cuando considere que el derecho a su vida se encuentre amenazado o vulnerado. Por su parte las SSCC 0476/2011-R, 1579/2013, han ampliado el ámbito de protección de la acción de libertad en cuanto a la protección del derecho a la integridad física o personal.

35 La acción de amparo, prevista en el art. 128 de la CPE protege todos los demás derechos y garantías constitucionales, que no se encuentran protegidos por las otras acciones de defensa. Siguiendo a Rubio Llorente, la funcionalidad del amparo constitucional, junto con el resto de acciones de defensa y recursos constitucionales, es la de precisar, definir y redefinir continuamente el contenido de los derechos fundamentales, delimitando a través del intérprete constitucional su perfil. En efecto, esta funcionalidad ha permitido la redefinición del contenido esencial de los derechos fundamentales. Así en lo que respecta a los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la SCP 0037/2013 de 4 de enero, incorporó la dimensión plural del derecho de acceso a la justicia. Otro ejemplo, es el relativo al derecho a la igualdad en su dimensión colectiva, desarrollado por la SCP 0260/2014 de 12 de febrero, la que además de referirse a la tetra dimensionalidad de la igualdad: principio, derecho, valor y garantía, determinó que la igualdad desde la perspectiva colectiva, debe ser comprendida a partir de la diferencia; Esto con la finalidad de deconstruir aquellas condiciones que permitan igualar a los grupos que estuvieron en condiciones de subordinación, logrando de esta manera, en el ámbito de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, verdaderas relaciones de interculturalidad sobre la base de la descolonización.

36 La acción de protección de privacidad, prevista en el art. 130, protege los derechos a la intimidad y privacidad personal o familiar, el derecho a la propia imagen, el derecho a la honra y reputación cuando se vean afectados a través bancos de datos privados o públicos.

37 La acción de cumplimiento incorporada en el art. 134 de la CPE, abre su ámbito de protección frente a la omisión de un deber específico previsto en la Constitución o la ley, por parte de los servidores públicos u órganos del Estado.

riva el principio *pro actione*, su observancia es aún mayor en contexto de derechos de pueblos indígenas para garantizar un efectivo acceso a la justicia constitucional, considerando que ésta es la única jurisdicción que puede controlar el ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina al momento de aplicar sus normas y procedimientos; así también cuando cualquier miembro indígena considere la lesión de sus derechos individuales por cualquier persona particular, servidora o autoridad.

En este sentido, siguiendo los lineamientos del Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario, las flexibilizaciones insertas en la jurisprudencia constitucional deben ser aplicadas a pueblos indígenas con mayor diligencia y en el marco del contexto cultural de los pueblos indígenas y conforme a una interpretación intercultural³⁸.

Bajo esta lógica es que se destaca pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional que han aplicado estos criterios de favorabilidad y que ha dado lugar a la doctrina de la reconducción de acciones, creada en un caso de pueblos indígenas. En efecto, la SCP 0645/2012, incorpora el razonamiento que cuando el accionante se equivocar en la activación de la acción de defensa, ésta podrá ser reconducida procesalmente por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) a la acción idónea³⁹; doctrina que fue precisada por la SCP 0487/2014, en la que se determinó que si se

tratare de pueblos indígenas la reconducción deberá operar de oficio por el Tribunal de garantías o el TCP.

De igual forma corresponde referirnos a la SCP 0487/2014, cuyo precedente señala que los principios de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, justicia material, *pro actione* y no formalismo, deben ser aplicados con mayor fuerza en la justicia constitucional y, en especial, tratándose de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Asimismo, se destaca la SCP 1472/2012 a través de la cual se incorporó, en una acción popular vinculada con naciones y pueblos indígenas, el instituto del *amicus curiae* o amigos del Tribunal, como una nueva metodología para el análisis de las acciones tutelares y recursos constitucionales⁴⁰ a través del cual se incorpora en el análisis los informes de especialistas en el tema, cuya opinión se solicita de oficio o a instancia de parte. Al respecto, conforme señala Attard Bellido, aunque la opinión del amigo del tribunal no es vinculante, empero contribuye al fortalecimiento de un modelo argumentativo, en el marco no sólo de parámetros internos, sino también de los estándares internacionales de protección de Derechos Humanos⁴¹.

Por otra parte, cabe mencionar a las Sentencias que desde una perspectiva individual han flexibilizado los requisitos y formalidades para el acceso a la justicia (en su dimensión individual) de miembros de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Así, la SCP 1422/2012, determinó que la acción de libertad será el medio idóneo para tutelar derechos vinculados a la vida, flexibilizándose cualquier ritualismo o presupuesto procesal para su activación, lo que permitiría

38 En dicho documento se consideró que el precedente contenido en la SCP 0030/2013, debía ser observado con mayor celo para naciones y pueblos indígenas; esta Sentencia entiende que “cuando en etapa de admisibilidad, se genere una duda razonable sobre una lesión manifiesta y ‘grosera’ a derechos fundamentales que en un análisis de fondo de la problemática, podría implicar la aplicación del principio de justicia material a la luz de la pauta de interpretación denominada *pro-actione*, la causa deberá ser admitida en mérito a la duda razonable para la aplicación del principio *pro-actione*, en resguardo de la materialización de los valores justicia e igualdad”. Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario, p. 96.

39 La SCP 0210/2013, determinó que la posibilidad de reconducción de acciones, no solo alcanza al TCP, sino también a los jueces y tribunales de garantías.

40 SCP 0049/2019 de 12 de septiembre, entre otras.

41 Para la autora, con la opinión de los amigos del Tribunal también se fortalece el Estado Constitucional de Derecho. Attard Bellido, María Elena, 2018. La jurisdicción indígena originario campesina en el esquema constitucional boliviano. Sucre, Bolivia: Centro de Estudios de Posgrado e investigación y Escuela de Jueces del Estado, p. 93.

entender que la subsidiariedad en las acciones de libertad y de amparo constitucional no operarían en casos de miembros de naciones y pueblos indígena originario campesinos; sin embargo, conforme se tiene señalado, la SCP 722/2018-S4 de 30 de octubre, ha establecido que en cada caso se debe analizar la existencia de autoridades o instancias al interior de la nación y pueblo indígena originario campesino a efecto de determinar la subsidiariedad de las acciones de defensa, salvando los casos en los que existan grupos de prioritaria atención;

De otro lado, se debe recordar que no se llena el contenido esencial del derecho de acceso a la justicia únicamente con medidas destinadas a acceder a la jurisdicción propiamente dicha, sino también, forma parte del contenido esencia de dicho derecho lograr una resolución culturalmente adecuada, motivada y eficaz, acorde con la base principista axiológica⁴². Bajo esta lógica, para naciones y pueblos indígenas la eficacia de una decisión sólo podría lograrse a través de una interpretación intercultural del derecho, sobre esta metodología del pensamiento se ha pronunciado la SCP 1422/2012, que introdujo el paradigma del vivir bien, así como la SCP 778/2014 y la SCP 722/2018-S4, mencionadas en párrafos precedentes.

Corresponde ahora hacer referencia a las sentencias pronunciadas en acción popular sobre determinados derechos colectivos⁴³. En este cometido, se ha señalado que la acción popular es la acción de defensa específica para tutelar los derechos colectivos y difusos de pueblos indígenas, según ha quedado precisado en la SCP 0487/2014, acción

que goza de la máxima flexibilización procesal, pues no está sujeta a requisitos de admisibilidad, ni necesita de poder específico de representación. Así, a través de las SSCC 0645/2012 y 0006/2016, se ha respetado su derecho a la autoidentificación, y, en ese sentido, se ha establecido que no corresponde exigirles la acreditación de su personería jurídica para acreditar su existencia como pueblo, ni para el ejercicio de sus derechos colectivos (SCP 0006/2016), pudiendo ejercerlos a través de las instituciones representativas que consideren pertinentes bajo su libre determinación (SCP 0645/2012).

Asimismo, bajo una interpretación extensiva y de flexibilización procesal, se ha determinado que a través de esta acción también se tutelan derechos individuales cuando son ejercidos de manera colectiva por naciones y pueblos indígena originario campesinos; así por ejemplo, la tutela de la garantía del debido proceso, derecho a la defensa, petición. Razonamiento expuesto en la SCP 0487/2014⁴⁴.

Respecto a las sentencias que han tutelado determinados derechos colectivos, puede citarse a la SCP 0572/2014, caso Takana el Turi Manapare, en la cual la jurisprudencia constitucional se pronunció respecto a la titulación colectiva de

42 La SCP 2221/2012, redimensiona el contenido esencial del derecho a la motivación, señalado que no es suficiente la exposición de las razones de la decisión, sino buenas razones y son buenas razones aquellas que con coherentes con el sistema jurídico.

43 No es intención de este trabajo realizar un análisis de todo el desarrollo jurisprudencial, pues excedería su pretensión, sino simplemente, realizar una radiografía con la identificación de sentencias vinculada a esta temática en el ámbito tutelar de protección.

44 Otro aspecto importante de flexibilización procesal en materia de derechos colectivos, es el relativo a la legitimación activa y pasiva en la acción popular. De acuerdo con la SC 1018/2011-R, la acción popular puede ser presentada por cualquier persona o por otra a su nombre sin necesidad de mandato, siempre y cuando pertenezca a dicha colectividad. Vale aclarar que esta legitimación amplia, en materia de naciones y pueblos indígenas estará condicionada al consentimiento que deberá otorgar determinada nación para que un tercero a nombre o en su representación active una acción popular. En cuanto a la legitimación pasiva, a través de la SCP 1560/2014 se ha establecido que independientemente de la identificación realizada por el accionante, en el marco de los hechos denunciados será el juez o tribunal de garantías, el que deberá deducir quiénes son las autoridades o personas legitimadas pasivamente para su citación de oficio. Con relación a los terceros interesados a través de la SCP 1472/2012 se ha establecido que no corresponde exigir la identificación de terceros interesados en la acción popular, para su admisión. En todo caso de considerarse su citación deberá ser el tribunal de garantías quien ordene su citación..

tierras, al derecho de uso y aprovechamiento de recursos naturales en su territorio, derecho al hábitat y derecho a la territorialidad; estableciendo la presunción de ancestralidad⁴⁵.

En cuanto al fortalecimiento del ejercicio de sus sistemas jurídicos, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones con relación a sus normas y procedimientos propios, concretamente con relación a las sanciones de trabajo comunitario, multas y expulsión. En esta perspectiva, la SCP 0462/2016-S1 de 25 abril, entiende que las determinaciones asumidas en la comunidad, incluidas los trabajos comunitarios, se constituyen en vinculantes para todos los miembros de la comunidad y las personas que habitan el espacio territorial indígena. Con referencia a las multas, es la SCP 1203/2014-S1 de 10 de junio, la que incorpora la observancia del debido proceso para su imposición; es decir, que esta sanción solo encuentra compatibilidad cuando ha sido impuesta estando precedida del procedimiento indígena establecido al efecto y en resguardo del derecho a la defensa. A esto se añade que la SCP 2076/2013, precisó que forma parte de las garantías del debido proceso, la necesidad de una debida fundamentación; sin embargo, esta última exigencia, debe ser entendida pluralmente, pues no será acorde con nuestro sistema exigir una fundamentación jurídica a sistemas jurídicos que esencialmente son orales.

Respecto a las sanciones de expulsión, es recién a partir de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, que en un interpretación plural, se entiende a través de la DCP

006/2013 que la expulsión es una sanción legítima que naciones y pueblos indígena originario campesinos siempre la han adoptado como una medida de protección; empero, debe ser aplicada sólo a casos gravísimos⁴⁶, asegurando el debido proceso. De ahí que su aplicación se analiza caso por caso a través del test de razonabilidad y proporcionalidad.

Con relación a la dimensión individual del derecho de acceso a la justicia, a través de las acciones de libertad y amparo constitucional, como mecanismos tutela de derechos individuales frente a los colectivos, se ha aplicado la interpretación intracultural favorable, en el marco de la protección de los derechos que corresponden a los grupos de prioritaria atención, como son las mujeres, los niños las personas con discapacidad y los ancianos, quienes al interior de las naciones y pueblos indígena originario campesinos pueden sufrir violencia, discriminación o la afectación de diferentes derechos de carácter individual⁴⁷.

La jurisdicción constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en dichas temáticas, la primera Sentencia es la SCP 1422/2012, sobre protección a la mujer y los menores de edad, que fueron expulsados, determinando que su protección reforzada también debe ser asegurada en contexto intra e interculturales, a efectos de asegurar los principios de igualdad, solidaridad e inclusión, a través de una ponderación reforzada, incorporando la interpretación intracultural favorable⁴⁸.

45 El FJ. III.4. de la SCP 572/2014, señala: “ En ese sentido, el acceso al aprovechamiento de los recursos naturales, vía concesión forestal, a las personas individuales o colectivas no puede desconocer la ancestralidad del territorio de los pueblos indígenas ni impedirles el aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran en esos territorios; existiendo, en ese sentido, una presunción de ancestralidad del territorio con todos los elementos que lo integran, incluidos los recursos naturales- que, en todo caso, para futuras dotaciones o concesiones, deberá ser desvirtuada por los interesados y las autoridades, debiéndose, además, ineludiblemente, efectuarse la consulta previa a los pueblos indígenas del entorno”.

46 La DCP 0057/2015 de 2 de marzo entiende que la decisión de expulsión es desproporcional cuando el hecho sancionado no revista la gravedad que justifique la sanción.

47 Sobre la interpretación intracultural favorable puede consultarse Sauma Zankys, Mónica Gabriela, Interculturalidad y pluralismo jurídico. Sucre, Bolivia: Centro de Estudios de Posgrado de Investigación (CEPI), Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca, 2017, p. 63 a 65.

48 En dicha sentencia considerando los criterios plasmados en el peritaje de la Unidad de Descolonización del TCP, sobre las normas, procedimientos y la administración de justicia de la comunidad de Poroma, entendió que la decisión de expulsión respecto a estos grupos no cumplió con el test del paradigma del vivir bien. Por su parte, la SCP 0778/2014 complementó

En este escenario, y también desde una dimensión individual del acceso a la justicia, el Tribunal Constitucional al someter a test de razonabilidad y proporcionalidad las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina ha controlado la desproporcionalidad de la sanción con relación a los hechos que la dieron lugar, así se tiene los casos de la SCP 0152/2012, de expulsión de toda la familia, expropiación de casa, terrenos, pago de multa y chicotazos por sospecha de hurto. También se tienen los casos de sanciones corporales en la que controló a través de la SCP 0246/2015-S1, azotes aplicados de manera inmisericorde a una persona de la tercera edad, a raíz de no haber cumplido con algunos deberes sindicales. Similar razonamiento expresa SCP 0003/2015-21, de 5 de enero de 2015, en una temática donde se expulsó a una persona de la tercera edad. A su vez, la SCP 0484/2015-S2 determinó que la sanción de expulsión impuesta a una persona de la tercera edad por inasistencia a asambleas comunitarias, no es armónica con los valores supremos.

Las directrices de tutela reforzada para grupos de prioritaria atención al interior de naciones y pueblos indígena originario campesinos, así como de proporcionalidad y debido proceso, se extiende a la sanción de pérdida de tierras. Asume este razonamiento la SCP 0041/2014 de 25 de abril, señalando que la reversión de tierras no encuentra justificativo cuando se encuentran personas adultas mayores. Sobre la misma línea, en la SCP 0323/2014 de 19 de febrero⁴⁹.

la tutela favorable y extensiva para mujeres, niñas, niños y adolescentes en contextos intra-culturales, estableciendo que deberá asegurarse la consolidación de los principios de igualdad, solidaridad e inclusión a través de una tutela reforzada.

49 Resolvió un amparo constitucional en el que una mujer indígena solicitó tutela a sus derechos al debido proceso, a la petición y al derecho de propiedad, por cuanto las autoridades indígenas de su comunidad le obligaron a firmar un acta, cediendo a favor de éste último el 50% de sus tierras, amenazándole con revertirlas a dominio de la comunidad, argumentando que no tenía derecho a las mismas por su condición de mujer. Es importante señalar que el ejercicio de medidas de hecho aún en los sistemas jurídicos plurales, tampoco encuentran

Con relación a las sanciones corporales, que también suponen casos de ponderación intercultural, en los que deberá considerarse los aspectos del contexto cultural, el significado de las sanciones para los pueblos indígena, además los aspectos vinculados con la persona sancionada, el número y lugar de azotes. Así, la SCP 0152/2015-S2 de 25 de febrero determinó que las autoridades indígena originario campesinas deben respetar los derechos a la vida, la integridad física y prohibición de tortura, debido proceso, defensa y otros, que se constituyen en premisas máximas; en virtud de ello, concluyó que los golpes, torturas o encerramientos⁵⁰ sin alimento ni agua vulneran el derecho a la vida e integridad física.

1.5. Balance jurisprudencial

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho de acceso a la justicia, desde una perspectiva plural, comprende la posibilidad que las naciones y pueblos indígena originario campesinos accedan a la justicia, teniendo certeza que la autoridad judicial conoce su cultura, sus principios, valores, normas y procedimientos; de ahí que, respetando los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad, corresponde que tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional como las y los jueces, tribunales y salas constitucionales, tengan una conformación plural, que garantice el conocimiento o la aproximación a dichos sistemas jurídicos o, por lo menos, que se convoque a autoridades, ex auto-

resguardo en la Constitución; entre ellas, se tiene a las SCP 0152/2015-S2 y 0358/2013, que determinan que no corresponde la utilización de medidas de hecho violentas y arbitrarias.

50 En cuanto a los casos de privación de libertad, en la SCP 0010/2010-R de 6 de abril, otorgando un carácter extensivo al art. 23.IV de la CPE, en cuanto al término autoridad judicial competente, entendiéndose que el mismo incluye a la autoridad indígena originaria campesina; señalando que cuando la Constitución hace referencia a la autoridad judicial competente, debe entenderse que el mismo incluye a la autoridad indígena originaria campesina y es ante ella que deben remitirse a las personas aprehendidas por hechos cometidos en su jurisdicción para que sobre la base de sus propias normas inicie el proceso respectivo.

ridades o peritos en el sistema jurídico indígena originario campesino en conflicto; sin embargo, conforme ha quedado señalado en este trabajo, dicha conformación plural en el Tribunal Constitucional es apenas existente⁵¹ y en los demás jueces, tribunales y salas constitucionales, la composición es monocultural; por lo tanto, el acceso a la justicia como tal no se encuentra plenamente garantizado, pues las naciones y pueblos indígena originario campesinos acuden a la justicia constitucional, en muchos casos, con la seguridad que sus sistemas jurídicos no serán considerados.

Cabe aclarar que a nivel del Tribunal Constitucional Plurinacional se cuenta con la Secretaría Técnica, que tiene una Unidad de Descolonización y otra Unidad de Justicia Indígena Originaria Campesina, que realizan visitas a las naciones y pueblos indígena originario campesinos ante solicitudes de informe, efectuadas por las y los magistrados, con la finalidad de conocer e informar sobre los sistemas indígena originario campesinos, salvando, en parte, omisiones en la conformación plural del Tribunal; sin embargo, lo esencial del Tribunal Constitucional es precisamente su conformación plurinacional con magistradas y magistrados provenientes del sistema indígena originario campesino, que cuenten con la experiencia en su sistema de justicia para conocer y resolver los casos a partir de su vivencia.

Por otra parte, se ha señalado que el Tribunal Supremo de Justicia ha aprobado el Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario, que prevé que los jueces, juezas y salas constitucionales deben convocar a autoridades, ex autoridades o peritos de la nación y pueblo indígena originario campesino que corresponda, para que les ilustren sobre los principios, valores, normas y procedimientos del sistema jurídico en concreto; empero, dicho Protocolo no está siendo aplicado actualmente⁵².

Un segundo elemento del acceso a la justicia en su dimensión plural, está vinculado al derecho a obtener una resolución motivada, fundamentada y culturalmente adecuada, es decir que considere los principios, valores, normas y procedimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos involucrados. Para el efecto, es indudable que se deben cumplir con los siguientes aspectos: La adopción de nuevas metodologías para resolver la causa y la interpretación y/o ponderación intercultural del derecho, los derechos humanos y de los hechos.

Respecto a las nuevas metodologías, es evidente que a nivel del Tribunal Constitucional Plurinacional, como se ha explicado, las Unidades de Descolonización y de Justicia Indígena Originaria Campesina, otorgan a las y los Magistrados, valiosos informes sobre el sistema jurídico y el contexto cultural de las naciones y pueblos indígena originario campesinos involucrados en una determinada acción de defensa; sin embargo, estos informes no son una práctica obligatoria para las Salas del Tribunal Constitucional Plurinacional, por lo que su solicitud está librada a la voluntad de las y los Magistrados. Así, de una somera revisión de la jurisprudencia constitucional, es posible advertir que existen varias Sentencias que, pese a tratar temas vinculados al ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina, no se ha solicitado informe alguno, lo que repercute, además, en la interpretación del derecho, los derechos humanos y los hechos .

Así se tiene la SCP 0366/2019-S4 de 18 de junio, pronunciada dentro de una acción popular en la que se denunció la afectación al derecho a la consulta previa. La Sentencia concluyó, sin un análisis mínimo de peritaje antropológico, que las determinaciones asumidas por el Ministerio de Educación y la Dirección Departamental de

51 Actualmente, sólo existe un magistrado proveniente del sistema indígena originario campesino

52 De la revisión de las resoluciones pronunciadas en acciones

de defensa en las que se encuentren involucrados miembros o naciones y pueblos indígena originario campesinos, se advierte que en ningún caso se ha convocado a autoridades, exautoridades o peritos.

Educación de Oruro, fueron asumidas dentro del marco competencial sin afectar, en absoluto, la integridad cultural, territorial, administrativa y competencial de los municipios de La Rivera, Todos Santos y Carangas del departamento de Oruro; y en clara ausencia de los criterios de flexibilización procesal se concluye que la nación indígena consultante no ha demostrado que las medidas asumidas fueran a repercutir negativamente en los educandos o pudieran interferir en su organización interna⁵³.

Similar omisión en la utilización del peritaje antropológico o la metodología de los diálogos interculturales, tiene la SCP 0766/2018-S1, sobre decisión de expulsión de Sindicato Agrario; SCP 0647/2018-S2⁵⁴, expulsión de comunidad; la SCP 0465/2018-S3 referida a posesión de tierras.

Además de lo anotado, deberían adoptarse nuevas metodologías plurales, vinculadas al modelo de Estado, en el marco de un constitucionalismo dialógico, donde naciones y pueblos indígena originario campesinos, en un proceso de horizontalidad, entablen un diálogo con las y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, jueces, tribunales y Salas Constitucionales; a través, por ejemplo, de la celebración de audiencias, visitas a los pueblos, comunidades, orígenes, para asegurar el conocimiento de las diferentes formas de vida, de organización, de normas, procedimientos, etc.. Estas nuevas metodologías tienen que ser asumidas en forma directa y no intermedias culturalmente; pues a través de los informes o peritajes, podría no reflejarse fielmente el sistema jurídico de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; entonces, sólo a partir del diálogo directo se logrará un efectivo acceso

53 De acuerdo al principio precautorio que rige en las acciones populares, se aplica la inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual, son las autoridades demandadas las que deben demostrar que con sus actos u omisiones no han lesionado o puesto en riesgo del derecho colectivo presuntamente afectado.

54 Esta Sentencia con un voto aclaratorio en el que, precisamente, se observa la omisión de los informes de la Secretaría Técnica del Tribunal Constitucional Plurinacional.

a la justicia, además de fortalecer la jurisdicción indígena originaria campesina para materializar lo que la Constitución proyecta respecto a las relaciones de interculturalidad y descolonización.

La situación es peor tratándose de jueces, tribunales y salas constitucionales, en las que no se utiliza ningún peritaje, informe o metodología plural, pese a que, como se tiene señalado el Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario, les genera esta obligación.

Con relación al fondo de las resoluciones, que tienen que contener también un componente plural vinculado a la interpretación y/o ponderación intercultural del derecho y de los hechos, se ha advertido en este trabajo que el Tribunal Constitucional Plurinacional ha elaborado el test del paradigma del vivir bien para la ponderación intercultural de derechos fundamentales y también ha efectuado interpretaciones interculturales de los mismos; sin embargo, la utilización de estas nuevas formas de argumentación plural no ha sido uniforme; pues, en algunos casos se efectúa una aplicación monocultural del derecho, sin considerar las características, los principios, valores, normas y procedimientos de la nación y pueblo indígena originario campesino en conflicto; en otros, se aplican las leyes sin contrastarlas con la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad vinculadas a los derechos de los pueblos indígenas.

Un ejemplo de lo anotado, es el contenido en las recientes Sentencias 0364/2019-S4 y 0371/2019-S4⁵⁵, en dichas Sentencias se realiza el razonamiento jurídico a partir de una interpretación literal de la Ley de deslinde, cuando a través de las SSCC 0037/2013, 0778/2014 y 0487/2014 dicha disposición legal debe ser interpretada y aplicada a la luz de los instrumentos internacionales espe-

55 En estas sentencias se declara la nulidad de la sentencia indígena por falta de competencia, además de remitir antecedentes al Ministerio Público por la presunta comisión del delito de desobediencia a resoluciones constitucionales.

cíficos de pueblos indígenas. La SCP 0303/2018-S3 de 17 de julio, es otro caso de interpretación monocultural vinculado al derecho propietario de un tercero, en el que para dilucidar la competencia de la JIOC, en cuanto al ámbito de vigencia personal, no realizó una interpretación conforme a la Constitución y los pactos y la jurisprudencia constitucional, asumiendo que la voluntad del accionante de no someterse a la jurisdicción indígena, era suficiente para sustentar que no se cumplía con el ámbito vigencia personal, no obstante de tener parcelas y terreno al interior de la comunidad, asimismo, respecto a los otros ámbitos se realiza una interpretación literal del art. 10.II de la LDJ, cuando de manera expresa la SCP 764/2014 de 15 de abril, refiriéndose a los presupuestos para el ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina estableció que deberá considerarse: los vínculos personales, la generación de actos, hechos o conflictos en la nación o pueblo indígena o que surtan efectos en ella, y la existencia de actos, hechos y conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron las naciones y pueblos indígena originario campesinos bajo sus normas, procedimientos propios y saberes, cuyo conocimiento es inherente a la esencia de la plurinacionalidad y a su libre determinación.

Con relación al tercer elemento del derecho de acceso a la justicia, referido a la ejecución de las resoluciones, que también debe tener un componente plural, en la medida en que su ejecución considere los principios, valores, normas y procedimientos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos; este es un aspecto poco trabajado por la justicia constitucional, por cuanto no se efectúa el seguimiento en la ejecución de las Sentencias y, por ende no se conoce cuál ha sido el impacto de la Sentencia en la nación y pueblo indígena originario campesino correspondiente, o si dicha Resolución ha sido cumplida, total o parcialmente.

Por otra parte, es evidente que el tema de ejecución de las Sentencias Constitucionales Plurinacionales, no revestiría mayor problema si es que

existiera una verdad participación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos en el conocimiento y resolución de las causas, por cuanto se adoptarían resoluciones legítimas para la jurisdicción indígena originaria campesina, por ser soluciones pactadas, en las que además, se utilizarían metodologías de diálogo intercultural; consiguientemente, su ejecución no confrontaría al pueblo, comunidad, u origen correspondiente.

2. Conclusiones

En conclusión es posible señalar que las acciones de defensa son la vía idónea para revisar las resoluciones, decisiones, determinaciones de la jurisdicción indígena originaria campesina, pero bajo la condición que se garantice la conformación plural de jueces, tribunales, salas constitucionales y del mismo Tribunal Constitucional Plurinacional, o que, al menos, se convoque a autoridades, ex autoridades o peritos de la misma nación y pueblo indígena originario campesino en conflicto para el conocimiento de su sistema jurídico, formas de vida, cosmovisión, etc., adoptando procesos dialógicos, para lograr una adecuada: i) interpretación del derecho desde y conforme al bloque de constitucionalidad; ii) interpretación de los derechos de naciones y pueblos indígena originario campesinos conforme a los criterios de interpretación de los derechos humanos, iii) valoración de los hechos y derechos a partir del contexto cultural, y iv) ponderación intra e intercultural de los derechos en conflicto, teniendo en cuenta que para la interpretación de los derechos humanos se debe considerar las características propias que diferencian a las naciones y pueblos indígenas⁵⁶. Criterios de interpretación intercultural que han sido desarrollados por la SCP 0778/2014⁵⁷,

56 Sobre la importancia de estos criterios y la forma de aplicación véase el Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario, aprobado por el Tribunal Supremo de Justicia, mediante Acuerdo de Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia No. 316/2017 de fecha 30 de noviembre de 2017.

57 En dicha Sentencia se estableció que en el test de inter-

al redimensionar el paradigma del vivir bien y establecer que los derechos humanos deben ser comprendidos a partir de los valores propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos como la complementariedad, equilibrio, armonía. Así también en la interpretación plural también corresponderá incorporar en la visión de naciones y pueblos indígenas la perspectiva de los derechos humanos para asegurar la complementariedad de las diferentes visiones de vida, sobre todo respecto a los grupos de prioritaria atención que pueden ver afectados sus derechos y garantías como emergencia del ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina.

Finalmente, para evitar retrocesos en la jurisprudencia constitucional y una afectación al derecho de acceso a la justicia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, es indispensable que las autoridades judiciales constitucionales, apliquen en sus resoluciones el estándar jurisprudencial más alto, que es el precedente en vigor, por lo tanto no corresponde que se basen en criterios de temporalidad para la aplicación de un precedente; pues, si bien el art. 203 de la Constitución Política del Estado, hace referencia a la vinculatoriedad de los jurisprudencia constitucional, dicha norma debe ser entendida en el marco de los criterios constitucionalizados de interpretación de los derechos humanos (de favorabilidad y progresividad) y, por ende, comprender que el precedente vinculante es el que asume el estándar jurisprudencial más alto y que las y los jueces tienen el deber de efectuar el análisis dinámico de la jurisprudencia para identificar el precedente en vigor; comparación que no sólo debe ser realizada respecto a los precedentes constitucionales, sino que en un diálogo de cortes, internas e internacionales, debe ser efectuada con otros

pretación intercultural deberá analizarse si el acto, decisión o resolución impugnada de la JIOC es compatible con las normas y procedimientos propios de la nación o pueblo indígena originario campesino correspondiente y determinar la posible arbitrariedad del acto que se impugna en el marco de una ponderación intracultural.

Tribunales, como el Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Agroambiental, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc., como por ejemplo lo hizo el Tribunal Constitucional en la SCP 0019/2018-S2 de 28 de febrero.

3. Referencias Bibliográficas

- Anaya, James. El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación. Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/1574-anaya-loi-bredeterminacion.html>
- Attard Bellido, María Elena. La jurisdicción indígena originario campesina en el esquema constitucional boliviano. Sucre, Bolivia: Centro de Estudios de Posgrado e investigación y Escuela de Jueces del Estado, 2018, p. 93.
- Beuchot, Mauricio, Interculturalidad y Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, Siglo XXI Editores, México, 2005, p. 28.
- Clavero, Bartolomé, Bolivia: ¿Jurisprudencia constitucional plurinacional?. Disponible en: <https://www.servindi.org/actualidad/85058>
- Del Real Alcalá, “La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: Desafíos y Resistencias”, Memoria Conferencia Internacional “Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional”, CONCED, GTZ, Bolivia 2010.
- De Sousa Santos, Boaventura, Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Plural, CESU-UMSS, La Paz, Bolivia, 2010.

- Rojas Tudela, Farit. Primera Parte Título II: Derechos Fundamentales y Garantías. Análisis y comentario de la Primera Parte de la CPE. Miradas. Nuevo texto constitucional. La Paz, Bolivia: Idea Internacional; Vicepresidencia del Estado Plurinacional y Universidad Mayor de San Andrés. 2010. pp. 288-294. ISBN: 978-91-85724-84-0.
- Santiago, Soraya, Guarayos Llanos, Humberto, Interdialogando. Hacia la construcción plural del derecho desde la cosmovisión de la Nación Yampara, Konrad Adnauer Stiftung, Oficina Bolivia, La Paz, noviembre de 2014.
- Sauma Zankys, Mónica Gabriela, Interculturalidad y pluralismo jurídico. Sucre, Bolivia: Centro de Estudios de Posgrado de Investigación (CEPI), Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca, 2017, p. 63 a 65.
- Sagües, Néstor Pedro, El concepto de desconstitucionalización, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Disponible en: Dialnet-ElConceptoDeDesconstitucionalizacion-6119788.pdf.
- Yrigoyen, Raquel Z., El Horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización, VII congreso de RELAJU, Lima Perú, agosto de 2010.
- Walsh, Catherine, “El Estado Plurinacional e Intercultural”, Plurinacionalidad, democracia en la diversidad. Ediciones Abya-Yala, Quito-Ecuador, 2009

Artículo Recibido: 17/12/2021

Artículo Aceptado: 27/01/2022

Normas de publicación de la Revista Tribuna Jurídica

1. Misión y política editorial

La Revista “TRIBUNA JURIDICA”, es una publicación semestral que realiza la Universidad Autónoma Juan Misael Saracho con el objeto de difundir la producción de conocimientos de la comunidad universitaria, académica y científica del ámbito local, nacional e internacional, provenientes de investigaciones de distintas áreas del conocimiento jurídico.

En esta gestión se invita a toda la comunidad académica interesada en publicar sus trabajos en la Revista “TRIBUNA JURIDICA”, que se encuentra abierta la convocatoria para la recepción de artículos candidatos a ser publicados, en la edición Número 3 en el mes de diciembre de 2021.

La recepción de los artículos de esta primera convocatoria S2 gestión 2021, se amplía hasta el 17 de diciembre 2021 a horas 15:00 impostergablemente, en las oficinas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, además con un ejemplar en formato cd, o podrán ser enviados a la siguiente dirección electrónica: miriamgina2000@yahoo.es.

2. Tipo de artículos y publicación

La Revista “TRIBUNA JURIDICA” realiza la publicación de distintos artículos de acuerdo a las siguientes características:

Artículos de investigación científica y tecnológica: Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de investigaciones concluidas. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartados importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

Artículo de reflexión: Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una

perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.

2.1. Artículo de investigación científica y tecnológica:

Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de investigaciones concluidas. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartados importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

2.2. Artículo de reflexión:

Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.

2.3. Artículo de revisión:

Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematiza e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

2.4. Revisión de temas académicos:

Documentos que muestren los resultados de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular, o también versan sobre la parte académica de la actividad docente.

Son comunicaciones concretas sobre el asunto a tratar por lo cual su extensión mínima es de 5 páginas.

La estructura generalmente utilizada en los artículos de reflexión y revisión, contiene cuatro apartados importantes: introducción, metodología, desarrollo y discusión, y conclusiones.

2.5. Cartas al editor:

Posiciones críticas, analíticas o interpretativas sobre los documentos publicados en la revista, que a juicio del Comité editorial constituyen un aporte importante a la discusión del tema por parte de la comunidad científica de referencia

3. De la postulación

Podrán participar en la presentación de artículos científicos docentes, investigadores, profesionales administrativos de la UAJMS y profesionales externos a la Universidad, previa firma de la declaración jurada de no plagio y compromiso ético.

4. Revisión y evaluación de los artículos

El Comité Editorial procederá a realizar una revisión de las propuestas para validar que cumplen con los términos de la convocatoria. Los diferentes tipos de artículos serán sometidos a un proceso de evaluación por parte de expertos académicos y deberán cumplir con las normas de publicación establecidas por la Revista Ventana Científica.

5. Normas de publicación

5.1. Envío y Presentación:

- A. La Revista “TRIBUNA JURÍDICA”, recibe trabajos originales en idioma español. Los mismos podrán ser presentados en formato electrónico en un archivo de tipo Word compatible con el sistema Windows en forma impresa en las oficinas de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, o podrán

ser enviados formato digital a la siguiente dirección electrónica: miriamgina2000@yahoo.es.

- B. Los textos deben ser elaborados en formato de hoja tamaño carta (ancho 21,59 cm.; alto 27,94 cm.). El tipo de letra debe ser Arial, 10 dpi interlineado simple. Los márgenes de la página deben ser, para el superior, inferior y el derecho de 2,5 cm. y para el izquierdo, 3 cm.
- C. Los artículos deben redactarse con un alto nivel de corrección sintáctica, evidenciando precisión y claridad en las ideas
- D. En cuanto a la extensión: Los artículos de investigación, científica y tecnológica tendrán una extensión máxima de 15 páginas, incluyendo la bibliografía. Los artículos de reflexión y revisión una extensión de 10 páginas. En el caso de temas académicos un mínimo de 5 páginas.
- E. Los trabajos de investigación (artículos originales) deben incluir un resumen en idioma español y en inglés, de 250 palabras.
- F. En cuanto a los autores, deben figurar en el trabajo las personas que han contribuido sustancialmente en la investigación. Reconociéndose al primero como autor principal. Los nombres y apellidos de todos los autores se deben identificar apropiadamente, así como las instituciones de adscripción (nombre completo, organismo, ciudad y país), dirección y correo electrónico.
- G. La Revista “TRIBUNA JURÍDICA”, solo recibe trabajos originales e inéditos, esto es que no hayan sido publicados en ningún formato y que no estén siendo simultáneamente consi-

derados en otras publicaciones nacionales e internacionales. Por lo tanto, los artículos deberán estar acompañados de una carta de originalidad, firmada por todos los autores, donde certifiquen lo anteriormente mencionado.

- H. La Revista “TRIBUNA JURÍDICA”, solo recibe trabajos originales e inéditos, esto es que no hayan sido publicados en ningún formato y que no estén siendo simultáneamente considerados en otras publicaciones nacionales e internacionales. Por lo tanto, los artículos deberán estar acompañados de una carta de originalidad, firmada por todos los autores, donde certifiquen lo anteriormente mencionado proceso interno administrativo, y no podrá volver a presentar ningún artículo para su publicación en esta revista.

6. Formato de presentación

Para la presentación de los trabajos se debe tomar en cuenta el siguiente formato para los artículos científicos:

Título del artículo

El título del proyecto debe ser claro, preciso y sintético, con un texto de 20 palabras como máximo.

Autores

Un aspecto muy importante en la preparación de un artículo científico, es decidir, acerca de los nombres que deben ser incluidos como autores, y en qué orden. Generalmente, está claro que quién aparece en primer lugar es el autor principal, además es quien asume la responsabilidad intelectual del trabajo. Por este motivo, los artículos

para ser publicados en la Revista, adoptarán el siguiente formato para mencionar las autorías de los trabajos.

Se debe colocar en primer lugar el nombre del autor principal, investigadores, e investigadores junior, posteriormente los asesores y colaboradores si los hubiera. La forma de indicar los nombres es la siguiente: en primer lugar debe ir los apellidos y posteriormente los nombres, finalmente se escribirá la dirección del Centro o Instituto, Carrera a la que pertenece el autor principal. En el caso de que sean más de seis autores, incluir solamente el autor principal, seguido de la palabra latina “et al”, que significa “y otros” y finalmente debe indicarse la dirección electrónica (correo electrónico)

Resumen y palabras clave

El resumen debe dar una idea clara y precisa de la totalidad del trabajo, incluirá los resultados más destacados y las principales conclusiones, asimismo, debe ser lo más informativo posible, de manera que permita al lector identificar el contenido básico del artículo y la relevancia, pertinencia y calidad del trabajo realizado.

Se recomienda elaborar el resumen con un máximo de 250 palabras, el mismo que debe expresar de manera clara los objetivos y el alcance del estudio, justificación, metodología y los principales resultados obtenidos.

Hay que recordar que el resumen sintetiza economizando en espacio y tiempo, de tal manera que prescinde de las reiteraciones y de las explicaciones que amplían el tema. Pero debe poseer, todos los elementos presentes en el trabajo para impactar a los lectores y público en general.

En el caso de los artículos originales, tanto el título, el resumen y las palabras clave deben también presentarse en idioma inglés.

Introducción

La introducción del artículo está destinada a expresar con toda claridad el propósito de la comunicación,

además resume el fundamento lógico del estudio. Se debe mencionar las referencias estrictamente pertinentes, sin hacer una revisión extensa del tema investigado. No hay que incluir datos ni conclusiones del trabajo que se está dando a conocer.

Materiales y métodos

Debe mostrar, en forma organizada y precisa, cómo fueron alcanzados cada uno de los objetivos propuestos.

La metodología debe reflejar la estructura lógica y el rigor científico que ha seguido el proceso de investigación desde la elección de un enfoque metodológico específico (preguntas con hipótesis fundamentadas correspondientes, diseños muestrales o experimentales, etc.), hasta la forma como se analizaron, interpretaron y se presentan los resultados. Deben detallarse, los procedimientos, técnicas, actividades y demás estrategias metodológicas utilizadas para la investigación. Deberá indicarse el proceso que se siguió en la recolección de la información, así como en la organización, sistematización y análisis de los datos. Una metodología vaga o imprecisa no brinda elementos necesarios para corroborar la pertinencia y el impacto de los resultados obtenidos.

Resultados

Los resultados son la expresión precisa y concreta de lo que se ha obtenido efectivamente al finalizar el proyecto, y son coherentes con la metodología empleada. Debe mostrarse claramente los resultados alcanzados, pudiendo emplear para ello cuadros, figuras, etc.

Los resultados relatan, no interpretan, las observaciones efectuadas con el material y métodos empleados. No deben repetirse en el texto datos expuestos en tablas o gráficos, resumir o recalcar sólo las observaciones más importantes.

Discusión

El autor intentará ofrecer sus propias opiniones sobre el tema, se insistirá en los aspectos novedosos e importantes del estudio y en las conclusiones que pueden extraerse del mismo. No se repetirán aspectos incluidos en las secciones de introducción o de resultados. En esta sección se abordarán las repercusiones de los resultados y sus limitaciones, además de las consecuencias para la investigación en el futuro. Se compararán las observaciones con otros estudios pertinentes. Se relacionarán las conclusiones con los objetivos del estudio, evitando afirmaciones poco fundamentadas y conclusiones avaladas insuficientemente por los datos.

Bibliografía utilizada

La bibliografía utilizada, es aquella a la que se hace referencia en el texto, debe ordenarse en orden alfabético y de acuerdo a las normas establecidas para las referencias bibliográficas (Punto 5).

Tablas y figuras

Todas las tablas o figuras deben ser referidas en el texto y numeradas consecutivamente con números arábigos, por ejemplo: Figura 1, Figura 2, Tabla 1 y Tabla 2. No se debe utilizar la abreviatura (Tab. o Fig.) para las palabras tabla o figura y no las cite entre paréntesis. De ser posible, ubíquelas en el orden mencionado en el texto, lo más cercano posible a la referencia en el mismo y asegúrese que no repitan los datos que se proporcionen en algún otro lugar del artículo. El texto y los símbolos deben ser claros, legibles y de dimensiones razonables de acuerdo al tamaño de la tabla o figura. En caso de emplearse en el artículo fotografías y figuras de escala gris, estas deben ser preparadas con una resolución de 250 dpi. Las figuras a color deben ser diseñadas con una resolución de 450 dpi. Cuando se utilicen símbolos, flechas, números o letras para

identificar partes de la figura, se debe identificar y explicar claramente el significado de todos ellos en la leyenda.

Referencias bibliográficas

Las referencias bibliográficas que se utilicen en la redacción del trabajo; aparecerán al final del documento y se incluirán por orden alfabético. Debiendo adoptar las modalidades que se indican a continuación:

Referencia de Libro

Apellidos, luego las iniciales del autor en letras mayúsculas. Año de publicación (entre paréntesis). Título del libro en cursiva que para el efecto, las palabras más relevantes las letras iniciales deben ir en mayúscula. Editorial y lugar de edición.

Tamayo y Tamayo, M. (1999). *El Proceso de la Investigación Científica*, incluye Glosario y Manual de Evaluación de Proyecto. Editorial Limusa. México.

Rodríguez, G., Gil, J. y García, E. (1999). *Metodología de la Investigación Cualitativa*. Ediciones Aljibe. España.

Referencia de capítulos, partes y secciones de libro

Apellidos, luego las iniciales del autor en letras mayúsculas. Año de publicación (entre paréntesis). Título del capítulo de libro en cursiva que para el efecto, las palabras más relevantes las letras iniciales deben ir en mayúscula. Colocar la palabra, en, luego el nombre del editor (es), título del libro, páginas. Editorial y lugar de edición.

Reyes, C. (2009). Aspectos Epidemiológicos del Delirium. En M. Felipe. y O. José (eds.). *Delirium: Un gigante de la geriatría* (pp. 37-42). Manizales: Universidad de Caldas

Referencia de Revista

Autor (es), año de publicación (entre paréntesis), título del artículo, en: Nombre de la revista, número, volumen, páginas, fecha y editorial.

López, J.H. (2002). Autoformación de Docentes a Tiempo Completo en Ejercicio. en *Ventana Científica*, N° 2. Volumen 1. pp 26 – 35. Abril de 2002, Editorial Universitaria.

Referencia de Tesis

Autor (es). Año de publicación (entre paréntesis). Título de la tesis en cursiva y en mayúsculas las palabras más relevantes. Mención de la tesis (indicar el grado al que opta entre paréntesis). Nombre de la Universidad, Facultad o Instituto. Lugar.

Salinas, C. (2003). *Revalorización Técnica Parcial de Activos Fijos de la Universidad Autónoma Juan Misael Saracho*. Tesis (Licenciado en Auditoría). Universidad Autónoma Juan Misael Saracho, Facultad de Ciencias Económicas y Financieras. Tarija – Bolivia.

Página Web (World Wide Web)

Autor (es) de la página. (Fecha de publicación o revisión de la página, si está disponible). Título de la página o lugar (en cursiva). Fecha de consulta (Fecha de acceso), de (URL – dirección).

Puente, W. (2001, marzo 3). *Técnicas de Investigación*. Fecha de consulta, 15 de febrero de 2005, de <http://www.rrppnet.com.ar/tecnicasdeinvestigacion.htm>

Durán, D. (2004). *Educación Ambiental como Contenido Transversal*. Fecha de consulta, 18 de febrero de 2005, de <http://www.ecoport.net/content/view/full/37878>

Libros electrónicos

Autor (es) del artículo ya sea institución o persona. Fecha de publicación. Título (palabras más relevantes en cursiva). Tipo de medio [entre corchetes]. Edición. Nombre la institución patrocinante (si lo hubiera) Fecha de consulta. Disponibilidad y acceso.

Ortiz, V. (2001). La Evaluación de la Investigación como Función Sustantiva. [Libro en línea]. Serie Investigaciones (ANUIES). Fecha de consulta: 23 febrero 2005. Disponible en: <http://www.anui.es.mx/index800.html>

Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior. (1998). Manual Práctico sobre la Vinculación Universidad – Empresa. [Libro en línea]. ANUIES 1998. Agencia Española de Cooperación (AECI). Fecha de consulta: 23 febrero 2005. Disponible en: <http://www.anui.es.mx/index800.html>

Revistas electrónicas

Autor (es) del artículo ya sea institución o persona. Título del artículo en cursiva. Nombre la revista. Tipo de medio [entre corchetes]. Volumen. Número. Edición. Fecha de consulta. Disponibilidad y acceso.

Montobbio, M. La cultura y los Nuevos Espacios Multilaterales. Pensar Iberoamericano. [En línea]. N° 7. Septiembre – diciembre 2004. Fecha de consulta: 12 enero 2005. Disponible en: <http://www.campusoei.org/pensariberoamerica/index.html>

Referencias de citas bibliográficas en el texto

Para todas las citas bibliográficas que se utilicen y que aparezcan en el texto se podrán asumir las siguientes formas:

- a) De acuerdo a Martínez, C. (2004), la capacitación de docentes en investigación es fundamental para.....
- b) En los cursos de capacitación realizados se pudo constatar que existe una actitud positiva de los docentes hacia la investigación..... (Martínez, C. 2004).
- c) En el año 2004, Martínez, C. Realizó el curso de capacitación en investigación para docentes universitarios.....

Derechos de autor

Los conceptos y opiniones de los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de los autores. Dicha responsabilidad se asume con la sola publicación del artículo enviado por los autores. La concesión de Derechos de autor significa la autorización para que la “REVISTA “TRIBUNA JURIDICA” pueda hacer uso del artículo, o parte de él, con fines de divulgación y difusión de la actividad científica y tecnológica

En ningún caso, dichos derechos afectan la propiedad intelectual que es propia de los(as) autores(as). Los autores cuyos artículos se publiquen recibirán gratuitamente 1 ejemplar de la revista donde se publica su trabajo.



Departamento de Investigación
Ciencia y Tecnología



Universidad Autónoma
Juan Misael Saracho

Tarija - Bolivia