

## **LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC EN EL CONSTITUCIONALISMO DE LA JUSTICIA E IGUALDAD ASUMIDO POR EL MODELO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA**

**María Elena Attard Bellido**

Abogada

Docente de post-grado en la Universidad Andina Simón Bolívar,  
Universidad Mayor de San Simón, Universidad Mayor de San  
Andrés, Bolivia

Artículo recibido el día 17.10.2011

Artículo aceptado el día 20.12.2011

### **1. INTRODUCCIÓN**

Mediante el presente trabajo, se pretende demostrar que las bases dogmáticas de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, aprobada mediante referendo constitucional el año 2009, tienen una naturaleza garantista basada esencialmente en el postulado fundamental de la “eficacia máxima de los derechos fundamentales”, aspecto neurálgico para afirmar la vigencia de un “constitucionalismo de la justicia e igualdad” acorde con un sistema plural y eficaz de derechos fundamentales, elemento que además caracteriza a la ingeniería de la norma suprema como un verdadero modelo a la luz del derecho constitucional comparado, tesis que tal como se desarrollará infra, se encuentra sustentada por las características del Estado Constitucional de Derecho, el Pluralismo como elemento fundante del Estado, el Sistema Plural de Control de Constitucionalidad y la nueva visión de la “cláusula democrática”, ejes de ruptura que en definitiva, demostrarán el nuevo rol interpretativo de las autoridades jurisdiccionales y administrativas y también del último y máximo garante de la Constitución y los Derechos Fundamentales, aspecto que asegurará una eficaz constitucionalización en el ordenamiento jurídico de la parte dogmática de la Constitución y que además, implica un plausible cambio de ideología constitucional que incide de manera

decisiva en la configuración de un nuevo modelo de Estado, con un sistema jurídico particular y diferente al ius-positivista y con un método del derecho basado –aunque no de manera exclusiva- en la “ponderación de principios”, consolidándose así el valor axiomático de la Constitución como norma, que es otra de las características esenciales del nuevo modelo constitucional. En mérito a lo señalado, intentando someter la problemática planteada a técnicas propias del “rigor académico”, a continuación, se pretende demostrar teóricamente los ejes temáticos aquí planteados.

## 2. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA E IGUALDAD

El “Modelo Constitucional de la Justicia e igualdad”, como una forma de “neo-constitucionalismo”<sup>207</sup>, tiene la finalidad de asegurar una “eficacia máxima de los derechos fundamentales”, por lo que constituye la antítesis de un modelo constitucional enraizado en un sistema jurídico ius-positivista; en tal sentido, siguiendo a Commanducci, esta visión debe ser estudiada como una ideología constitucional, a la luz de la teoría del derecho y en contraposición a la metodología jurídica del sistema ius-positivista<sup>208</sup>.

Para el fin precedentemente planteado, *prima facie*, debe realizarse una remembranza de la evolución del Constitucionalismo hasta nuestros tiempos, en ese sentido, es pertinente señalar que el Constitucionalismo clásico, como ideología, consagró la idea de la limitación al poder absoluto y el reconocimiento por parte del Estado de derechos civiles y políticos<sup>209</sup>; asimismo,

207En efecto, Miguel Carbonell, en la compilación de obras denominadas *Neoconstitucionalismo (s)* y también en *El Canon Neoconstitucional*, plasma las varias posturas neoconstitucionales desarrolladas en doctrina, las cuales, no presentan una unanimidad de criterios ni de modelos, ver CARBONELL Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2003. Ver también CARBONELL Miguel y GARCÍA JARAMILLO Eduardo. *El Canon Neoconstitucional*. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo editores. Universidad Externado de Colombia, primera edición, Bogotá, 2010. Asimismo, este nuevo escenario constitucional, ha sido denominado de diversas formas, por ejemplo, algunos como Manuel Atienza lo catalogan como “paradigma del constitucionalismo”; o “El paradigma del Estado Constitucional de Derecho” según Ferrajoli; asimismo, este fenómeno ha sido denominado por Ignacio Ara Pinilla la “desfiguración de la contraposición entre iusnaturalismo y positivismo”. Ver ATIENZA Manuel. *El sentido del derecho*. Ariel. Barcelona. 2001. Pp 309-310; FERRAJOLI Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. P. 22; y ARA PINILLA Ignacio. “Estudio Preliminar” a E. Pattaro. *Elementos para una teoría del Derecho*. Trad. al español de Ignacio Ara Pinilla. Debate. Madrid. 1986. P 13

208COMANDUCCI Paolo, *Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico*. En “Neoconstitucionalismo (s)”. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta S.A.. Madrid 2003. P 75.

209Una prueba de esta afirmación, se encuentra en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano, que señala que no existe Constitución si no se garantiza la división de poderes y el reconocimiento de derechos individuales.

el constitucionalismo social, al margen de los dos aspectos antes señalados, como ideología, propugnó además la protección de derechos de naturaleza social<sup>210</sup>. De la misma forma, bajo la égida del Estado Social y Democrático de Derecho<sup>211</sup>, se postulan los enunciados antes señalados; empero, en este nivel, la protección eficaz de los derechos fundamentales no alcanza –en su máximo nivel- a los llamados derechos económicos, sociales y culturales, los cuales son considerados como cláusulas meramente programáticas, cuya efectivización está en manos de los órganos ejecutivo y legislativo y por ende, se encuentran en la mayoría de los casos, excluidos de una directa justiciabilidad<sup>212</sup>.

Es imperante destacar también que todavía en el Estado Social y Democrático de Derecho, el control de constitucionalidad continúa con un rol un tanto limitado para una eficacia máxima de los derechos, especialmente en relación a los roles de interpretación constitucional, por esta razón, este tipo de Estado es seriamente cuestionado, especialmente por Luigi Ferrajoli, quien propone una alternativa diferente, que precisamente es el diseño del Estado Constitucional de Derecho a la luz de la dogmática neoconstitucionalista<sup>213</sup>.

En efecto, siguiendo directrices neoconstitucionales y en el marco de esta alternativa de Estado descrita por Ferrajoli, el “Modelo Constitucional de la justicia e igualdad”, en cuanto a la concepción del tipo de Estado, implica la implantación de un “sistema jurídico con plena eficacia garantista”, en virtud del cual se consagre la “eficacia máxima de los derechos fundamentales”, para ello, es necesario una reingeniería del sistema jurídico enraizado en el ius-positivismo, puesto que bajo esta nueva concepción, el juez debe tener un rol en virtud del cual, merced a la interpretación constitucional, garantice estos derechos incluso en ausencia de ley ó más allá del tenor literal de ésta, dándole así a la Constitución un valor

---

210Los hitos del Constitucionalismo Social, se encuentran en las Constituciones de Weimar y Queretaro. Ver ALVARADO Alcides. *Del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social*, editorial Judicial, Sucre 1994, pp 187 y ss.

211FERRAJOLI Luigi, *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. En “Neoconstitucionalismo (s)”. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta S.A.. Madrid 2003. Pp 13-22.

212Así, en España, catalogado como un Estado Social y Democrático de Derecho, la Constitución prevé en su art. 53.2 los derechos tutelados por la acción de amparo constitucional, entre los cuales se encuentran aquellos de primera y algunos de segunda generación, empero, no se encuentran dentro del espectro de este mecanismo de tutela, los llamados derechos económicos, sociales y culturales, por ser estos cláusulas programáticas.

213FERRAJOLI Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. Op. cit. pp. 13 y ss.

normativo real<sup>214</sup>, por esta razón, el modelo constitucional descrito en el presente trabajo, inequívocamente implica un cambio en la teoría del derecho, puesto que hace plausible la superación de un sistema iuspositivista, el cual restringía en gran medida el valor normativo de la Constitución. Asimismo, el modelo constitucional descrito en estas líneas, conlleva además un necesario cambio en la metodología del derecho propia de este sistema iuspositivista, ya que el nuevo rol de las autoridades tanto administrativas como jurisdiccionales, supera la metodología de la “subsunción” y genera la utilización del método de la “ponderación de principios” destinado a consagrar en cada caso concreto los valores justicia e igualdad, ejes –aunque no exclusivos- de la Constitución axiomática.

Lo expresado precedentemente, implica el desarrollo de tópicos propios y neurálgicos de este “modelo constitucional de la justicia e igualdad”, los cuales, serán desarrollados infra.

#### **a. La constitucionalización del ordenamiento jurídico**

Para desarrollar este tópico, es imperante tomar como punto de inicio la parte dogmática de la Constitución, que en rigor, no está conformada solamente por el catálogo de derechos descrita en esta, sino también forma parte de ella todos los tratados internacionales de derechos humanos; asimismo, en una visión coherente con un “modelo constitucional de la justicia e igualdad”, el preámbulo de una Constitución, que contiene las directrices axiológicas rectoras de un régimen constitucional en particular, forma también parte de esta parte dogmática.

En este contexto, esta parte dogmática de la Constitución, en su contenido, tiene dos rasgos a ser destacados: **a)** un contenido sustancial o material vinculado directamente a la moral objetiva de los derechos fundamentales; y **b)** está compuesto por normas positivizadas y por un compartimento que no está vinculado a normas positivas, sino constituyen postulados y directrices axiológicas basadas en la igualdad, justicia, solidaridad y otros valores que verbigracia en el caso del Estado Plurinacional de Bolivia, estructuran el diseño de un valor esencial que es el vivir bien.

---

214Al respecto, revisar ZAGREBELSKY Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. español de M. Gascón y epílogo de G. Peces-Barba. Trotta. Madrid. 1995. 4 edición 2002. Pp 17 y ss; PRIETO SANCHÍS Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación*. En “Neoconstitucionalismo (s)”. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta S.A.. Madrid 2003, pp 134 y ss.; ALEXY Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdez. CEC Madrid. 1993. Pp 81 y ss, entre otros.

A la luz de los rasgos antes descritos, el ordenamiento jurídico infra-constitucional y los actos tanto de las autoridades públicas como de los particulares, reciben el efecto del llamado **principio de irradiación constitucional y como consecuencia, en términos de Guastini, opera el fenómeno de “constitucionalización del ordenamiento jurídico”**<sup>215</sup>, es decir que estas normas, valores y principios de rango constitucional, impregnan de contenido a todos los actos y normas infra-constitucionales, aspecto que tiene grandes consecuencias que se traducen en un cambio de modelo jurídico, de sistema jurídico y de metodología del derecho. Bajo ese espectro, debe señalarse que la visión del constitucionalismo que se propone mediante el presente trabajo, **implica un cambio de concepción del modelo de Estado**, ya que pone de manifiesto la crisis del último peldaño de un Estado contemporáneo catalogado como Estado Social y Democrático de Derecho y postula el diseño de un modelo un tanto más evolucionado y garantista, denominado Estado Constitucional de Derecho.

Como se fundamentará infra, este modelo de Estado Constitucional de Derecho, asume las características del modelo constitucional expuesto en este trabajo, por tanto, responde a un modelo de naturaleza eminentemente garantista, el cual se estructura bajo una premisa esencial: **“la eficacia máxima de los derechos fundamentales”**.

En el orden de ideas expuesto, definitivamente, la eficacia máxima de los derechos fundamentales en un Estado Constitucional de Derecho, que a su vez y tal como ya se dijo, responde a un “modelo constitucional de la justicia e igualdad”, para su real constitucionalización, se basa en seis elementos esenciales: **a)** la igualdad jerárquica de los derechos fundamentales; **b)** la directa aplicación de los derechos fundamentales; **c)** la directa justiciabilidad de los derechos fundamentales; **d)** el pluralismo de fuentes jurídicas; **e)** el valor axiomático de la Constitución; y **f)** el control de constitucionalidad altamente eficaz<sup>216</sup>, ejes temáticos que serán resumidos –aunque de una manera muy sucinta- a continuación.

---

215GUASTINI, Ricardo, *La “Constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. En “Neoconstitucionalismo (s)”. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta S.A.. Madrid 2003, pp 62 y ss.

216Ricardo Guastini, describe siete requisitos para una constitucionalización del ordenamiento jurídico: **a)** la rigidez constitucional; **b)** la garantía jurisdiccional de la Constitución; **c)** la fuerza vinculante de la Constitución; **d)** la sobreinterpretación de la Constitución; **e)** la aplicación directa de la Constitución; **f)** la interpretación de las leyes conforme a la Constitución; y **g)** la influencia de las Constitución en las relaciones políticas. Ver GUASTINI Ricardo. Op. cit. pp. 49 y ss.

**i. La igualdad jerárquica de los derechos fundamentales y su directa justiciabilidad**

Una característica esencial de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, es el tratamiento que en ellos se brinda a los llamados derechos económicos, sociales y culturales, los cuales en el ordenamiento jurídico merecen un reconocimiento constitucional expreso como garantías normativas, empero, son considerados como cláusulas programáticas cuya concretización está en manos del órgano ejecutivo y legislativo, razón por la cual, no son por lo menos en la práctica directamente justiciables. En este orden de ideas, esa **“eficacia máxima de los derechos fundamentales”**, como norte esencial de este modelo constitucional, postula la igual jerarquía de todos los derechos incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales, jerarquía que no está enmarcada solamente a un reconocimiento constitucional formal, sino a una eficacia real o sustancial, razón por la cual, estos son directamente justiciables y por tanto, el control plural de constitucionalidad, deberá ser su eficaz guardián.

**ii. La directa aplicación de los derechos fundamentales insertos en el Bloque de Constitucionalidad**

Otro rasgo esencial del modelo constitucional descrito en el presente trabajo, es el referente a la aplicación directa de los derechos fundamentales expresos o inferidos del bloque de constitucionalidad; en ese sentido, este postulado tiene dos implicancias esenciales: **a)** el juez o autoridad administrativa, debe aplicar de manera directa y sin condicionante alguna los derechos fundamentales aún en ausencia de normativa expresa; y **b)** en casos concretos y al amparo de criterios de interpretación como pautas hermenéuticas destinadas a asegurar una eficacia máxima de los derechos fundamentales, el juez o autoridad administrativa, tiene el deber de interpretar extensivamente el tenor literal de la normativa a ser aplicada.

En este orden, el primer postulado, es decir **la aplicación directa por parte del juez y de la autoridad administrativa, de todos los derechos fundamentales aún en ausencia de normativa expresa**, plasma un principio constitucional determinante que se traduce en el **“valor normativo de la constitución”**<sup>217</sup>, en virtud del cual, la Constitución en su parte

---

217 Ver GARCÍA DE ENTERRÍA. “La Constitución como norma jurídica”. En A. Pedrieri y E. García de

dogmática y los derechos fundamentales plasmados en el Bloque de Constitucionalidad, tienen un valor jurídico auténtico y autónomo a la ley y por tanto, al ser su fuente de producción la Función Constituyente, que se encuentra por encima de los poderes constituidos, su eficacia y aplicación, no está condicionada a un ulterior desarrollo legislativo. De la misma forma, el segundo postulado, es decir el referente **al deber del juez de interpretar extensivamente el tenor literal de la normativa imperante**, no es más que la denominada por Guastini “sobreinterpretación de la Constitución”<sup>218</sup>, en ese sentido, el juez o la autoridad administrativa, para asegurar una eficacia máxima de los derechos fundamentales, tiene el deber de utilizar *prima facie* el llamado principio de interpretación “**desde y conforme a la Constitución**”, en virtud del cual y considerando que el ordenamiento jurídico ha sido constitucionalizado como se expresó precedentemente, el juez debe adaptar el tenor literal de la ley al contenido material de los derechos fundamentales que impregnan o irradian todo el ordenamiento infra-constitucional, ello implica, que para esta tarea, el juez debe desarrollar una interpretación -bajo las pautas de interpretación constitucional-, rol que por tanto, va incluso más allá del tenor literal de la ley.

Ahora bien, los dos postulados a partir de los cuales debe ser analizado el principio de aplicación directa de los derechos fundamentales insertos en el Bloque de Constitucionalidad, implican no solamente el diseño de un nuevo modelo de Estado, sino que además, configuran un nuevo sistema jurídico antitético al sistema ius-positivista y también constituyen la causa para el cambio de método del derecho, razón por la cual, como se explicará infra, la subsunción, como método del derecho aplicable a un sistema jurídico ius-positivista, en esta nueva concepción, es superada por la llamada técnica de la “ponderación”, que a través de la argumentación jurídica basada en criterios de interpretación constitucional, está inequívocamente destinada a asegurar una eficacia máxima de los derechos fundamentales en cada caso concreto, luego de lo cual, se aplicará el precedente vinculante para todas las situaciones fácticas idénticas.

### iii. El valor axiomático de la Constitución como norma jurídica

---

Enterría (coords). *La Constitución Española de 1978*. Civitas. Madrid. 1980.  
218GUASTINI Ricardo. Op cit. pp 62 y ss.

El valor axiomático de la Constitución como norma jurídica, es otro eje central de este constitucionalismo de la justicia e igualdad y constituye uno de los puntos neurálgicos para sustentar el cambio radical que este modelo propone en relación al sistema jurídico imperante y al método del derecho.

Efectivamente, el constitucionalismo fuerte que se desarrolla mediante el presente trabajo, sustenta un diseño dogmático antitético a la ingeniería de un sistema jurídico ius-positivista y su particular método jurídico, por esta razón, el punto de partida para el análisis, debe iniciarse en la concepción de Hans Kelsen -ícono del ius-positivismo-, para quien, el derecho constituye una ciencia amparada por dos principios esenciales: La neutralidad y la autonomía<sup>219</sup>.

Precisamente la neutralidad del derecho de acuerdo a esta visión, obliga al juez a aplicar la ley sin que en su labor interpretativa, realice juicio de valor alguno, por tanto, una de las máximas de esta postura es precisamente la interpretación exegética o gramatical, restringiéndose de sobremanera cualquier tipo de interpretación que pueda realizar la autoridad jurisdiccional. Asimismo, según esta visión, la autonomía del derecho, implica que la ciencia es una esfera científica propia, por tanto, su ejercicio no puede ser complementado dentro de esta esfera, con otras ciencias auxiliares como la sociología, la antropología.

En mérito a lo expuesto, debe señalarse que a la luz de este constitucionalismo fuerte, siguiendo a Jurgen Habermas, la moral objetiva está dada por la vigencia de los derechos fundamentales<sup>220</sup>, por tanto, a través del nuevo rol del juez, que se traduce en una sobreinterpretación de la constitución y una interpretación de la legalidad ordinaria a la luz del principio “desde y conforme a la Constitución” y además, merced al fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico antes explicado, existe una comunión entre el derecho y la moral, toda vez que los actos públicos, privados y todo el ordenamiento, en su contenido se encuentran impregnados de esa moral objetiva referente a los derechos humanos.

219KELSEN Hans. *Teoría Pura del Derecho* (versión digital), Universidad Nacional Autónoma de México, traducción de la segunda edición en alemán por Roberto J. Bernengo, México, 1982, pp 349 y ss. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1039/1.pdf>.

220HABERMAS Jurgen. “*Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?*”. En *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Introducción y traducción M. Jimenez Redondo. Paidós. Barcelona. 1991 p 168. Asimismo, para ver a los derechos fundamentales como ética, revisar F. Viola. “la ética de los derechos”. En *Doxa* 22. 1999, p. 507.



Asimismo, esos derechos fundamentales, a su vez, en cuanto a sus contenidos esenciales, contienen valores de rango constitucional, que son parámetros de interpretación, como ser la justicia y la igualdad; en ese orden, estos valores, al formar parte de los contenidos esenciales de los derechos fundamentales impregnan también de contenido al ordenamiento infra-constitucional, razón por la cual, se refuerza la posición antes señalada, es decir, con la interpretación constitucional, se estructura un puente directo de vinculación entre la moral y el derecho, y por tanto, la constitución axiomática, con un contenido que incluye derechos fundamentales y valores, genera un fenómeno de constitucionalización en el ordenamiento infra-constitucional, motivo por el cual, tanto los derechos fundamentales como los valores que guían sus contenidos esenciales, son directamente aplicables.

Ahora bien, la Constitución Axiomática, efectivamente se configura como una antítesis a un sistema jurídico ius-positivista, puesto que la aplicación directa de los derechos fundamentales que se plasman en una moral objetiva basada en derechos fundamentales, cuyos contenidos esenciales influenciados por valores como ser la igualdad o la justicia, constituyen una evidente contradicción al principio de neutralidad postulado por el ius-positivismo; asimismo, la constitución axiomática y su aplicación directa, implica otra contradicción con el principio de autonomía también postulado por el ius-positivismo, toda vez que el intérprete, para llegar a una solución en el caso concreto, puede utilizar otras ciencias auxiliares, como ser la sociología, la antropología, la geopolítica ó la historia entre otras.

Además, el valor axiomático de la Constitución como norma, genera un método de derecho absolutamente contrario al método utilizado por el sistema jurídico ius-positivista, toda vez que el juez, a quien a través de su interpretación constitucional, se le encomienda poner en comunión al derecho con la moral, debe utilizar un método diferente a la subsunción, que es precisamente –como ya se dijo-, el método de la ponderación, a través del cual, en el caso concreto, equilibra principios en colisión.

#### **iv. La ponderación de principios en colisión a la luz de la justicia e igualdad**

Este quizás constituye uno de los ejes más importantes del constitucionalismo propuesto y que

además está directamente relacionado con todos los tópicos antes desarrollados, puesto que siguiendo la visión de Robert Alexy, para la labor de ponderación, los derechos fundamentales objeto del juicio de valoración, son tratados como principios de rango constitucional, aptos por tanto para la aplicación de esta metodología al caso concreto<sup>221</sup>.

En efecto, en un sistema jurídico ius-positivista, los derechos reconocidos en un texto constitucional, son considerados como reglas jurídicas sujetas a las siguientes condiciones: *lex superior derogat inferiori; lex posterior derogat priori; lex specialis derogat generali*.

En cambio, la técnica de la ponderación, aplica una “jerarquía móvil”<sup>222</sup>, teoría que es perfectamente compatible con la ponderación de principios en colisión, fuertemente influenciados en el peso de la balanza por los valores de justicia e igualdad, en tal sentido, cuando se utiliza esta técnica, no se deja sin efecto un derecho en colisión, sino que en el caso concreto y de acuerdo a las circunstancias determinadas debidamente plasmadas en una coherente técnica de argumentación jurídica guiada por pautas de interpretación constitucional, un principio tiene preponderancia en relación a otro u otros, sin que estos – como en el caso de las reglas jurídicas-, impliquen causales de inaplicabilidad de acuerdo a los criterios descritos precedentemente.

En mérito a lo señalado, se tiene que la denominación de “modelo constitucional de justicia e igualdad”, responde a la labor de ponderación del juez, quien asegurará de manera eficaz la constitucionalización de una Constitución Axiomática, que en su contenido está impregnada por derechos fundamentales y a su vez por los valores justicia e igualdad, como eje central del sistema garantista que debe imperar, a la luz del cual tendrá una validez real el fin esencial de un Estado, que en el caso específico del Estado Plurinacional de Bolivia es el vivir bien.

---

221ALEXY Robert, op cit, pp 81 y ss.

222MORESO, José Juan, *Conflictos entre principios constitucionales*. En “Neoconstitucionalismo (s)”. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta S.A.. Madrid 2003. Pp 102 y 103. Este autor cita la posición de Guastini en su fuente: Distinguiendo. *Estudios de teoría y metateoría del derecho* de Guastini p 171.

#### v. El pluralismo de las fuentes jurídicas

Otra de las características de este constitucionalismo de la justicia e igualdad, se plasma en el llamado pluralismo de fuentes, en tal sentido, bajo esta concepción, el Estado, deja de tener un monopolio en la producción normativa y entonces, coexisten fuentes jurídicas, las cuales pueden ser tanto positivas como no positivas; en ese orden, podría afirmarse que en el primer compartimento de las fuentes jurídicas directas de derecho, se encuentran aquellas de producción estatal en cuya cúspide está la Constitución; en el segundo compartimento, coexiste la jurisprudencia como fuente directa del derecho –aspecto que constituye otro elemento distintivo de una visión ius-positivista-<sup>223</sup>; de la misma forma, en un tercer compartimento, coexiste como fuente jurídica del derecho las normas que merced a un pluralismo jurídico, emanan de los usos y costumbres de los pueblos indígenas; y finalmente en un último compartimento y también como fuente directa del derecho, se encuentra aquella normativa comunitaria que emane de Acuerdos de Integración<sup>224</sup>.

### 3. LA COMPATIBILIDAD DEL MODELO CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA E IGUALDAD CON LA INGENIERIA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

La igual jerarquía, directa aplicabilidad y directa justiciabilidad de los derechos fundamentales, incluidos por supuesto los derechos económicos, sociales y culturales; el cambio de roles de las autoridades jurisdiccionales y administrativas; el pluralismo; el sistema plural de control de constitucionalidad y la modificación de la cláusula democrática, constituyen los ejes temáticos centrales para sustentar que el diseño de la Constitución de 2009, se configura como un verdadero modelo constitucional a la luz de derecho constitucional, pero además, estos aspectos, desde el punto de vista de teoría constitucional,

---

223En este compartimento, se encuentra verbigracia la jurisprudencia del último y máximo contralor de constitucionalidad, del Tribunal Supremo de Justicia, la jurisprudencia emanada de los órganos supranacionales como ser el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones y aquella jurisprudencia que emane de los órganos supranacionales de protección de Derechos Humanos, como ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

224Ver ATIENZA Manuel, *Las piezas jurídicas del derecho*. op cit, pp. 309 y ss.

sustentan plenamente los cimientos dogmáticos propios del “constitucionalismo de la justicia e igualdad”, asumidos por la ingeniería constitucional vigente, por tal razón, en el marco del rigor académico, infra serán desarrollados todos estos puntos de manera específica.

**a. La igual jerarquía de los Derechos Fundamentales, su directa aplicabilidad y justiciabilidad**

Uno de los pilares del modelo constitucional boliviano, se refleja precisamente en el art. 109 de la CPE, el cual plasma los principios de igualdad jerárquica de todos los derechos fundamentales, incluidos claro está los derechos económicos, sociales y culturales, así como su directa aplicabilidad y por ende, su directa justiciabilidad, postulados que tal como se desarrolló supra, forman parte de la ideología de este “modelo constitucional de la justicia e igualdad”.

En ese orden, conviene recordar que el art. 109 de la norma constitucional, en su párrafo primero, de forma taxativa señala: “Todos los derechos reconocidos por la Constitución, son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección”. En este contexto y bajo el criterio de interpretación referente a la “unidad constitucional”, el art. 13.III de la Constitución, señala que “La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros”; en ese orden, se colige que éste aspecto, precisamente constituye el primer eje de ruptura con los modelos constitucionales contemporáneos, toda vez que a la luz del modelo constitucional boliviano, todos los derechos, incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales, tienen la misma jerarquía, por lo que, éstos últimos, dejan de ser cláusulas constitucionales programáticas y son por tanto directamente aplicables y directamente justiciables.

La directa aplicabilidad y justiciabilidad de todos los derechos fundamentales incluyendo los llamados derechos económicos, sociales y culturales, al margen de plasmar las bases de un constitucionalismo fuerte adoptado por el nuevo modelo constitucional, tiene a su vez otras implicancias de gran trascendencia constitucional, que se traducen en los siguientes aspectos: **a)** el nuevo rol en el Estado Plurinacional de Bolivia de las autoridades tanto jurisdiccionales como administrativas; **b)** la lógica coherencia de la incorporación de los principios y valores

de rango constitucional en el Bloque de Constitucionalidad; **c)** la incorporación por parte del modelo constitucional de las pautas de interpretación para derechos fundamentales; y **d)** la coherencia lógica de un pluralismo de fuentes jurídicas que reconozca la jurisprudencia como fuente directa del derecho y también las normas que emanen de la justicia indígena originaria y campesina como fuentes directas del derecho; aspectos que a continuación serán desarrollados con mayor precisión.

#### **i. El cambio del rol de los jueces y las autoridades administrativas**

En efecto, la directa aplicabilidad de todos los derechos fundamentales, merced al principio de irradiación constitucional, implica un cambio esencial en el rol tanto del juez como de las autoridades administrativas, aspecto que se traduce en dos hechos concretos: **i)** el juez o autoridad administrativa, debe aplicar y por ende garantizar la eficacia máxima de los derechos fundamentales, incluidos los DESC, aún en ausencia de ley expresa que los desarrolle; y **ii)** la aplicación directa de los derechos fundamentales insertos en el bloque de constitucionalidad, implica que el juez o autoridad administrativa, utilice un criterio esencial de interpretación denominado interpretación “desde y conforme a la constitución”; en tal sentido, en caso de existir una ley expresa –sea esta formal o material-<sup>225</sup>, el juez o autoridad administrativa, como primer garante y celador del respeto a derechos fundamentales, debe velar porque el tenor literal de la norma esté conforme con el contenido material de la parte dogmática de la Constitución, caso contrario, a través de los criterios de interpretación constitucional -descritos en la propia Constitución y que serán desarrollados infra-, debe dar una interpretación acorde con la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad<sup>226</sup>.

---

225La ley formal, es aquella que en su fuente emana del órgano representativo popular como ser una Asamblea Legislativa, por el contrario, la ley material es aquella que no tiene como fuente este órgano, pero que tiene una característica particular: ser norma de carácter general.

226Es menester señalar que solamente en caso de ser imposible una interpretación extensible y acorde con la Constitución, el juez está facultado para promover el incidente de inconstitucionalidad a través de la llamada acción concreta de inconstitucionalidad, situación en la cual, el último y máximo garante de la Constitución y los Derechos Fundamentales, es decir el Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante el control normativo de constitucionalidad, podrá declarar la inconstitucionalidad total o parcial de la norma por ser contraria a la Constitución.

En efecto, este aspecto además de plasmar una visión propia de un constitucionalismo fuerte, implica además un cambio de roles de los jueces, para quienes en un contexto ius-positivista, se limitaba su labor a una interpretación exegética; pero además, merced al método utilizado por el sistema jurídico ius-positivista, es decir el de la subsunción, los jueces ordinarios o autoridades administrativas, no estaban facultados a realizar ningún juicio de valor ni siquiera vinculado a la compatibilidad de la norma con los Derechos Fundamentales.

Asimismo, en el contexto del Estado Plurinacional de Bolivia, éste cambio de visión, con el nuevo rol tanto del juez como de las autoridades administrativas, implica que el derecho ya no es una esfera científica autónoma de la moral, sino por el contrario, está íntimamente ligada a ella, entendiendo que la moral que ahora forma parte del derecho, no es una moral subjetiva, sino es una moral objetiva vinculada a los derechos fundamentales.

## **ii. La incorporación de los principios y valores de rango constitucional al Bloque de Constitucionalidad**

En efecto, si todos los derechos fundamentales en el Estado Plurinacional de Bolivia, tienen la misma jerarquía y por tanto son directamente aplicables y por ende también justiciables, siguiendo la directriz constitucional del art. 109, el nuevo rol de las autoridades jurisdiccionales y administrativas, hace posible que para efectos de la “ponderación”, estos derechos puedan ser tratados como principios de rango constitucional, por tal razón, considerando que el modelo constitucional tiene sólidas bases enraizadas en un “modelo constitucional de la justicia e igualdad”, evidentemente, es absolutamente coherente el razonamiento seguido y explicado por las SC 0008/2010-R entre otras y en particular por la SC 0110/2010-R, decisiones que merced a una interpretación “sistémica”, incluyen en un *obiter dictum* un compartimento adicional al Bloque de Constitucionalidad, el cual está compuesto por principios de rango constitucional, siguiendo en este caso una tendencia Alexyana.

Asimismo, este compartimento adicional que se incorpora al Bloque de Constitucionalidad a través de las decisiones jurisprudenciales antes señaladas, contempla también a los valores de rango constitucional, aspecto que también encuentra una explicación en las bases de este constitucionalismo fuerte, que a partir del tenor literal del art. 109 de la constitución, implica

un cambio de roles tanto para las autoridades jurisdiccionales como administrativas, en ese contexto, precisamente la labor jurisprudencial, constituye el puente de unión entre el derecho y la moral, moral que reitero, se traduce en la eficacia máxima de los derechos fundamentales; en ese sentido, cada núcleo duro de los derechos fundamentales incluidos los derechos económicos, sociales y culturales, está directamente influenciado por valores supremos, como ser la igualdad y la justicia, los cuales, forman parte del bloque de constitucionalidad para que a través del llamado fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico, impregnen de contenido a todos los actos y normas infra-constitucionales, consagrándose así el llamado valor axiomático de la Constitución.

### **iii. Las pautas de interpretación de derechos humanos inserta en el modelo constitucional**

Uno de los pilares de este “modelo constitucional de la justicia e igualdad”, se traduce en el nuevo rol de las autoridades jurisprudenciales y administrativas tal como se explicó precedentemente, que será plausible merced a una herramienta esencial que se traduce en la interpretación constitucional a través de la cual, es posible la utilización de su método específico que es la ponderación de principios.

En el orden de ideas antes señalado, definitivamente la labor del intérprete para la definición de la llamada “jerarquía móvil” en cada caso objeto de ponderación, deberá estar guiada por pautas o criterios hermenéuticos que aseguren que su decisión no sea subjetiva o en ciertos casos arbitraria, asimismo, estas pautas tienen la finalidad de justificar y brindar legitimidad a un razonamiento destinado a lograr una “eficacia máxima de los derechos fundamentales”, razón por la cual, la doctrina constitucional expuesta en el presente trabajo, postula criterios de interpretación basados en interpretaciones lo más extensivas y favorables a los derechos fundamentales, a la luz de pautas tales como el pro-hómíne, favoris-débiles, pro-actione, pro-libertatis, pro-justicia social entre otros<sup>227</sup>.

<sup>227</sup>El principio pro hómíne, establece que la interpretación de derechos fundamentales, debe ser efectuada de una manera tal que se asegure de la mejor forma la favorabilidad y vigencia plena de los derechos que pretenden ser tutelados, por tanto –y en el marco de los criterios de interpretación descritos en el art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos-, no se puede establecer criterios restrictivos o limitativos a los presupuestos que forman parte del contenido esencial de las garantías normativas o adjetivas. Asimismo, A la luz del principio pro-actione, el intérprete de derechos, en circunstancias particulares más allá de los rituales formalistas, debe asegurar una justicia material. El principio favoris-débilis, manda al intérprete a

Los criterios antes señalados, de ninguna manera han sido olvidados u omitidos por el modelo constitucional imperante, de hecho, éste establece pautas específicas para la interpretación constitucional, así, la última parte del art. 13.IV de la CPE, señala que “...Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”, aspecto que establece la primera pauta de interpretación constitucional para derechos fundamentales. Asimismo, la segunda pauta de interpretación, la da el art. 256.I de la CPE, que establece: “ 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”; de la misma forma, el segundo párrafo de esta disposición, plasma la tercera pauta interpretativa en materia de derechos fundamentales, ya que taxativamente señala que “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando estos prevean normas más favorables”, a su vez, estas pautas interpretativas, tienen perfecta coherencia con el art. 410.II, que de manera expresa incorpora al Bloque de Constitucionalidad a los tratados internacionales referentes a Derechos Humanos. Asimismo, el principio de progresividad de los Derechos Fundamentales, plasmado en el art. 13.1 de la CPE, constituye otra pauta constitucional, merced a la cual, el intérprete de la Constitución, está facultado para una “sobre-interpretación” de la constitución, labor que deberá ser realizada en el marco de los principios hermenéuticos propios para la interpretación de derechos fundamentales, destinados a lograr una eficacia máxima de los derechos fundamentales.

A partir de las pautas específicas para la interpretación de derechos fundamentales establecidas por el modelo constitucional imperante, se puede colegir la premisa en virtud de la cual, el intérprete de derechos fundamentales, debe realizar una interpretación extensiva y favorable a los derechos fundamentales en el marco de los criterios hermenéuticos insertos en

---

realizar una interpretación lo más extensiva y favorable a la libertad como un derecho que necesita una tutela reforzada. Para estos temas, ver CARPIO MARCOS Edgar, “La interpretación de los Derechos Fundamentales”, en *Interpretación Constitucional*, Eduardo Mc-Gregor (coord.), tomo I, editorial Porrúa, México 2005, pp 321 y ss.



los Tratados Internacionales referentes a Derechos Fundamentales.

Al respecto, en un contexto propio del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, **la interpretación extensiva a favor de una eficacia máxima de los derechos fundamentales**, está garantizada y reconocida por el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica, que en este marco, establece las siguientes pautas para la interpretación de derechos fundamentales: **i)** la prohibición de interpretación que permita la limitación o supresión en el goce y ejercicio de derechos establecidos en este instrumento internacional de protección de derechos o de aquellos derechos reconocidos por el orden interno; **ii)** la prohibición de interpretación que limite derechos más allá de los parámetros de restricción expresamente establecidos en este instrumento internacional; **iii)** la prohibición de interpretación que excluya derechos y garantías inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno.

Asimismo, en el marco del principio de interpretación conforme a los tratados internacionales establecida por el modelo constitucional y a la luz de la interpretación extensiva y favorable a los derechos fundamentales, se tiene también que la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 30, establece pautas de interpretación para el catálogo de derechos en ella establecidos, señalando que “Nada en esta declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración”, criterio que se encuentra enmarcado plenamente dentro de los alcances del principio de favorabilidad y que es plenamente coherente con una interpretación extensiva de los derechos fundamentales en el ámbito interno de cada Estado miembro.

En este contexto, a la luz de una interpretación conforme a los tratados internacionales, estas prohibiciones, además deben generar para el interprete, la obligación de basar su argumentación jurídica en pautas de interpretación constitucional, que bajo la égida del principio de favorabilidad, legitimen la decisión merced a su sustento en los principios específicos de interpretación de derechos humanos, como ser el pro-hómine, favor-libertatis, favoris-débiles, pro-actione y pro-operario entre otros, aspectos que son consecuentes con las

pautas de interpretación constitucional para derechos fundamentales establecidas por los arts. 13.I, IV y 256 de la CPE.

En este estado de cosas, a la luz del principio de interpretación referente a la “unidad constitucional”, en virtud del cual, todas las disposiciones del texto constitucional, no pueden ser interpretadas de forma aislada, sino más bien, deben ser entendidas de tal forma que cada una de las disposiciones esté armonizada e inter-relacionada en el contexto de un sistema único, definitivamente no se puede olvidar el alcance del art. 196.II de la Constitución, el cual, señala: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

En base al tenor de la disposición precedentemente señalada, debe señalarse que ésta, de ninguna manera es contraria o antitética a los arts. 13 I, IV y 256 de la constitución, en ese orden, armonizando el art. 196 con el sistema constitucional, es coherente establecer que en efecto el primer criterio de interpretación constitucional es el literal, luego de lo cual, la interpretación de acuerdo al modelo constitucional boliviano, debe estar sujeta a la voluntad del constituyente, empero, considero que estas pautas no están cerradas para el caso de la interpretación de derechos fundamentales incluidos los DESC, situación en la cual, el intérprete no se encuentra circunscrito únicamente a estos dos criterios, sino que su actividad hermenéutica, para los supuestos de derechos fundamentales, debe estar circunscrita a las pautas propias y específicas para la interpretación de estos derechos, las cuales están disciplinadas de manera particular en los arts. 13.IV y 256 y que en estos supuestos, remiten al intérprete a una interpretación con dos características claras: **a)** basada en el principio de favorabilidad; y **b)** una interpretación conforme a los Tratados Internacionales que versen sobre Derechos Fundamentales, pautas que en definitiva, están destinadas a asegurar una eficacia máxima de éstos, como postulado esencial del “modelo constitucional de la justicia e igualdad” -que mediante el presente trabajo se pretende sustentar como directriz propia del diseño constitucional boliviano-.

Sostener una posición contraria, implicaría una interpretación sesgada, contraria al principio de unidad constitucional con una consecuencia nefasta para la eficacia máxima de los

derechos fundamentales, que se traduciría en la consolidación de un “candado constitucional”, en virtud del cual, los celadores de la constitución (jueces y autoridades administrativas) y el último y máximo guardián de los derechos fundamentales, es decir el Tribunal Constitucional Plurinacional, no podrían asegurar esa eficacia máxima de los Derechos Fundamentales, base del modelo constitucional propio del Estado Plurinacional de Bolivia.

#### **b. El pluralismo como eje de la refundación del Estado**

El modelo del “constitucionalismo fuerte de la justicia e igualdad”, parte de un postulado esencial: Para asegurar una eficacia máxima de los derechos fundamentales, es imperante conocer los antecedentes históricos, sociológicos, económicos, políticos, etc. de una sociedad plural, los cuales influyen de manera determinante en la Función Constituyente para el diseño de un modelo de Estado, que además en el caso de Bolivia, es peculiar, fundamentalmente por su composición plural.

En el orden de ideas expresado, considero pertinentes las palabras de Alberto del Real Alcalá, quien señala que el Pluralismo, es el elemento fundante del Estado<sup>228</sup>, afirmación evidente por las directrices axiológicas insertas en el Preámbulo de la Constitución y por el diseño de la cláusula estructural contenida en el art. 1 de la CPE, así también por los postulados recogidos por los arts. 2, 3 y 30 de la CPE –entre otros-, por tanto, los factores de orden socio-histórico plasmados fundamentalmente en el preámbulo, implican que el Pluralismo es un elemento que marca un eje de ruptura entre el modelo constitucional boliviano y los modelos constitucionales conocidos en derecho comparado, máxime, cuando su construcción e ingeniería constitucional dista mucho de una construcción del pluralismo, especialmente en un contexto continental europeo.

En efecto, la construcción del pluralismo tanto en Latinoamérica y en particular en Bolivia, estuvo directamente influenciada por las luchas indígenas que emergieron como consecuencia de una historia colonial que generó problemas de territorialidad y de discriminación ancestral a grupos étnicos poblacionales, como es el caso de los indígenas sojuzgados por la colonización española, cuyas condiciones no mejoraron con el nacimiento de la República de

---

228DEL REAL ALCALÁ Alberto. “La Construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: Desafíos y resistencias”. En *Conferencia Internacional: Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*. Editora Presencia. La Paz, 2010.

Bolivia.

En Latinoamérica, la fase del llamado constitucionalismo social, con un hito específico en la Constitución de Querétaro, fue quizás el punto a partir del cual, los movimientos indígenas y campesinos asumieron en este nuevo contexto, su rol como actores sociales del cambio con incidencia en los modelos de Estado; asimismo, no podría soslayarse la influencia de la nueva concepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyos mecanismos institucionales, mostraron al mundo instrumentos jurídicos como es el caso del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, documentos basados en la nueva concepción de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y que como mérito esencial, consagran el principio de auto-determinación de los pueblos indígenas y tribales, postulado a partir del cual, la jurisprudencia constitucional latinoamericana y los procesos constitucionales de reforma, estuvieron seriamente influenciados, aspecto que influyó en una lenta pero paulatina y muy prometedora “constitucionalización” del pluralismo, en su vertiente más amplia, es decir, aquel que va desde un pluralismo político, religioso, territorial, cultural y que confluye fundamentalmente en un pluralismo jurídico.

En efecto, principalmente la idea de la construcción del “pluralismo jurídico”, es precisamente el punto de quiebre entre una concepción latinoamericana y una continental europea, la cual, no tiene sustento en una libre-determinación de grupos étnicos, sino más bien, concibe al pluralismo jurídico a partir del reconocimiento de fuentes jurídicas diferentes a aquellas que emergen del Estado monopólico de producción normativa, que en esencia se traducen en la normativa comunitaria que emana de órganos supranacionales constituidos gracias al proceso de integración europea latente ya por más de dos décadas<sup>229</sup>. Asimismo, en un contexto continental europeo, ha sido ampliamente desarrollada tanto teóricamente como normativamente, la idea de un pluralismo territorial que plasma la diversidad regional, sin embargo, esta concepción, definitivamente no tiene el carácter ni llega a concluir en la versión latinoamericana del pluralismo jurídico<sup>230</sup>.

229FERRAJOLI Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*, op cit. pp 13 y ss.

230La Constitución Española de 1978, plasma la diversidad territorial en el art. 2, el cual reconoce como categorías diferenciadas propias de un pluralismo territorial, a las nacionalidades y regiones que pueden

Ahora bien, en este estado de cosas, es pertinente, centrar la mirada en el Estado Plurinacional de Bolivia, bajo la égida del “Pluralismo como elemento fundante del Estado”, en ese orden de ideas, factores históricos, económicos, sociológicos y antropológicos entre otros, hacen imprescindible la refundación del Estado para la consolidación de un valor y fin esencial de éste, que en términos del diseño constitucional se traduce en el “vivir bien”, para lo cual, el pluralismo es un elemento de inclusión de la diversidad en la unidad, cuya cúspide dogmática se plasma en el reconocimiento constitucional expreso del pluralismo jurídico, siendo su consecuencia jurídica más relevante, la existencia de un pluralismo de fuentes jurídicas, dinámico, inclusivo y acorde con el Estado Constitucional<sup>231</sup>, por lo que, bajo este nuevo prisma, la visión ius-positivista en virtud de la cual la ley era la fuente directa del derecho y los usos y costumbres o toda normativa no positiva, no eran más que fuente accesoria y con una fuerza débilmente secundaria en el ordenamiento jurídico, ha sido superada, siendo por tanto evidente que con el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico, inequívocamente ha cambiado el sistema jurídico boliviano y también su método del derecho, pero además, se ha consolidado el eje de ruptura de diseño constitucional, en cuanto a los modelos constitucionales contemporáneos conocidos en doctrina.

Por lo expuesto, definitivamente el pluralismo amplio reconocido por el modelo constitucional boliviano, constituye otro elemento acorde con un “modelo constitucional de la justicia e igualdad”, ya que plasma una era constitucional de inclusión no solo política sino fundamentalmente jurídica para estos pueblos ancestralmente discriminados, aspecto que se refleja en una pluralidad de fuentes jurídicas como característica esencial de la visión constitucional expuesta en el presente trabajo.

Finalmente, no podría soslayarse que a partir del pluralismo como elemento fundante del Estado, se consolida además una nueva era constitucional en el país para los DESC, puesto que los derechos colectivos de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, considerados como sectores en condiciones de vulnerabilidad, inequívocamente forman parte del acápite

---

conformar Comunidades Autónomas.

231Bajo esta visión, coexisten dentro del sistema plural de fuentes: **a)** La Constitución como fuente directa del derecho; **b)** la jurisprudencia; **c)** las normas no positivas propias de la justicia indígena, originaria y campesina; y **d)** las normas comunitarias, también como fuente directa de derecho, verbigracia, aquellas que emanan de la Comunidad Andina de Naciones.

propio de los derechos económicos, sociales y culturales.

### c. El sistema plural de control de constitucionalidad

Asimismo, es imperante señalar que otro eje esencial de cambio, máxime en esta nueva era de los DESC, es el relativo al control de constitucionalidad<sup>232</sup>, en ese orden, en el decurso de la historia constitucional boliviana, se adoptó en principio a través de la Constitución de 1826, un sistema político de control de constitucionalidad, posteriormente, como influencia de un constitucionalismo norteamericano, se adoptó un sistema difuso de control de

---

232En este aspecto, es imperante recordar que la doctrina del derecho procesal constitucional, describe dos grandes modelos de control de constitucionalidad: **a)** El sistema político de control de constitucionalidad; y **b)** el sistema jurisdiccional de control de constitucionalidad, que a su vez, adopta tres formas específicas: **i)** el sistema jurisdiccional difuso de control de constitucionalidad; **ii)** el sistema jurisdiccional concentrado de control de constitucionalidad y **iii)** el sistema mixto de control de constitucionalidad.

A la luz de un derecho constitucional comparado en un contexto contemporáneo, Cuba, adopta un sistema político de control de Constitucionalidad, toda vez que su Constitución de 1976, reformada parcialmente los años 1992 y 2002, en su art. 75.3, encomienda de manera expresa el control normativo de constitucionalidad a la Asamblea Nacional del Poder Popular (Órgano Legislativo), asimismo, en su art. 121, se establece que “Los Tribunales constituyen un sistema de órganos estatales, estructurado con independencia funcional de cualquier otro y **subordinado jerárquicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado**” (resaltado propio), disposiciones constitucionales que evidencian la inexistencia de control jurisdiccional de constitucionalidad y la vigencia de un control político de constitucionalidad. Asimismo, es ilustrativo señalar que en derecho comparado y también en un contexto contemporáneo, pero en el ámbito continental europeo, países como Suiza adoptan un sistema político de control de constitucionalidad. En efecto, la Constitución de este país, señala que los jueces carecen de competencia para revisar las leyes y decretos sancionados por la Asamblea Nacional, asimismo, establece que es la voluntad popular la que elige a la legislatura federal, la cual, tiene la facultad de dejar sin efecto normas federales a través de votaciones populares.

Asimismo, en un contexto de derecho constitucional comparado, se establece que Estados Unidos, a partir de la sentencia pronunciada en el caso *Marbury vs. Madison* (1803) adoptó un sistema difuso de control de constitucionalidad, en virtud del cual, en resguardo de la Constitución está encomendado a las autoridades de justicia y en última instancia a su Suprema Corte de Justicia, sistema que en un ámbito latinoamericano, es adoptado también por Argentina.

El sistema jurisdiccional concentrado de constitucionalidad, encomienda el cuidado de la Constitución a un órgano imparcial, independiente y especializado llamado Tribunal Constitucional o en algunos casos Corte Constitucional, este sistema es adoptado por España, Italia y la mayoría de los países latinoamericanos. Asimismo, países latinoamericanos, como es el caso de Venezuela y Costa Rica, adoptan un sistema mixto de control de constitucionalidad, en los cuales sus Tribunales Supremos de Justicia, tienen una sala especializada en materia constitucional, pero los roles y efectos del control de constitucionalidad se equiparan al sistema concentrado de control de constitucionalidad. Finalmente, de acuerdo a algunos tratadistas como Néstor Pedro Saguez, existen sistemas *sui generis* de control de constitucionalidad verbigracia el Consejo Constitucional, adoptado por Francia, el cual, no se asemeja a ninguno de los modelos antes descritos. Ver NARANJO MESA Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Ariel. Barcelona 1998. Pp 385 y ss.. Ver también SAGUEZ Nestor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Editorial Astrea. Buenos Aires.2001. Pp 431 y ss.

constitucionalidad; luego, a partir de la Constitución de 1994, Bolivia asumió un sistema preminentemente concentrado de control de constitucionalidad en manos del Tribunal Constitucional<sup>233</sup>.

Como consecuencia de la reforma constitucional de 2009, se adopta un sistema plural de control de constitucionalidad, con bases en un sistema jurisdiccional concentrado de control de constitucionalidad, pero a su vez, con un componente plural-inclusivo, cuyo objetivo es asegurar precisamente la vigencia del pluralismo como elemento fundante del Estado y también con la finalidad de garantizar a través de la interpretación constitucional, el modelo de constitucionalismo fuerte basado en la justicia e igualdad.

En el orden de ideas expuesto, se debe señalar que este modelo plural de control de constitucionalidad, se encuentra compuesto en su base, por las autoridades jurisdiccionales, administrativas y autoridades de los pueblos indígenas, originarios campesinos, quienes en el ejercicio de sus roles jurisdiccionales, funciones administrativas o funciones enmarcadas en el ámbito de la justicia indígena, originaria y campesina, gracias al principio de aplicación directa de la constitución y considerando que en sus roles deben utilizar el criterio de interpretación “desde y conforme a la constitución”, son los primeros garantes y celadores del respeto a los derechos fundamentales. En este marco, en mérito a las características de un control concentrado de constitucionalidad, en una instancia o nivel intermedio de este sistema

---

233En efecto, la Constitución Boliviana de 1826, dentro del Poder Legislativo, reconocía tres Cámaras, la de Tribunales, Senadores y Censores, esta última con la facultad taxativa de velar por el cumplimiento de la Constitución, con la atribución específica de acusar ante el Senado, cualquier infracción por parte del Ejecutivo de la Constitución o la Ley. Asimismo, la reforma constitucional de 1861, realizada durante la presidencia de José María Achá, plasma los primeros vestigios de un control jurisdiccional difuso de control de constitucionalidad, ya que atribuye al Poder Judicial la facultad de conocer de los negocios de puro derecho, cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes. Ver ALVARADO Alcides. *Del Constitucionalismo Liberal al Constitucionalismo Social. Teoría y Práctica*. Editorial Judicial. Sucre. 1994. Pp 261 y ss.; 272 y ss.

A partir de la Constitución de 1994, se adoptó un sistema preminentemente concentrado de control de constitucionalidad en manos del Tribunal Constitucional, empero, a la luz de la constitución abrogada, existe un rasgo de control difuso, específicamente en los efectos del “recurso contra tributos y otras cargas públicas”, mecanismo que se encuentra dentro del brazo de control normativo de constitucionalidad, en ese sentido, el art. 70 de la Ley del Tribunal Constitucional No. 1836, establece que el Tribunal Constitucional, declarará la “la inaplicabilidad de la norma legal impugnada al caso concreto” cuando determine una contradicción entre la Constitución y una ley, que modifique o suprima un tributo, impuesto, tasa, patente, derecho o contribución, efecto que es propio de una decisión emanada de un sistema difuso de control de constitucionalidad, por esta razón se utiliza el término “preminentemente concentrado”.

de control de constitucionalidad, se encuentran los jueces y tribunales de garantías, encargados de conocer las acciones tutelares, quienes asumen el control intermedio de constitucionalidad no como jueces o tribunales ordinarios, sino como jueces constitucionales especializados en materia de protección de derechos fundamentales. Asimismo, en el tercer nivel del control de constitucionalidad, se encuentra el Tribunal Constitucional Plurinacional, como último y máximo garante de los Derechos y Garantías Fundamentales y la Constitución. Por lo expuesto, esta catalogación tripartita del control de constitucionalidad y el elemento del pluralismo como eje rector no sólo de su composición sino también de su rol interpretativo y en particular la inclusión del primer nivel, es decir de las autoridades jurisdiccionales, administrativas y de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, con un rol de interpretación constitucional que se configura como un cambio del sistema jurídico ius-positivista, implican un eje de cambio en las características de los tres modelos jurisdiccionales de control de constitucionalidad conocidos en doctrina, es decir, el difuso, el concentrado y el mixto y viene a configurar el modelo plural de control de constitucionalidad como un sistema jurisdiccional *sui generis*, que no es difuso ni tampoco exclusivamente concentrado, puesto que –como ya se dijo– en el primer nivel los jueces y también las autoridades administrativas interpretan la legalidad ordinaria a la luz del bloque de constitucionalidad, en virtud al principio de aplicación directa de la constitución (postulado propio de este modelo constitucional de justicia e igualdad), aspecto que hace que este control sea un sistema combinado con sólidas bases pluralistas.

**d. El cambio de concepción de la cláusula democrática. La representación argumentativa como eje de cambio del modelo constitucional**

Finalmente, el modelo de un “constitucionalismo fuerte basado en la justicia e igualdad” que según lo explicado en el presente trabajo, sustenta el modelo constitucional boliviano, implica un cambio en el diseño dogmático de la cláusula democrática representativa, porque existe un desplazamiento de legitimidad del órgano representativo popular al órgano contralor de constitucionalidad.

Este aspecto es evidente, en particular porque los jueces ordinarios y las autoridades administrativas, merced al principio de aplicación directa de la Constitución, deben aplicar



directamente los derechos fundamentales –incluidos los económicos, sociales y culturales, aún en ausencia de ley o en su caso, existiendo ley expresa, deben realizar una interpretación extensiva de esta, en virtud de la cual y de acuerdo al principio de interpretación “desde y conforme a la constitución”, se adapte -a través de criterios de interpretación válidos para derechos fundamentales-, el tenor literal de la ley a la Constitución, siempre en el marco de favorabilidad para los derechos fundamentales.

Por lo expuesto, es evidente que la legitimidad exclusiva para el resguardo de derechos ya no está en manos “exclusivamente” del órgano legislativo, como ente institucional de representación popular y legitimado para la emisión de la ley, sino que merced a este nuevo modelo constitucional y en virtud a la interpretación constitucional a ser realizada en primera instancia por los jueces y autoridades administrativas para una eficacia máxima de los derechos fundamentales, inequívocamente existe un desplazamiento de legitimidad del órgano legislativo al órgano jurisdiccional constitucional, razón por la cual, en este modelo de Estado, definitivamente se ha transitado de una representación popular a una representación – en última instancia- argumentativa en manos del control plural de constitucionalidad, desplazamiento que tiene la única finalidad de asegurar una “eficacia máxima de los derechos fundamentales”.

#### 4. LA DEFRAGMENTACIÓN TEÓRICA COMO ACÁPITE FINAL

En mérito a todo lo señalado, siguiendo una metodología basada en la deconstrucción, puede colegirse que el nuevo modelo constitucional, implica un cambio en cuanto a ideología constitucional, modelo de Estado y teoría del derecho, por adoptar postulados propios de un “constitucionalismo fuerte basado en la justicia e igualdad”, aspecto que es plausible *prima facie* por el postulado plasmado en el art. 109.I de la CPE, que consolida tres principios esenciales de esta ideología, que son precisamente la igualdad jerárquica de derechos fundamentales, su directa aplicabilidad y su directa justiciabilidad.

En el contexto descrito, el postulado inserto en el art. 109.I de la CPE, además a la luz del principio de unidad constitucional, de acuerdo al principio de progresividad de los derechos

recogido por el art. 13.I y merced a las pautas de interpretación especial para derechos humanos contenidas en los arts. 13.IV y 256 del orden constitucional, plasman un nuevo rol para el control de constitucionalidad, el cual bajo la égida de la nueva constitución se configura como un sistema *sui generis*, compuesto en el primer nivel por las autoridades jurisdiccionales y administrativas, asimismo, en un nivel intermedio, se encuentran los jueces y tribunales de garantías y en un nivel superior el Tribunal Constitucional Plurinacional, todos ellos facultados a garantizar derechos fundamentales aún en ausencia de ley e incluso, cuando a pesar de existir ley expresa, a través de la interpretación constitucional, deben realizar una interpretación extensiva que va más allá del tenor literal de la ley, interpretación que tiene la finalidad de asegurar una eficacia máxima de los derechos fundamentales, aspecto que es el postulado esencial de este “constitucionalismo fuerte de la justicia e igualdad”. Además las autoridades indígenas, originarias y campesinas que también se encuentran en el primer nivel del sistema plural de control de constitucionalidad, son los garantes de los derechos fundamentales en contextos interculturales y en marco de la jurisdicción indígena, originaria y campesina, ámbito que a su vez, se encuentra sujeto a un control plural de constitucionalidad, en manos del Tribunal Constitucional Plurinacional, que también tiene roles interpretativos a la luz del principio de interpretación inter-cultural.

Asimismo, este nuevo rol del control de constitucionalidad, implica el cambio del sistema jurídico y de metodología del derecho, toda vez que el modelo constitucional, se configura como una antítesis al sistema jurídico ius-positivista, en el cual el juez era un simple aplicador de la ley, convirtiéndose ahora en un verdadero garante de los derechos fundamentales; además, el cambio de metodología del derecho es evidente, ya que el sistema ius-positivista, utiliza como método del derecho la “subsunción”, por el contrario, el modelo constitucional desarrollado, utiliza como método específico –aunque no necesariamente excluyente- la “ponderación de principios”, aspecto que permite, gracias a la interpretación constitucional, unir al derecho con la moral, entendiendo a la moral como aquel plexo axiomático imperante vinculado con la justicia y la igualdad, valores que forman el núcleo esencial de los derechos fundamentales y que además consagran a la norma suprema como una “Constitución axiomática”, concepción que implica la constitucionalización no sólo de

derechos fundamentales positivados, sino también de valores de rango supremo como ser la justicia e igualdad, que inequívocamente son ejes centrales del “vivir bien”.

Finalmente, este cambio de ideología constitucional, implica además un cambio en el modelo de Estado, por lo que de acuerdo a la ingeniería constitucional, debe entenderse al Estado Plurinacional de Bolivia como un estado garantista y con bases plurales, aspectos que solamente tendrán una eficacia plena en la medida en la cual el control de constitucionalidad ejerza su nuevo rol de interpretación extensiva y progresiva más no limitativa o restringida de los derechos fundamentales, siempre en el marco de una eficacia máxima de estos, respetando además criterios o pautas de interpretación constitucional, como ser el principio de favorabilidad, pro-hómone, pro-actione, favoris débiles entre otros y sin soslayar además la interpretación inter-cultural en contextos interculturales.

- 
- ALEXY Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdez. CEC Madrid. 1993
  - ALVARADO Alcides. *Del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social*, editorial Judicial, Sucre 1994.
  - ARA PINILLA Ignacio. “Estudio Preliminar” a E. Pattaro. *Elementos para una teoría del Derecho*. Trad. al español de Ignacio Ara Pinilla. Debate. Madrid. 1986.
  - ATIENZA Manuel. *El sentido del derecho*. Ariel. Barcelona. 2001
  - CARBONELL Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
  - CARBONELL Miguel y GARCÍA JARAMILLO Eduardo. *El Canon Neoconstitucional*. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo editores. Universidad Externado de Colombia, primera edición, Bogotá, 2010.
  - CARPIO MARCOS Edgar, “La interpretación de los Derechos Fundamentales”, en *Interpretación Constitucional*, Eduardo Mc-Gregor (coord.), tomo I, editorial Porrúa, México 2005.
  - FERRAJOLI Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Ariel. Barcelona 2010.
  - GARCÍA DE ENTERRÍA. “La Constitución como norma jurídica”. En A. Pedrieri y E. García de Enterría (coords). *La Constitución Española de 1978*. Civitas. Madrid.

1980.

- HABERMAS Jurgen. *“Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”*. En *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Introducción y traducción M. Jimenez Redondo. Paidós. Barcelona. 1991.
- KELSEN Hans. *Teoría Pura del Derecho* (versión digital), Universidad Nacional Autónoma de México, traducción de la segunda edición en alemán por Roberto J. Bernengo, México, 1982.
- *Memoria Conferencia Internacional: Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*. Editora Presencia. La Paz, 2010.
- NARANJO MESA Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Ariel. Barcelona. 1998.
- SAGUEZ Nestor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2001
- ZAGREBELSKY Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. español de M. Gascón y epílogo de G. Peces-Barba. Trotta. Madrid. 1995. 4 edición 2002.

## Resumen

Mediante el presente trabajo, se pretende demostrar que las bases dogmáticas de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, aprobada mediante referendo constitucional el año 2009, tienen una naturaleza garantista basada esencialmente en el postulado fundamental de la “eficacia máxima de los derechos fundamentales”, aspecto neurálgico para afirmar la vigencia de un “constitucionalismo de la justicia e igualdad” acorde con un sistema plural y eficaz de derechos fundamentales.

Palabras Claves: derechos fundamentales, Constitución de Bolivia, garantía jurídica