

Naturaleza del proceso constituyente boliviano¹

Nature of the Bolivian Constituent Process

Adrián Vicente Aguirre Heredia*

Recibido: 23 de julio de 2018

Aceptado: 16 de febrero de 2019

Resumen

La nueva constitución boliviana fue promulgada el 7 de febrero de 2009 a través de un proceso constituyente conflictivo con acontecimientos históricos, políticos y sociológicos que marcaron su desarrollo y resultado. La naturaleza de este proceso fue discutida hasta que el Tribunal Constitucional Plurinacional resolvió repetidamente que ella habría sido establecida a través de un poder constituyente originario. Esta investigación pretende determinar si este proceso constituyente tuvo realmente esa naturaleza, confrontando en el análisis diferentes corrientes doctrinales, los principales hechos ocurridos y las normas relacionadas. Los hallazgos sugieren que en realidad no hubo un poder fundacional ni revolucionario y, en consecuencia, tampoco un proceso constituyente originario.

¹ Esta investigación es parte de la tesis de grado “Naturaleza del proceso constituyente boliviano” que el autor defendió en abril de 2018 en la Carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” en la ciudad de La Paz, Bolivia para la obtención de su licenciatura en Derecho. [Orcid.org/0000-0002-5993-1542](https://orcid.org/0000-0002-5993-1542)

* Licenciado en Derecho.

Contacto: av.aguirre.h@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Revista Vol. 3 N° 4, abril, 2019, pp 11-60 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

Palabras clave: proceso constituyente / naturaleza del proceso constituyente / poder constituyente originario / naturaleza originaria / poder fundacional / poder revolucionario.

Abstract

The new Constitution of Bolivia was promulgated on February 7th, 2009, throughout a conflictive process with historical, political and sociological events which defined its development and outcome. The very nature of this process was disputed until the Bolivian Constitutional Court finally settled its nature as it would be established with original constituent power. Hence, the purpose of this investigation is to deem if this constituent process actually has an original nature, confronting the analysis with different existing doctrinal branches, the norms and the relevant facts. The findings suggest that there was none foundational or revolutionary power, and subsequently neither an original constituent process.

Keywords: Constituent process / nature of the constituent process / original constituent power / original nature / foundational power / revolutionary power.

1. Introducción

A finales del año 2003, Bolivia atravesaba una profunda crisis social, política, jurídica e institucional, la cual pedía que se realicen profundos cambios y se viabilicen transformaciones fundamentales en distintos ámbitos, entre ellos, el político y jurídico. La manifestación de un amplio sector de la población demandaba, entre otros aspectos, el cambio constitucional a través de una asamblea constituyente. Esta crisis generó la *agenda de octubre*.

Estos sucesos conllevaron a que el año 2004, con el cambio de gobierno de Gonzalo Sánchez de Lozada al de Carlos D. Mesa Gisbert, se vea la necesidad de la reforma a la Constitución Política del Estado (CPE). Se introdujo así el Art. 232 a la CPE de 2004.¹ Dicho artículo estableció la posibilidad de realizar una reforma constitucional total mediante una asamblea constituyente, como único órgano de representación competente al efecto.

Después de dicha reforma, hubieron varios cambios políticos y sociales que derivaron en la posesión presidencial de Evo Morales Ayma el 22 de enero de 2006 y el 6 de marzo del mismo año se promulgó la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente No. 3364.

Sancionada en el H. Congreso Nacional de la República, dentro de su contenido se aprobaron artículos trascendentales que limitaron y reglamentaron el proceso constituyente en razón al objetivo de la Asamblea Constituyente. Así, la convocatoria, requisitos y elección de constituyentes (Arts. 1 y 3) y la organización y funcionamiento de la Asamblea Constituyente (Arts. 4, 7 y 14). Es importante mencionar que los asambleístas que tuvieron el mandato de realizar la CPE fueron elegidos mediante voto popular.

La nueva CPE fue aprobada mediante referéndum, según lo previsto en la reforma constitucional de 2004 y a efectos de su legitimidad. Consecuentemente, la CPE fue promulgada el 7 de febrero de 2009 en la ciudad de El Alto.

Este proceso constituyente estableció un nuevo orden jurídico constitucional, con mayor jerarquía que las leyes del país. Esto implicó su interpretación y el respectivo control de constitucionalidad. Ingresan-

¹ “La reforma total de la Constitución Política de Estado es potestad privativa de la Asamblea Constituyente, que será convocada por Ley Especial de convocatoria, la misma que señalará las formas y modalidades de elección de los constituyentes, será sancionada por dos tercios de voto de los miembros presentes del H. Congreso nacional y no podrá ser vetada por el presidente de la República.” (Constitución Política del Estado de 2004).

do dentro de los parámetros y directrices de la interpretación de la naturaleza del proceso constituyente, y necesariamente de sus etapas de inicio desarrollo y conclusión, finalmente tomó mayor fuerza y solidez la noción de su naturaleza originaria y fundante por algunos sectores gubernamentales y judiciales.

Dicho criterio e idea fuerza del proceso constituyente, como originario y fundante, fue impulsado desde el Órgano Ejecutivo que asumió el gobierno el 22 de enero del 2006. Desde el momento de realizar los actos legislativos y procedimentales para llegar a realizar la Asamblea Constituyente, se trató de inculcar la idea de *refundar* el Estado y para este objetivo tenían que generar y consolidar un proceso originario que derive en la consolidación de una Constitución (Gamboa 2009, pp 31 -34).

Según Vanossi: el *poder constituyente originario* es la acción de factores que provienen del exterior del Derecho y que contienen la condición de la voluntad soberana. Se trata del poder constituyente que actúa en la etapa de primigenidad, es decir, la primera vez que la comunidad se da un ordenamiento jurídico, que se produce más allá de toda y cualquier competencia. Estableciendo su carácter ilimitado, se podría hablar entonces de dos situaciones en que puede manifestar su presencia: el *poder fundacional*, en el entendido del momento de creación de un Estado, y el *poder revolucionario*, en cuanto a la transformación de las estructuras estatales rompiendo toda lógica normativa regular (Vanossi, 1975 y 2002).

He aquí el conflicto, debido a que una fracción, sobre todo del sector gubernamental, y posteriormente el Órgano Judicial a través del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), interpretaron la naturaleza del proceso constituyente como originaria y fundante, en razón de una nueva forma de Estado y una refundación del país. Sin embargo, bajo otros criterios, contraponiendo lo que se menciona en la doctrina sobre el poder constituyente originario y sus caracteres, con el proceso constituyente boliviano y los actos jurídicos procedimentales, se puede argüir que la naturaleza del proceso constituyente es *derivada* de

inicio a fin. Bajo el análisis de todo el proceso constituyente, entendiendo *poder constituyente – constituido*, se considera que se ha elaborado solamente una reforma total en base a un poder de reforma de la anterior constitución.

La determinación de la naturaleza del proceso constituyente trae consigo consecuencias en la interpretación constitucional y el control de constitucionalidad concentrado. Estas facultades que ejerce el TCP, que se plasman en sus resoluciones constitucionales, deben presentar indefectiblemente un análisis trascendental para el desenvolvimiento jurídico en la jurisdicción nacional.

La investigación se desenvuelve en el marco del análisis del proceso constituyente boliviano que dio lugar a la CPE del 2009, antes, durante y en los resultados de este proceso. Proceso constituyente que inicia con la reforma constitucional del año 2004 que abre la modalidad de modificación constitucional total mediante una Asamblea Constituyente, y posteriormente continuó desarrollándose con el cambio de gobierno desde el 22 de enero de 2006, el mismo que haría las gestiones para tratar de consolidar un proceso originario. La etapa constituyente se da desde la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente en adelante, concluyendo en la promulgación de la CPE el 7 de febrero del 2009.

Para tal efecto es fundamental focalizar, de forma esencialmente jurídica, el aspecto del poder constituyente en estas etapas. Debido a que la relación de sucesos; antes, durante y en los resultados puede llegar a denotar una conclusión clara, y así, mediante el análisis tipológico de la naturaleza originaria ya sea fundacional o revolucionaria, y sus implicancias en estas etapas, se pueda determinar qué tipo de poder constituyente tuvo el proceso boliviano.

En ese entendido, en observación a lo planteado, en el presente artículo se intentará determinar si el proceso constituyente que dio lugar a la CPE de 2009 tuvo una naturaleza originaria. Y en cumplimiento a

la definición de Vanossi, planteada anteriormente, establecer si, dicho proceso constituyente, ejerció un poder fundacional y precisar si ejerció un poder revolucionario. Claro está, estas premisas serán corroboradas esencialmente por la doctrina jurídica, sin embargo, será fundamental -para sustentar ello- hacer un estudio de los hechos, la doctrina - teoría y de las normas que estuvieron y están relacionadas con el proceso constituyente.

2. Hechos del proceso constituyente

2.1. Contextualización del proceso constituyente para el establecimiento de la asamblea constituyente. El proceso constituyente boliviano tuvo una serie de eventos que estuvieron necesaria e íntimamente relacionados con la elaboración de los proyectos y la CPE final de 2009. Es fundamental realizar una explicación de los eventos y acontecimientos que fueron causa, en distintos ámbitos, del fenómeno de la asamblea constituyente. Para esto se analizará el estudio histórico, plasmado en los libros *Historia de Bolivia* (2012) y *Democracia* (2017) de Carlos D. Mesa, para destacar algunos hitos trascendentales dentro de este estudio.

Bajo el entendido de la crisis política y escasez de representación suscitadas entre febrero y octubre del año 2003, que desembocó en el agotamiento del anterior sistema político, parte de la sociedad hizo efectivas sus demandas. Una de ellas, posiblemente la más importante, fue la demanda de una asamblea constituyente, en la que los partidos políticos debían ser ajenos.

En razón a esto se concretó la iniciativa de llevar a cabo una asamblea constituyente, y para instaurarla era imperativo realizar una reforma constitucional. Cabe recalcar que el cambio de gobierno en ese entonces había sido inminente, llega al gobierno Carlos D. Mesa consecuentemente después de la renuncia de Gonzalo Sánchez de Lozada en octubre de 2003. En la reforma consti-

tucional que se realizó el 2004 incorpora una disposición que habilita realizar una *reforma total* a la Constitución por medio de una *Asamblea Constituyente*. Esta reforma nace, en gran medida, a partir de la *agenda de octubre*, elaborada con los sectores de la sociedad que demandaban cambios (Mesa 2012, pp 683-688).

La asamblea constituyente sería el único órgano que ejercería la soberanía de la población, concretizada en los representantes constituyentes partícipes de la Asamblea. Sin embargo, no hubiese sido posible realizar la reforma constitucional si en la anterior gestión del expresidente Jorge Quiroga no se hubiese realizado la Ley de Necesidad de Reforma No. 2410, que fue promulgada el 1 de agosto del año 2002.

Algunos aspectos que fueron fundamentales en la reforma constitucional del año 2004 son la incorporación novedosa de la figura de la asamblea constituyente, el referéndum nacional, la iniciativa legislativa ciudadana y la inclusión de agrupaciones ciudadanas y pueblos indígenas en la participación y desenvolvimiento político. Aquellos aspectos generaron un contexto para los acontecimientos que se iban a realizar posteriormente en torno al proceso constituyente.

Llegó a tornarse de suma importancia la manifiesta voluntad de llevar a cabo la asamblea constituyente, posterior a la reforma constitucional de 2004. La voluntad se plasmó en la creación de la Unidad de Coordinación para la Asamblea Constituyente (UCAC). La UCAC tenía como principales objetivos el trabajar el proyecto de Ley de Convocatoria a la Asamblea Constituyente y realizar un trabajo preparativo para el proceso de elaboración de una nueva constitución. Este trabajo preparativo adelantó problemas y trató de proyectar posibles soluciones, elementos que fueron analizados en el proceso constituyente que continuó el 2006.

Posteriormente, Bolivia volvió a atravesar acontecimientos políticos muy críticos, los cuales produjeron la renuncia de Carlos D. Mesa y la llegada al gobierno de Evo Morales Ayma. Este nuevo gobierno se

trazó la meta de ejecutar la asamblea constituyente y concretizar las demandas que ya se habían manifestado los años anteriores. Cabe recalcar que el gobierno de Eduardo Rodríguez Veltzé, que fue de transición entre el gobierno de Carlos D. Mesa y Evo Morales, había continuado el trabajo conformando la Gerencia Técnica para la Asamblea Constituyente (Memoria institucional REPAC, 2009, p 9).

Con aquel cambio, y en concordancia con la reforma constitucional del 2004, el 6 de marzo de 2006 se promulgó la Ley 3364 de Convocatoria a la Asamblea Constituyente. Esta ley fue fundamental para el proceso constituyente, ya que cimentó el inicio y el desarrollo del proceso deliberativo de la nueva constitución a través de la asamblea. Las partes más importantes de la misma fueron: la naturaleza de la asamblea constituyente, la elección de constituyentes, la instalación y duración de la asamblea, la facultad normativa interna, el referéndum y la promulgación del texto final.

Todos estos sucesos generaron el contexto para dar inicio a la asamblea constituyente. A efectos de este artículo se considera que la asamblea se desarrolló en tres etapas: la primera, que sucede hasta la constitución aprobada en Sucre, la segunda que se da en Oruro y la última cuando se finaliza la redacción del texto constitucional en el H. Congreso Nacional de la República en la ciudad de La Paz. Para la contextualización de esto se observará el estudio de Franco Gamboa (2009).

2.2. Desarrollo de la Asamblea Constituyente. El 6 de agosto de 2006 se inauguró la asamblea constituyente en el teatro Gran Mariscal de Sucre. Esta Asamblea, entre otros, tenía el reto de consolidar la institucionalidad y la figura jurídica que se manejaría para toda la elaboración de la CPE. De inicio los constituyentes fueron electos en representación, casi en su totalidad, de los partidos políticos más distintivos en aquel entonces.²

² Tras la elección de asambleístas constituyentes efectuada el 2 de julio de 2006, la distribución de asambleístas por partidos políticos y agrupaciones ciudadanas, más

Por otro lado, la mayoría de los constituyentes creía que la asamblea no debía legislar, pero los movimientos sociales pensaban que la facultad de legislar era fundamental para impulsar su naturaleza originaria y plenipotenciaria (Gamboa, 2009, p 33). Después de mucho debate, la asamblea constituyente no podía fiscalizar ni intervenir las actuaciones de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, poderes que ya estaban constituidos. Una razón preponderante, entre otras, para definir este tema fue que los 137 asambleístas del oficialismo respondían esencialmente a las directrices del presidente Evo Morales (del partido Movimiento Al Socialismo - MAS) y de los ministerios. De igual forma, los asambleístas opositores respondían a los mandatos e intereses regionales, municipales y de los comités cívicos (Gamboa, 2009, p 33).

La noción que los asambleístas no tendrían poderes ilimitados se concretó de manera contraria a lo que en algún momento propuso el presidente Evo Morales. Aquello fue respaldado por el Art. 3 de la Ley 3364, que sostenía que la asamblea tendría la facultad de reformar totalmente la CPE, sin embargo, no podría interferir en el trabajo de los poderes constituidos, los que seguirían ejerciendo las funciones que dictaba la constitución de forma expresa (Art. 3, Ley 3364, 2006).

El 6 de agosto de 2006 se posesionó la directiva de la asamblea constituyente con un amplio control del MAS. Dada la mayoría de asambleístas del oficialismo, se demandó el sistema de votación de dos tercios, con la finalidad de generar consensos y que las decisiones no sean tomadas por simple mayoría. Esto en un inicio, y en gran parte del proceso, llegaría a ser caótico sobre todo porque la asamblea no tenía un reglamento de debates. La Ley 3364 pudo prever la utiliza-

representativos, fue la siguiente: Movimiento Al Socialismo (MAS): 137; PODEMOS: 60; Unidad Nacional (UN): 8; Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR): 8; Frente Revolucionario de Izquierda (FRI): 8; Alianza Social (AS): 6; Autonomía Para Bolivia (APB): 3, entre otros partidos y agrupaciones (Gamboa, 2009, p 28).

ción del reglamento de la cámara de diputados hasta que la asamblea apruebe un reglamento propio.

Las funciones, atribuciones, carácter originario y plenipotenciario de la asamblea constituyente iban a generar profundos cambios en el Estado. El 5 de enero de 2007 Evo Morales declaró lo siguiente:

Después de la instalación de la asamblea constituyente, el 7, 8 de agosto [2006] me dije: los cambios estructurales son tarea de la asamblea constituyente, yo me abocaré hasta que termine la asamblea a temas sociales. Pasó meses y llegó un día en una conversación con Álvaro García Linera, con algunos ministros, a sus dos o tres meses [del inicio de la Asamblea] me di cuenta que los cambios profundos, las transformaciones no van a estar todavía en la asamblea constituyente, el cambio, la revolución democrática y cultural está en manos del Gobierno junto a los sectores sociales (Gamboa, 2009, p 173).

La Ley 3364 había otorgado un año de plazo para que la asamblea pueda entregar al país una CPE. El debate de los dos tercios como método de votación, la desorganización y la carencia de reglamento, entre otros factores, hicieron prácticamente imposible el cumplimiento. Hasta julio de 2007 no se tenía un artículo definitivo, y esto tuvo como consecuencia que los asambleístas soliciten un plazo de extensión para terminar la constitución. La asamblea estaba a punto de adherirse en la ilegalidad por no haber cumplido con las fechas que dictaba la Ley 3364 y su propio reglamento de debates. El 2 de julio de 2007 se aprobó la Ley 3728 Modificatoria a la Convocatoria (2007), con la cual se amplió el plazo a seis meses.

Bajo la certeza de la imposibilidad que la constituyente concluyera el 6 de agosto de 2007, se hacía visible en el procedimiento algo de suma importancia. El carácter originario hasta esa instancia fue únicamente simbólico y la asamblea constituyente no gozaba de meca-

nismos ni de vías institucionales para evaluar la situación de las comisiones, ni podía definir su naturaleza y competencias con claridad.

El 27 de julio de 2007, Silvia Lazarte junto a cuatro vicepresidentes de la asamblea constituyente fueron al Congreso Nacional en La Paz para determinar la extensión de sus labores por 6 meses como asamblea y no de 4 como se había propuesto. El Congreso finalmente aprobó una ley modificatoria ratificando la duración de las tareas de la asamblea hasta el 14 de diciembre de 2007. El 6 de agosto de 2007 Silvia Lazarte leyó el informe anual e incentivó a realizar convergencias hasta el 14 de diciembre, debido a que hasta esa fecha no se había aprobado ni un solo artículo de la CPE.

Posteriormente, los asambleístas trabajaron con el denominado *Consejo Político Supra Partidario* dirigido por el vicepresidente Álvaro García Linera. Se trató de entablar un ambiente de diálogo y de análisis con los informes emitidos por las comisiones. Este consejo vulneraba el reglamento de debates y otorgaba protagonismo al vicepresidente en el proceso. El *Consejo Político Supra Partidario* trabajó por generar algunas respuestas a las problemáticas de ese momento en la asamblea constituyente: (a) carácter plurinacional del Estado, (b) sistema económico, (c) autonomías, y (d) concretar el sistema bicameral del parlamento.

Debido a los conflictos en Sucre, se trasladaron las plenarias de la asamblea del Teatro Gran Mariscal al Liceo Militar Edmundo Andrade de esa misma ciudad. Se desataron hechos violentos en la ciudad en noviembre de 2007. Debido a los problemas, las sesiones de la asamblea se volvieron a trasladar, esta vez a la ciudad de Oruro, donde se aprobó la CPE los días 7 y 8 de diciembre de 2007. Aprobaron el texto en grande sin la presencia de los asambleístas de oposición, que eran un total de 72 constituyentes (Gamboa, 2009, p 269).

Otro aspecto trascendental fue que entre septiembre y octubre de 2008 la constitución se reescribió varias veces, a partir de los conve-

nios políticos con los prefectos y partidos políticos. Los convenios se produjeron debido a la carencia de acuerdos anteriores respecto a temas fundamentales, fue entonces ineludible la negociación. Finalmente, el 20 de octubre de 2008 un acuerdo político cambió más de 100 artículos con la redacción de un documento de consenso entre oficialismo y oposición (Gamboa, 2009, p 270).

Hubo acuerdos importantes que estuvieron relacionados a la reelección del presidente, las competencias autonómicas, el futuro procedimiento de reformas a la constitución por dos tercios, el mantenimiento de los diputados plurinominales en la representación congresal, el respeto a la propiedad privada, la política agraria, los límites del control social, la composición de la Corte Nacional Electoral (CNE), la estructura jurídica, la justicia comunitaria y la distribución de los ingresos departamentales.

El 20 de octubre de 2008, el Congreso acordó, tras un largo debate, que la reelección presidencial tomará en cuenta el periodo constitucional de aquel momento. El acuerdo parlamentario posibilitó la aprobación del referéndum constitucional dirimidor y aprobatorio para enero de 2009.

Finalmente, la CPE fue aprobada por referéndum el 25 de enero de 2009 con el 61,4% de votos a favor, el 38,6% de votos en contra y 4,3% de votos nulos y blancos.³ Posteriormente la CPE fue promulgada en la ciudad de El Alto el 7 de febrero de 2009.

Cabe recalcar que el texto final aprobado en referéndum no tenía relación con el proyecto de texto de 2006, comparándolo con los informes de comisiones (500 artículos), con las versiones de constitución apro-

³ Respecto a la pregunta definitoria se estableció el límite máximo de propiedad a 5000 hectáreas (Memoria institucional REPAC 2009, p 28).

badas entre noviembre y diciembre de 2007 (este último texto fue circulado por la Vicepresidencia del Estado)⁴ (Gamboa, 2009, p 279).

3. Análisis doctrinal de la naturaleza del proceso constituyente

Jorge Reinaldo Vanossi menciona que la doctrina tradicional realiza una distinción entre dos etapas o clases del poder constituyente, estas son: el *poder constituyente originario* y el *poder constituyente derivado*. En el primer caso se trata de un poder constituyente que interviene en la primera vez que se da un ordenamiento jurídico en una sociedad. El autor asevera que el poder constituyente es el que se ejerce al fundar un nuevo orden de competencias, entendidas como el poder de generar un orden jurídico que regule los órganos o instituciones del Estado. En el caso de poder constituyente originario, existe una total ilimitación, tanto en su aspecto formal como sustancial.

Este autor realiza la distinción entre fundacional y revolucionario, como las dos alternativas a un poder constituyente originario. El primero se da en la etapa de primigeneidad, con carácter ilimitado y es ajeno a un sistema jurídico, sin embargo no tiene efectos en tanto se traduzcan en la producción de una categoría de normas. Estas pueden estructurar al Estado como quieran, sin restricciones, libre de todo respeto a organizaciones pretéritas, con amplia y discrecional potestad de elegir el régimen político a implementar. El segun-

⁴ Los 21 informes de las comisiones de la Asamblea Constituyente reunían más de 500 artículos, muchos de los cuales se repetían y carecían de contenido jurídico constitucional – formal, dado que no funcionaron las comisiones mixtas y de concertación previstas en el reglamento de debates. El índice del texto constitucional aprobado el 24 de noviembre de 2007 tiene varias diferencias con la versión de la CPE que empezó a circular en diciembre de 2007 (Gamboa, 2009, pp 279-283). Las diferencias, entre otras, se pueden encontrar en los derechos fundamentales – fundamentalísimos, derechos culturales, sobre la procuraduría general del Estado y en el área de medio ambiente, recursos naturales, tierra y territorio. Cf. (Constitución Política del Estado (2007) aprobada en grande, y Nueva Constitución Política del Estado, 2007, REPAC – distribución gratuita).

do, como el retorno al poder originario para ordenar al Estado bajo la idea del rompimiento irreversible de la lógica normativa de creación y posterior producción regular del Derecho establecida en el ordenamiento jurídico. Así, surge un nuevo Derecho que se traduce en una nueva constitución.

Vanossi llega a la conclusión que el poder constituyente originario solo se da en etapa de primigeneidad de un Estado o con el rompimiento irreversible de la lógica de creación regular del Derecho. En estos presupuestos se debe asegurar –sostiene– que no se tengan requisitos en cuanto a su carácter ilimitado y absoluto (1975, pp 123- 145).

La teoría democrática de la constitución se establece bajo la idea de un Estado fundado. Así sostiene que lo más democrático es que exista la posibilidad de reforma constitucional, debido a que las sociedades cambian constantemente. Sin embargo, es primordial comprender que es imposible que toda la sociedad participe en el dictado de la constitución, por lo cual, solo un grupo representativo de la sociedad lo hará aunque con validación posterior (Gargarella 2015, p 1995).

Esta postura excluye la idea revolucionaria de elaboración de una constitución por ser una práctica contraria a la democracia:

Podría darse la situación de que nuestra comunidad, por ejemplo, insista en resolver sus conflictos de modo sangriento, y que dicha forma de acción represente ya una ‘marca de identidad’ de nuestro ámbito. Pero, resulta claro, dicho hecho no nos proporciona ninguna razón para darle algún status especial a aquella indeseable práctica (Gargarella 2015, p 1995).

Manuel Aragón (2002) menciona que el pueblo siempre debe tener el derecho de reformar la constitución. Debido a que la pretensión de la constitución es unir la democracia con el Estado de derecho y, de este modo, que se respeten los procedimientos establecidos para la revisión constitucional. En relación al poder constituyente, el autor menciona que solo cuando se juridifica el poder constituyente se cumple

con la pretensión que da sentido al Estado constitucional, que no es otra que la unión de la Democracia y el Estado de Derecho. La democracia entendida como principio jurídico constitucional (juridificación) también puede ser entendida como la atribución del pueblo de disponer de la constitución (2002, p 18).

3.1. Introducción sobre el poder constituyente originario. Hacia 1835, Alexis de Tocqueville escribió en el capítulo cuarto de *Democracia en América*, que el principio de soberanía popular se encontraba escondido en el fondo de todas las instituciones humanas (1957, p 74). Algunos años después, cuando escribió *El Antiguo Régimen y la Revolución*, su estudio sobre la Revolución Francesa, pudo afirmar, casi en su totalidad, que la soberanía popular era la sustancia de la revolución (Tocqueville 2004, p 61). Estas reflexiones, sobre dos procesos distintos, permiten introducir al problema del poder constituyente originario. Es decir, de un poder soberano, primigenio e ilimitado y que necesariamente debe tomar una forma.

Los estudios de Tocqueville entienden que el problema general de la soberanía –es decir de la legalidad y de la legitimidad; de la *auctoritas* y la *potestas*⁵– y las diferentes formas de resolverlo modelan la dinámica de las sociedades. Dicho de otra manera, en palabras de Giorgio Agamben:

Si la crisis que está atravesando nuestra sociedad es tan profunda y grave, es porque esta no sólo cuestiona la legalidad de las instituciones, sino también su legitimidad, no sólo, como demasiado a menudo se repite, las reglas y las modalidades del ejercicio del poder; sino el principio mismo que lo funda y legitima (Agamben 2013, p 12).

⁵ Cf. Rosanvallon, P. *La legitimidad democrática*, pp 152 -159. Y especialmente *La translatio* del poder al soberano. Una teoría jurídico-política en el Siglo de Oro de Juan Cruz; donde se desarrolla la adaptación de las categorías de *potestas* y *auctoritas*, categorías del derecho romano que, sin embargo, tienen su exposición plena en la teología cristiana, al pensamiento político moderno.

Esta crisis de las instituciones plantea algunas cuestiones que se dirigen al centro del modelo jurídico – político del poder. No es otro que el Estado moderno (el poder constituido) como su origen que deviene de un poder soberano. Volver, por lo tanto, a preguntarse sobre los orígenes teóricos del poder constituyente originario, es una tarea que se dirige a reflexionar profundamente sobre los fundamentos jurídico–políticos de Occidente.

Más adelante, Agamben, escribe en el mismo texto:

Las instituciones de una sociedad se mantienen vivas sólo si estos dos principios (que en nuestra tradición también han recibido el nombre de derecho natural y derecho positivo, de poder espiritual y poder temporal o, en Roma, de auctoritas y potestas) siguen estando presentes y actúan en ellas sin pretender coincidir jamás (Agamben 2013, p 13).

Esta noción de *nunca coincidir jamás*, pero *estar presentes* es una herencia que se concreta en los planteamientos de Sieyès. Se volverá detenidamente sobre esa cuestión. Es preciso observar, de todas maneras, la naturaleza doble que convive en la tradición jurídico- política occidental; o, siguiendo a R. Alexy, la doble naturaleza de la que depende el Derecho (Alexy 2016, pp 25-44).

El fin de esta primera sección es puntualizar algunos conceptos sobre el poder constituyente originario. La naturaleza multifactorial de este fenómeno precisa, sin embargo, una aproximación no solamente jurídica: el fenómeno del poder constituyente originario es el resultado de ciertas características históricas, políticas y filosóficas particulares.

La fundación de cualquier Estado es, por esto, un hecho –lucha independentista, revolución, etc. – que se transforma a sí mismo en Derecho. De esta manera, y siguiendo a Vanossi en su libro *Teoría Constitucional*, las dos posibilidades de un poder constituyente originario son: fundacional o revolucionario. En contraposición al poder constituyente derivado o reformador, que es el más común en esta época

histórica y que se encuentra condicionado de antemano por ciertas disposiciones jurídicas (Hernández, 1993 pp 143 – 155).

En primera instancia se revisará, siguiendo con la exposición de Vanossi, algunos conceptos desarrollados por Sieyès. La importancia del autor puede resumirse en: dotar de expresión definitiva al concepto de poder constituyente y representación política, posibilitando a través de estos conceptos la constitución del Estado.⁶

3.2. Poder constituyente originario-fundacional. Vanossi comienza su exposición argumentando sobre la dificultad de *formular una tipología* sobre el poder constituyente que no se encuentre alineada a alguna escuela o doctrina político-jurídica. Por esto, elige exponer la doctrina de Sieyès ya que: “Siendo así, parece razonable comenzar la descripción de los tipos con la explicación de aquel concepto de poder constituyente que proviene del momento histórico de la difusión del constitucionalismo” (Vanossi 1975, p 5).

La primera característica de Sieyès parte de los conceptos de igualdad y libertad del derecho natural. La libertad y la igualdad del ser humano fundamentan así la libertad e igualdad de toda la nación. El Estado entonces se encuentra designado para proteger y velar por esa igualdad y libertad (Vanossi 1975, p 11). Lo más significativo, ciertamente es que, en palabras de Vanossi, Sieyès reelabora el concepto de soberanía. Colocando, justamente, en la libertad e igualdad de todos los hombres el fundamento de la voluntad soberana.

Para Sieyès la nación –es decir, el pueblo– haciendo uso de su *derecho natural* y a través de su voluntad soberana instituye el poder

⁶ Cf. Maíz, R. *Estado constitucional y gobierno representativo en E.J Sieyès*, donde se lee:

Por todo ello, la legitimidad del Estado, la validez del ordenamiento jurídico-constitucional, proviene, precisamente, de ser resultado en sus trazos fundamentales, del poder constituyente del pueblo. En definitiva, el concepto de nación originaria en Sieyès cataliza el tránsito, fundamental en toda Teoría del Estado (p 58).

constituyente originario. De esta manera, la soberanía es un hecho pre-jurídico que, no obstante, tiene una consecuencia jurídica: la creación de un poder constituido; el Estado.

Así se observa la relación fundamental que deviene del poder constituyente originario y el poder constituido. La validez y la legitimidad jurídico-constitucional es un resultado de la institución de la soberanía popular que se fundamenta en los derechos naturales. De esta manera la nación se convierte, por su propia naturaleza, en la fuente de la *primigenidad* –es decir, de la cual se originan los derechos inalienables: “cataliza el tránsito, fundamental en toda Teoría del Estado, de lo individual a lo colectivo, del nudo poder al libre consentimiento formalmente garantizado” (Ramón Maíz 1993, p 63).

Para Vanossi existe un punto importante. Sieyès sólo argumenta en favor de un poder constituido que establezca los límites orgánicos del Estado, es decir, de su gobierno: la distribución y organización de los poderes. No así los derechos fundamentales y las garantías ciudadanas. Ya que, como se observó anteriormente, por ejemplo, *La Declaración de los Derechos del Hombre* es sucedánea al derecho natural y no al derecho constitucional positivo. Sin embargo, posteriormente se positivizó la formulación de esos derechos.

Esta simple división realizada por Sieyès anula la concepción absoluta del Estado; donde la *auctoritas* y la *potestas* –la legitimidad y la legalidad– coincidían a tal punto de volverse indiscernibles. Desde un punto de vista moderno esta noción es problemática. Especialmente cuando se observa la naturaleza de un poder constituyente derivado que deviene su legitimidad de la legalidad. “El poder constituyente de reforma o reformador, es una ‘competencia más,’ aunque extraordinaria o excepcional, en el sentido de que puede [es la indicada por el ordenamiento jurídico] modificar, redistribuir a las demás competencias ordinarias del Estado” (Vanossi, 1975, p 174).

Esta *competencia más* puede ser entendida como una potestad que se encuentra inscrita en la legalidad. Es decir, en el cuerpo mismo de la constitución, y de la cual, en un plano ontológico, por ejemplo, la potestad de asignar recurso a los ministerios no es una potestad inferior a la reforma completa de la constitución. Se podría entender en el término de refundación, entonces, una suerte de segunda creación, como una reforma absoluta, aunque desprovista del significado real de la palabra fundación. Como se vio anteriormente esta refundación reconoce el Derecho inscrito en la Constitución.

Por esto mismo si se quiere hablar de una fundación, siguiendo a Sieyès, se debe precisar una vuelta al estado de naturaleza. Esta vuelta significa que toda *fundación* debe presuponer una vuelta a un Estado donde se desconoce la legalidad. Es decir, un lugar donde no existe como tal el Derecho. Solo esta vuelta categórica a un estado de naturaleza puede originar una *fundación*.

Asimismo, un segundo significado del término *fundación* remite a un hecho, en cierto sentido, arquitectónico: al pilar y al fundamento del Estado. Este pilar es la voluntad soberana y por lo tanto es un poder *ilimitado*. De esta forma, el Estado se convierte en guardián de esta voluntad soberana de la cual también se sostiene. Este es el doble significado el término *fundación* del Estado.

En resumen, el acto fundacional es un hecho ilimitado y primigenio que resulta de la voluntad soberana para crear *ex nihilo* el Estado. Esta tarea, sin embargo, exige de una fuerza que por sí misma es fundacional o que puede derivar de una violencia revolucionaria.

3.3. Poder constituyente originario - revolucionario. La revolución puede entenderse mejor a través de su relación con la violencia que es, tal vez, su característica más notoria. Aunque es necesario, por esta misma relación, diferenciar la revolución de otros fenómenos violentos, es importante también distinguir la revolución de la violen-

cia misma. La revolución es la búsqueda, ante todo, de un nuevo comienzo: la institución de un poder revolucionario:

Sólo cuando el cambio se produce en el sentido de un nuevo origen, cuando la violencia es utilizada para constituir una forma completamente diferente de gobierno, para dar lugar a la formación de un cuerpo político nuevo, cuando la liberación de la opresión conduce, al menos, a la constitución de la libertad, sólo entonces podemos hablar de revolución (Arendt 1967, p 36).

Más adelante se analizará, detenidamente, esta definición y las implicaciones sobre la institución de un poder revolucionario. Sin embargo, es preciso preguntar ¿Es correcto comprender cualquier proceso violento, con visibles consecuencias jurídico-políticas, como *revolucionario*? Ya que, aunque la revolución sea un fenómeno estrictamente moderno, no significa que en la modernidad no convivan diferentes fenómenos que tienen en común la violencia. H. Arendt, a este propósito escribe un texto que, por su importancia, se cita en extenso:

Las revoluciones, cualquiera que sea el modo en que las definamos, no son simples cambios. Las revoluciones modernas apenas tienen nada en común con la *mutatio rerum* de la historia romana, o con la *stasis* la lucha civil que perturbaba la vida de las polis griegas. No pueden ser identificadas como la *metabolai* de Platón, es decir, la transformación cuasi natural de una forma de gobierno en otra, ni con la *politeion anakyklosis* de Polibio (...) La antigüedad estuvo muy familiarizada con el cambio político y con la violencia que resulta de éste, pero, a su juicio, ninguno de ellos daba nacimiento a una realidad enteramente nueva (Arendt 1967, pp 21- 22).

Una revolución, en los términos citados, no equivale a cualquier cambio, por extremo que sea, o a una singular y prolongada lucha fratricida, por ejemplo, entre dos partidos o movimientos políticos por el control del Estado, o del Estado en contra de sus ciudadanos. Por lo

tanto, cualquier afirmación que califique como revolucionario un cambio político-jurídico es, posiblemente, una observación apresurada. En todo caso la violencia revolucionaria, que es condición primera, a diferencia de toda otra violencia, no se termina consumiendo en sí misma, sino que instituye un poder para transformarlo todo.

Esta disidencia puede entenderse mejor en palabras de Vanossi, que define al poder revolucionario como: “*la fractura o violación [esencialmente jurídica] – de la lógica de los antecedentes, es decir, que es revolucionario un hecho que no puede ser comprendido en la serie lógica de antecedentes*” (Vanossi 1975, p 144).

Siguiendo esta definición, y en el marco de este trabajo, cabe la preguntar: ¿Existe alguna lógica de antecedentes jurídicos con los cuales se pueda rastrear el establecimiento de la asamblea constituyente boliviana? La continuidad más obvia se la puede encontrar, por ejemplo, en la Ley Especial Convocatoria a la Asamblea Constituyente:

Artículo 1. Marco Constitucional y Objeto. El objeto de la presente Ley Especial es convocar a la Asamblea Constituyente y se basa en los Artículos 2^a, 4^a y 232^a de la Constitución Política del Estado y Artículo 1^a de la Ley Especial 3091 del 6 de julio de 2005, señalando la forma y modalidad que establecen dichos artículos (Art. 1, Ley 3364, 2006).

Es decir, es posible encontrar una continuidad jurídica en esa norma y en la CPE de 2004, como el fundamento de la asamblea constituyente de 2006. Esto evita la escisión que, como escribe Vanossi, caracteriza una revolución en términos jurídicos. Es importante entonces entender conjuntamente la definición de Arendt y Vanossi. Para Arendt las tres condiciones que definen una revolución son: (a) la búsqueda de un nuevo origen (b) la formación de un cuerpo político nuevo y (c) la liberación de una opresión, constituyendo algo así como una nueva libertad. Sin embargo, todos estos objetivos, como muestra Vanossi, expresados en un poder que necesariamente *rompe toda lógica de antecedentes*.

Este *quebrantamiento de lógica de antecedentes* no admite, en la configuración del nuevo Estado, disposiciones legales anteriores. Exige, desde otro punto de vista, si no la destrucción material (acaso imposible), el desconocimiento de la legitimidad de la historia institucional precedente en sus aciertos o errores.

3.4. Revolución, revolución democrática cultural y guerra civil.

Es importante discutir, en términos teóricos, *la revolución democrático-cultural* ¿Que entienden los teóricos del *proceso de cambio*⁷ por revolución? Ya que, si existe una revolución esta debió constituir un poder constituyente de manera directa.

García Linera escribe en *¿Fin de ciclo progresista o proceso por oleadas revolucionarias?*: “Una revolución es una voluntad general dirigida a construir una nueva sociedad que supere todos los males que atormentan a la actual” (García Linera 2016, p 19). Esta definición, que se mantiene en los términos clásicos, permite entender el significado histórico asignado al concepto de revolución por los teóricos del proceso de cambio. Para ellos la asamblea constituyente se convierte en un verdadero poder revolucionario que se sustenta en las llamadas *Guerra del Agua y Guerra del Gas*. Desde esta perspectiva dichas insurrecciones habrían posibilitado el lento cambio jurídico-político plasmado en la nueva constitución.

El largo ciclo de movilizaciones sociales que se inició el año 2000 con la Guerra del agua, comenzó como una movilización regional (...) inmediatamente esa resistencia se convirtió en el referente de movilización general del pueblo contra el régimen político y el modelo económico privatista. Posteriormente, la Guerra por el gas, la demanda por la Asamblea

⁷ Aquí es evidente una clara contradicción terminológica. Por una parte, el proceso político-jurídico que, en última instancia, aprobó una nueva constitución es nombrado por los teóricos como un *proceso de cambio*, es decir un proceso de una profunda y radical reforma del Estado. Por otra parte, es también llamado una *revolución* aduciendo a un *proceso de cambio*.

Constituyente y la construcción de una democracia plurinacional fueron reivindicaciones sectorialmente generadas por indígenas, vecinos y obreros (García Linera 2011, pp 41-42).

Se debe reflexionar más sobre esta apreciación. La primera precaución que se tiene es, aunque algo ingenua, de orden filológico. Así, los diversos conflictos violentos que sufrió Bolivia no son nombrados como *revueltas* o *revoluciones* (por ejemplo, “La revolución del/por el Gas”) sino como *guerras*. Si esta nominación es correcta entonces ¿Qué clase de guerras fueron?

Claramente no fueron guerras entre Estados, sino entre el Estado, que, en términos de Max Weber,⁸ utilizó el monopolio de la violencia legítima (Weber 2009, pp 83-84), contra sus ciudadanos. Estas luchas fratricidas en último término, más allá de las distinciones entre pueblo y Estado, enfrentaron entre sí a los ciudadanos bolivianos. Y, por lo tanto, pueden entenderse, como guerras civiles.

Se seguirá el texto de Giorgio Agamben, que debe tanto a la investigación de Nicole Laroux, dedicado expresamente al análisis de la Guerra Civil o *Stasis*, en términos griegos.⁹ Agamben identifica al *Stasis* como el paradigma jurídico-político de Occidente. Según Agamben, la focalización de los estudios legales, jurídicos y filosóficos en el fenómeno de la revolución –confundiéndolo, además, una con otra– ha permitido el descuido y en muchos casos la marginación

⁸ Se cita en extenso este párrafo:

Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio [el *territorio* es elemento distintivo], reclama [con éxito] para sí el monopolio de la violencia física legítima. Lo específico de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos sólo se les concede el derecho a la violencia física en la medida en que el Estado lo permite. El Estado es la única fuente del *derecho a la violencia*. (Weber 2009, pp 83-84).

⁹ El título completo de libro es *Stasis. Homo Sacer II, 2*, uno de los últimos libros que forman parte del largo proyecto filosófico del pensador italiano.

hacia el estudio jurídico-político del Stasis, que, según el autor, es parte del núcleo oculto del poder soberano (Agamben, 2015).

Según Agamben el *Stasis*, o guerra civil, es un conflicto violento que, sin embargo, exige una natural reconciliación que se visibiliza en una reformulación o reorganización del Estado. No obstante, como toda lucha fratricida, es sumamente dolorosa. Por esto mismo, el Estado moderno tiene como misión evitar el *Stasis* utilizando toda la fuerza que necesite.

Esta reorganización del Estado exige necesariamente dos estrategias (a) una necesidad de despolitizar el Estado: haciendo de este una especie de casa o espacio neutro, donde no existen ciudadanos como tales, sino hermanos; contrariamente, (b) politizando por completo la vida privada, es decir, todas las relaciones privadas tienen un valor político transcendental.

De estas precisiones hechas por Agamben, se pueden sacar algunas primeras conclusiones. Es evidente que después de las jornadas violentas de octubre se dio una reorganización del Estado; el costo fue, en primer lugar, una despolitización total. Bolivia se transformó en un *lugar* donde cesó la violencia entre los hermanos que se reconciliaron. Y en el cual el carácter político de las movilizaciones (demandas específicas) se convirtió en la exigencia de una reorganización institucional específica. Esto es evidente en el discurso de posesión del 17 de octubre del entonces Presidente Carlos D. Mesa Gisbert:

Pero está claro que el conjunto de las instituciones del Estado Boliviano atraviesa una seria crisis y tenemos que trabajar fuertemente por la fortaleza de todas y cada una de sus instituciones y por la recomposición de la relación entre el Estado y la sociedad que, hoy por hoy, está quebrada. Tenemos que recomponer un Estado (...) Esta invocación a la paz exige un desarme inmediato. Esta invocación a la paz demanda, sobre la base de una propuesta sensata, racional, comprometida y transparente de mi parte (Mesa Gisbert 2003).

En este discurso, que condensa bien la situación histórica de Bolivia. Se puede leer varias veces el término *paz*, como si se tratase de un reconocimiento de la guerra anterior; pidiendo expresamente la reconciliación entre todos los ciudadanos. Pues bien, esta reconciliación fue mediada por un procedimiento democrático que reemplazó todas, sino la mayoría, del cuerpo burocrático, con respeto y dentro de la legalidad existente.

A partir de esta mediación democrática, y desde la elección de Evo Morales como presidente, la *Stasis* que dio origen a esta reorganización de Bolivia tomó un segundo camino. Politizando por completo todos los aspectos de la vida, fueran o no parte activa de esta reconciliación.

En resumen, se puede aseverar que desde esta perspectiva las llamadas *Guerra del Agua* y *Guerra del Gas* fueron guerras civiles. Conflictos violentos que exigían, por su naturaleza, una pronta solución. Pero más importante, estos conflictos no modificaron *directamente* ninguna potestad fundamental del Estado.

De forma más específica a las ideas planteadas, la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0168/2010 emitida por el TCP, da una aseveración mucho más explícita sobre la violencia en relación al proceso de la asamblea constituyente. En la parte de sus fundamentos jurídicos del fallo, punto III.3. “La Función Constituyente y la Naturaleza de la Asamblea Constituyente” se refiere la siguiente premisa:

Es importante iniciar el análisis [del carácter de la Asamblea Constituyente en Bolivia] en la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, Ley 3364 de 6 de marzo de 2006, por tanto, se tiene que este acto normativo plasma la *voluntad democrática pacífica para el cambio de orden constitucional*, entonces, a partir de este acto, se establece que en Bolivia, la función constituyente tiene una génesis democrática no violenta, emergente de una grave crisis institucional, en consecuencia, a partir de esta manifestación democrática, se viabiliza el ejercicio de la función constituyente. (SCP, 0168, 2010).

Dentro de esta sentencia es evidente que el TCP no califica al proceso constituyente con una génesis violenta, sino más bien democrática en razón a la Ley 3364. Es fundamental destacar que el órgano encargado de interpretar la constitución y la voluntad del constituyente no haya categorizado de génesis violenta al proceso, por lo mismo, tampoco de carácter revolucionario, sino más bien democrático.

La Guerra del Gas trajo consigo un cambio democrático de gobierno que posteriormente propició una asamblea constituyente. Por esta razón, *La Guerra del Gas* no es un fenómeno revolucionario: a través de su fuerza violenta no se instauró ningún poder constituyente soberano. Haciendo que esta fuerza –que cedió su autoridad al poder constituido para que, entre los márgenes de la legalidad, se pueda *reformular* el Estado– simplemente se ahogara en sí misma. Así, el parlamento escogido en las elecciones del 2006 sancionó la ley que llamó a la elección de los representantes para una asamblea constituyente.

Muy contrariamente, los teóricos del proceso de cambio observan que en Bolivia sí existió la institución de un poder revolucionario. Esto es posible, sin embargo, bajo el intento de un *nuevo* concepto de *revolución*. Así, el constitucionalista brasilero Leonel Junior escribe en *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* que, según una lectura de Raphael Seabra dicho poder es fenómeno de transformación social, político y económico de larga duración y no necesariamente insurreccional, es decir, violento (2012, p 30), por lo que concluye que Bolivia vive un proceso revolucionario (Leonel Junior 2016, p 159).

Es decir, según estos teóricos, existen verdaderos movimientos insurreccionales con propuestas políticas concretas que, a través de una mediación democrática entre insurrección y un poder constituido, logran una nueva creación de Bolivia. Por lo tanto, el concepto de revolución que utilizan los teóricos del *proceso de cambio* se desprende de la característica histórica más importante: la primacía de la violencia y su relación directa con el poder constituyente. Como se describió, incluida la legitimidad de los procesos democráticos.

Precisamente, en la nueva reconfiguración lingüística que propician los teóricos del *proceso de cambio*, uno se encuentra en un lugar donde las palabras centrales de un vocabulario jurídico-político han dejado de tener un significado histórico. Y, al menos que se acepte este nuevo planteamiento teórico, en términos clásicos, y tanto para la filosofía, la política y las ciencias jurídicas, una *revolución democrática-cultural*,¹⁰ es decir, un nuevo origen logrado a través de procedimientos democráticos, se presenta como un verdadero *contrasentido*.

En última instancia, podría afirmarse que es una *reforma radical* que puede, en términos de Schmitt,¹¹ tener un carácter verdaderamente fundacional vía referéndum. Sin embargo, una *revolución democrática*, al eludir conscientemente una confrontación total con el antiguo régimen, se presenta como una prolongación de las potestades otorgadas por el antiguo poder constituido, no fundada en la violencia revolucionaria. Esquivando así la condición primera para la institución de un verdadero poder revolucionario.

3.5. Referéndum constitucional y democracia plebiscitaria. La pregunta relevante es ¿Dónde se fundamenta un nuevo poder constituyente? La respuesta moderna es, como se vio, en la soberanía del pueblo. Pero existen muchas interpretaciones sobre esta identidad. Así entender las tesis de Sieyès y Schmitt como similares, por centrar la soberanía en la voluntad del pueblo, es una interpretación descuidada. Vanossi es contundente al respecto:

¹⁰ Esta es la denominación que diferentes sectores tanto intelectuales como burocráticos en torno al MAS asignaron al proceso político vivido en Bolivia a comienzos del siglo XXI. Proceso político que incluye a la asamblea constituyente. Cf. *Las tensiones creativas de la Revolución* de Álvaro García Linera.

¹¹ Esta interpretación nace de la crítica de Schmitt al parlamentarismo y al Estado de Derecho. Esta interpretación es importante ya que, desde esta perspectiva, la soberanía y la constitución moderna de un poder constituyente, solo se resuelve, para Schmitt, en modo directo: volver al pueblo. Cf. (Schmitt, C, 1983, *Defensa de la Constitución*).

Una visión optimista de Sieyès del hombre [por considerar el derecho natural] para netamente a Sieyès de la filiación que cabe, por ejemplo, al pensamiento de Carl Schmitt sobre el poder Constituyente. Pues a pesar de admitir los dos la ilimitación de esa fuerza, este último parte de una concepción pesimista del hombre que viene de Hobbes (Vanossi 1975, p 24).

Esta mentalidad pesimista, permite a Schmitt formular una crítica al Estado de Derecho. Como explica Schmitt, el problema surge con el parlamentarismo que termina por ser una forma de democracia sin pueblo. Esta situación derivada del problema de representación termina constituyéndose en un ataque al mismo pueblo, del que deviene directamente el poder constituyente (Rossi, 2004). Si el poder constituyente se expresa en términos de voluntad y no de norma, entonces la única manera de reunir al pueblo y en este caso su voluntad es a través de un procedimiento de referéndum. Según Schmitt, la idea de una democracia directa o plebiscitaria expresa fielmente esta voluntad (Rossi, 2004). Así, la aclamación o el rechazo directo se expresan directamente sobre el líder o la decisión a tomar. El refrendar una ley a través de un proceso político directo dota nuevamente de soberanía al cuerpo político que se diluye en normativas y procedimientos representativos.

La primacía jurídica constitucional traída por el neo constitucionalismo, el nuevo constitucionalismo, incorpora otro elemento: la necesidad de la legitimidad democrática de la Constitución. Ese elemento dotará el constitucionalismo de mayor posibilidad de avances populares emprendidos, rescatando la referencia de la soberanía popular como sustentáculo del poder constituido (Leonel Junior 2016, p 96).

Aquí se muestra entonces la idea que la potestad del poder constituido se deriva de la soberanía del pueblo a través de un referéndum y no de la elección de los asambleístas.¹² Esta proximidad terminológica,

¹² En la problemática referente a la representación se tiene que:

entre los teóricos del proceso de cambio y Schmitt, no es una simple casualidad. Si como bien escriben Leonel Junior y Álvaro García Linera, el espíritu de la asamblea constituyente boliviana y su interpretación como un fenómeno fundacional, debe articular una visión anti-liberal con una nueva ontología. Es decir, debe encontrar nuevas categorías con las cuales se pueda pensar el orden jurídico-político, que no dependa de los procedimientos representativos.

La irrupción del poder constituyente es la forma en que un pueblo se afirma en su derecho democrático a gobernarse y reconocerse como un sujeto válido capaz de acción política unitaria, es decir, de afirmarse frente a las pretensiones de los extranjeros (...) Claramente se percibe cómo la conceptualización schmittiana está cargada con un aspecto prescriptivo: esa unanimidad buscada es la homogeneidad nacional antes descrita, que se manifiesta y se afirma a sí misma defendiéndose frente al peligro del enemigo (Rossi 2004).

En tal sentido, si el objetivo es determinar el ejercicio del poder constituyente, se puede establecer que el mecanismo dado del referéndum no ejerció un poder que elaboró una norma constitucional. Es decir, el proceso constituyente no tuvo un ejercicio de poder a través del referéndum realizado, sino, más bien, solamente sirvió para legitimar un cuerpo normativo. Por lo tanto, es menester aclarar que el referéndum no podría haber suplantado el ejercicio del poder constituyente en el proceso constituyente boliviano que dio lugar a la CPE de 2009.

Como el vínculo entre la voluntad del electorado y el comportamiento de los representantes electos no está garantizado rigurosamente, estos siempre retienen cierto grado de discreción. Los que insisten en que en una democracia representativa el pueblo gobierna a través de sus representantes han de reconocer al menos que eso no significa que los representantes tengan que llevar a cabo los deseos del electorado (Manin, 2006, p 113).

Sería un elemento más para descartar el ejercicio del poder constituyente y fortalecer la noción de que el referéndum realizado solo funcionó para legitimar la norma constitucional.

Siguiendo la teoría democrática de la constitución, el proceso constituyente boliviano tuvo un proceso democrático por diversos motivos. El primero, porque se respetó la continuidad constitucional, es decir las reglas de reforma puestas por la misma constitución y las leyes posteriores. Segundo, porque la sociedad pudo reformar la constitución aceptando el proceso de elaboración mediante una asamblea constituyente y eligiendo a sus representantes constituyentes que transformarían la constitución. Y finalmente, porque le dieron la legitimidad a ese texto mediante un referéndum.¹³

Esta participación democrática no está relacionada al poder constituyente ejercido en el proceso, es decir, no se pueden mezclar ambos conceptos teóricos. Esto en relación a que la teoría democrática no comprende o no podría comprender un poder fundacional o un poder revolucionario, por lo cual, solo se presenta la teoría en un proceso de reforma a la constitución. Por este motivo si fue un proceso democrático, sin embargo, un proceso democrático exento de un poder constituyente fundacional o revolucionario.

4. Normas del proceso constituyente

El análisis jurídico de la presente investigación se realiza en razón a la identificación integral de las normas constitucionales, de derechos humanos (DD.HH.), las leyes nacionales, Resoluciones, Sentencias y Declaraciones Constitucionales. La identificación generará un estudio sobre la incidencia de la normativa en el proceso constituyente boliviano, y cómo pudo estructurar, direccionar e influir en el mismo.

¹³ Sin embargo, tal como se analizó, el desarrollo del proceso constituyente contó con distintos inconvenientes y dificultades. Entre ellas; la aprobación e implementación del reglamento de debates, confrontación entre partidos políticos, asambleístas y regiones; el difícil ejercicio de generar consensos, debates y resultados; y la necesidad de apoyo externo para obtener algunos resultados. Por lo cual, el proceso fue democrático en el sentido formal de la sumisión a la anterior CPE y leyes posteriores relacionadas.

4.1. Constitución de 2009 y normativa de DD.HH. La CPE de 2009 hace mención expresa a normativa internacional y de DD.HH. en sus Arts. 256 I y II, 257.I, y en su disposición transitoria novena. El Art. 257 añade al ordenamiento jurídico, de forma directa, a todos los tratados internacionales ratificados con anterioridad dotándoles de rango legal.

La disposición transitoria novena de la CPE de 2009 indica que los tratados internacionales anteriores a la constitución y que no la contradigan se mantienen en el ordenamiento jurídico interno. Los proyectos anteriores mencionaban que estos pasarán a formar parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley.

En ambos casos se asevera la continuación jurídica-normativa de la anterior gestión en relación al nuevo periodo constitucional, respetando el ordenamiento jurídico anterior.

Es fundamental mencionar que los organismos internacionales de DD.HH. incidieron en el proceso constituyente. En sí, mediante su normativa, hicieron recomendaciones que fueron valoradas por los asambleístas en distintos momentos.¹⁴

4.2. Leyes nacionales

4.2.1. Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, 3364 (2006). Esta ley es elemental para comprender el desarrollo del proceso constituyente boliviano que dio lugar a la CPE de 2009. En primera instancia, porque logró convocar y direccionar la asamblea constituyente hasta la promulgación de la Ley Modificatoria y de Extensión de Plazo 3728 (2007).

El Art. 1 de la Ley 3364 está en sujeción a los artículos 2, 4 y 232 de la constitución de 2004. De igual manera la Ley Especial 3091

¹⁴ Precisamente se hizo esto mediante el Informe: Promoción y protección de todos los Derechos Humanos, civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, incluido el derecho al desarrollo y el Informe: “Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia” de 28 de junio de 2007 y su informe de seguimiento.

del 6 de julio de 2005 se vincula al Art. 232 de la constitución de 2004.¹⁵ En todos estos casos, en consecuencia, existe continuidad constitucional y legal.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley 3364 (2006) denota dos elementos esenciales.¹⁶ El primero se da bajo la premisa que la asamblea constituyente ejerce la soberanía del pueblo con un mecanismo de representación, y que no depende ni está sometida a los poderes constituidos. El segundo elemento parte de señalar que la asamblea no interferirá en el trabajo de los poderes constituidos, reconociéndolos plenamente.

El Art. 4 de esta ley regula dos aspectos importantes para el desarrollo del proceso. El primero es la elección de constituyentes representantes, que se realizó en fecha 2 de julio de 2006, tal como estipulaba el mencionado artículo, además que igual se concertó esa fecha en el Art. 1 de la Ley 3091 (2005). Y el segundo es la instalación de la asamblea constituyente, evento que ocurrió en esa fecha. Además de esto, el Art. 5 fijó el número de constituyentes en 255, lo cual efectivamente se cumplió.

La ley señaló también las modalidades de representación en relación a la elección de los constituyentes en su Art. 14. Se fijaron una serie de requisitos para distribuir a los constituyentes en relación a la votación, aspecto que fue consumado en los hechos.

¹⁵ “Artículo 1.- De conformidad a lo prescrito por el Artículo 232 de la Constitución Política del Estado, se convoca a la elección de los integrantes de la Asamblea Constituyente para el primer domingo del mes de julio de 2006, sobre la base de la Ley Especial de Convocatoria, que emitirá el Congreso de la República” (Ley 3091, 2005).

¹⁶ Artículo 3 (Asamblea Constituyente).-

Se denomina asamblea constituyente, a la reunión de representantes constituyentes elegidos mediante voto universal, directo y secreto.

Es independiente y ejerce la soberanía del pueblo. No depende ni está sometida a los poderes constituidos y tiene como única finalidad la reforma total de la Constitución Política del Estado.

La Asamblea Constituyente no interferirá el trabajo de los poderes constituidos, los que seguirán ejerciendo sus funciones constitucionales de manera sostenida (Art. 3, Ley 3364, 2006).

Dos características son importantes del Art. 21 de esa ley: la primera es que otorga, mediante facultad normativa interna, la potestad de establecer un reglamento general, aspecto que fue realizado por la asamblea, aunque con dificultad. Y la segunda, que mientras no tuvieran un reglamento propio utilizarían el Reglamento General de la Cámara de Diputados, aspecto que igual fue ejecutado por los asambleístas.

Los artículos 26 y 27 de la ley marcan aspectos que se realizaron en el proceso constituyente. El primero fue la convocatoria a referéndum constituyente para refrendar por mayoría absoluta de votos el proyecto de la nueva constitución. El referéndum fue realizado el 25 de enero de 2009. El segundo, que llega a ser un aspecto de orden teórico, se manifiesta en el Art. 27 que *continuará en vigencia* la última CPE en caso de no ser aprobada la nueva, por lo cual vuelve a denotarse el aspecto de la continuidad legal constitucional.

4.2.2. Ley modificatoria y de extensión de plazo, 3728 (2007). La asamblea constituyente se veía imposibilitada de cumplir el plazo establecido en la Ley Especial de Convocatoria. Ante esta imposibilidad la directiva solicitó al Congreso de la República una ampliación. La misma, aparte de ampliar el plazo, estableció nuevas directrices para la asamblea constituyente. Se puede encontrar aspectos importantes en su contenido.

En el primer artículo¹⁷ se establece la ampliación hasta el 14 de diciembre de 2007. Cabe recalcar que por distintos motivos la asamblea fue trasladada a Oruro y ahí fue aprobada en detalle, cumpliendo con los plazos señalados por la ley.

El segundo artículo tiene tres aspectos a considerar. En su numeral 2 se dispuso la aprobación en grande con mayoría absoluta, aspecto que

¹⁷ “Artículo 1º. - Se modifica el Artículo 24º de la Ley N.º 3364, ampliándose el plazo para la Asamblea Constituyente hasta el 14 de diciembre de 2007, conforme al siguiente procedimiento.” (Ley 3728, 2007).

fue cumplido en la ciudad de Sucre (Liceo Militar). En el numeral 3, se previó la aprobación en detalle con sistema de votación de 2/3, procedimiento que igualmente fue cumplido en diciembre de 2007 en la ciudad de Oruro. En su numeral 4 se estableció que los artículos que no lleguen a 2/3 serán puestos a consideración del pueblo soberano. Lo cual sucedió con el Art. 398 del proyecto final. El H. Congreso Nacional elaboró la pregunta en 2008 y fue sometida a votación en referéndum el 25 de enero de 2009.

Continuando con la lógica de la ley, su Art. 3 manda a la asamblea constituyente a remitir al H. Congreso Nacional de la República los artículos que no hubieran sido aprobados en detalle por 2/3 de votos. Así el Congreso elaboraría las preguntas correspondientes, como fue establecido en el referéndum. Y en el Art. 4 dicta que el Congreso convocaría mediante ley aprobada con 2/3 al referéndum dirimidor con carácter vinculante debiendo cumplirse los resultados del plebiscito.

4.2.3. Ley de Interpretación Constitucional 3941 (2008). Estas modificaciones fueron realizadas por los legisladores del Congreso Nacional de la República, los cuales realizaron un trabajo coordinado con el Poder Ejecutivo y los Prefectos. Las modificaciones realizadas debían ser legitimadas por ley, por lo tanto, se expuso lo siguiente:

Artículo 2.- (Interpretación). En aplicación de la Institucionalidad Republicana, el principio de Soberanía Popular, el Estado Social y Democrático de Derecho, determinados en los Artículos 1, 2 y 4 de la Constitución Política del Estado, estableciéndose que es Facultad del Honorable Congreso Nacional contribuir al proceso constituyente y realizar los ajustes necesarios al texto constitucional aprobado por la Asamblea Constituyente, sobre la base de la voluntad popular y el interés nacional, por ley especial de Congreso, aprobada por dos tercios de votos de sus miembros presentes, se interpreta los alcances del Artículo 232 constitucional, en los términos siguientes (...) (Ley 3941, 2008).

Se puede observar en el artículo citado que de forma expresa se atribuyó la facultad de contribuir al proceso constituyente y así, realizar los ajustes necesarios al texto constitucional aprobado por la asamblea. Esas premisas, se las fundamentó con el interés nacional y la voluntad popular.

La interpretación que se hizo en esta ley es la siguiente:

Artículo 232° . -

II. Concluido el proceso constituyente y recibida la propuesta constitucional, para ser sometida a consideración del pueblo soberano, el H. Congreso Nacional podrá realizar los ajustes necesarios sobre la base de la voluntad popular y del interés nacional, por ley especial de Congreso, aprobada por dos tercios de votos de sus miembros presentes.

III. Los ajustes no podrán afectar la esencia de la voluntad del constituyente (Ley 3941, 2008).

Es posible rescatar dos aspectos. El primero se manifiesta en el párrafo segundo, donde el mismo Congreso se atribuyó la facultad de realizar los cambios necesarios al texto en razón de la voluntad popular e interés nacional, y que estas modificaciones deben ser aprobadas con 2/3. Y el segundo que se establece en el párrafo tercero, donde definen que los ajustes no podrán afectar la esencia de la voluntad del constituyente.

Aunque no hay certeza si se afectó la voluntad del constituyente, es notable que se quebró el principio de soberanía que residía en los constituyentes que fueron electos en 2006. La sociedad en ningún momento facultó, ni otorgó su soberanía a los congresistas, prefectos y miembros del ejecutivo para realizar cambios e intervenir el trabajo de los constituyentes.

4.2.4. Ley del referéndum dirimitorio y refrendatorio del proyecto de Constitución Política del Estado 3942 (2008). Esta ley cumplió con los preceptos de las anteriores leyes, en razón a que convocó a referéndum

dirimitorio y aprobatorio del texto constitucional. De su artículo primero se denota la correlación a la normativa anteriormente establecida, que reguló y desarrolló el proceso constituyente. La concordancia parte desde el Art. 232 de la CPE de 2004, las Leyes 3364, 3728 y 3941.

A través de esta concordancia se convocó a referéndum dirimidor el 25 de enero de 2009, en razón al Art. 398 del proyecto de CPE que no alcanzó los 2/3. De la misma forma tuvo la finalidad de refrendar el texto íntegro del proyecto de CPE que fue presentado al H. Congreso Nacional en 2007. Ahí se muestra con claridad el amplio trabajo de apoyo y regulación que el Poder Legislativo tuvo sobre el proceso constituyente. Asimismo, con el Art. 2 se legalizaron los *ajustes* efectuados por el H. Congreso Nacional de la República.

4.3. Resoluciones judiciales, sentencias y declaraciones constitucionales

4.3.1. Resolución 281/2007. Se emite en la Sala Civil Primera de Sucre, en relación a un recurso de amparo constitucional planteado por Jaime Barrón en nombre de los constituyentes de Chuquisaca. Este recurso fue contra de la directiva de la asamblea constituyente.

El fundamento de este amparo se da porque la directiva emitió la resolución de 15 de agosto de 2007 que “disuelve la posibilidad de tratar el tema de capitalidad plena” en el plenario de la asamblea constituyente. En sí, es por la exclusión que se dio al tema de la capitalidad de forma arbitraria y contraria a reglamento, según argumenta la parte accionante. Se planteó que el accionar de la directiva fue en contra de la constitución y del Reglamento General de la Asamblea Constituyente. En el petitorio piden “dejar sin efecto la Resolución del 15 de agosto de 2007”, y que se recomiende a la asamblea accionar en cumplimiento del reglamento y las leyes.

La Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Chuquisaca concedió el recurso de amparo constitucional, *declarando nula, sin efecto ni valor legal la resolución de 15 de agosto de 2007*, remitiendo la resolución al Tribunal Constitucional. Consideró que se vulneró el

Reglamento General de la Asamblea Constituyente y la Ley 3728 (2007). Citando el nacimiento de la República en 1825 y las reformas constitucionales, refiere al Art. 1 de la Ley 3364 (2006) señalando:

Que, siendo ese el marco constitucional de la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, resulta evidente que su carácter es derivado y no originario como sostiene el citado artículo 1° de su Reglamento, por las siguientes razones: a) porque la Asamblea Constituyente ha sido convocada dentro de una República Preexistente; b) porque ha sido convocada y organizada en un Estado Constitucional de Derecho; c) porque tiene origen en la Constitución Política del Estado actualmente vigente; d) porque la Asamblea Constituyente puede autorregularse, pero de ninguna manera autoproclamarse (Resolución Judicial, 281, 2007).

La resolución niega un poder constituyente originario, y establece una categorización de un poder constituyente derivado. Sobre todo hacen alusión a un orden constitucional preexistente, tanto como Estado organizado en una República, como en uno constitucional, con un orden jurídico que dio pie al desarrollo de la asamblea constituyente.

La resolución refuerza estas ideas en el siguiente texto:

En la Constitución Política del Estado actualmente vigente, que únicamente reconoce a tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, de donde resulta que la Asamblea Constituyente no es un Poder del Estado y menos un Súper Poder del Estado, así como tampoco es un órgano fundacional de la República – que ya está fundada desde 1825. (Resolución Judicial, 281, 2007).

4.3.2. Resolución 870/2007. Se emitió a través de la presentación de un recurso de hábeas corpus planteado ante la Corte Superior de Distrito de La Paz por parte de la Directiva de la Asamblea Constituyente contra la amenaza que existía por parte de la fiscalía de aprehender a sus miembros por falta de cumplimiento a la resolución 281/2007.

La directiva arguyó en el recurso que no fueron debidamente notificados, en razón a la convulsión social que existía en ese momento en Sucre, por lo que se vulneró sus derechos al debido proceso y a la defensa. Sostuvieron que ellos estaban imposibilitados de cumplir la resolución de amparo debido a que esa facultad la tenía la Plenaria de la Asamblea Constituyente. Pidieron que cese la persecución indebida y que se corrijan los defectos procesales.

La resolución 870 expresó:

Si bien la Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito de Chuquisaca, en conocimiento de un Amparo Constitucional, ha emitido la Resolución de Amparo Constitucional No. 281/07 de fecha 8 de septiembre de 2007, por el que se deja sin efecto la Resolución de la Plenaria de la Asamblea Constituyente sobre la capitalidad; no es menos cierto y evidente que esta Resolución debe ser cumplida por el Plenario de la Asamblea Constituyente compuesta por sus 234 miembros constituyentes y porque en la Plenaria han emitido su voto 134 constituyentes que sin más del 57%, tienen que ser cumplidos por quienes han emitido su voto de acuerdo al Reglamento General de la Asamblea Constituyente y no se puede precipitar su cumplimiento solamente a la Directiva (Resolución Judicial 870, 2007).

Denotando que también se vulneró su derecho a la defensa, la Resolución *declaró procedente* el recurso de hábeas corpus disponiendo el cese de la persecución indebida, y dejó sin efecto las citaciones emitidas por las autoridades recurridas, así como las amenazas de mandamiento de aprehensión. De igual forma, la resolución fue remitida al Tribunal Constitucional en revisión, donde se emitió la SCP 0168/2010.

A continuación se analizan las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 168/2010 y 1227/2012 y la Declaración Constitucional (DC) 003/2013 que, pese a ser posteriores al proceso constituyente, guardan aspectos pertinentes a este estudio.

4.3.3. Sentencia constitucional 0168/2010. Se la emitió en relación a la acción de hábeas corpus que presentaron los asambleístas de Directiva el año 2007. Esta sentencia llegó a determinar, bajo su criterio, la naturaleza del proceso constituyente.

El TCP hizo un análisis de la función constituyente y determinó tres características por las cuales establece que es *originaria*: (a) su *carácter autónomo*: como proceso que estuvo exento del orden constituido, (b) su *carácter extrajurídico*: debido a que el proceso no encuentra fundamento en la constitución que pretende cambiar, su único cause jurídico: “es la voluntad democrática popular”, y (c) su *carácter extraordinario*: que su entrada en vigor abroga el orden anterior.

Sin embargo, además de estas tres características que no llegan a adecuarse a la realidad del proceso constituyente boliviano, de acuerdo a lo desarrollado con anterioridad, la sentencia entra en una contradicción en su fundamento jurídico. Se la refiere a continuación:

Es imperante establecer el carácter de la Asamblea Constituyente en Bolivia y por tanto, determinar las reglas constitucionales a las cuales debe ser sometida, en tal sentido, es importante iniciar el análisis en la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, Ley 3364 de 6 de marzo de 2006, por tanto, se tiene que este acto normativo plasma la voluntad democrática pacífica para el cambio de orden constitucional, entonces, a partir de este acto, se establece que en Bolivia, la función constituyente tiene una génesis democrática no violenta, emergente de una grave crisis institucional, en consecuencia, a partir de esta manifestación democrática, se viabiliza el ejercicio de la función constituyente (SCP, 0168, 2010).

Se establece en esta parte de la SCP que la función constituyente en Bolivia tiene una génesis democrática *no violenta*, a través de la Ley Especial de Convocatoria, la misma que estuvo totalmente sometida y en

concordancia a la CPE del 2004. Sin embargo, la sentencia en el mismo párrafo dice posteriormente:

En consecuencia, evidentemente esta función por su naturaleza, no encuentra fundamento ni vinculación jurídica en la Constitución, que pretende cambiar ni en los Poderes Constituidos emergentes de ese orden constitucional. (SCP, 0168, 2010).

La contradicción surge porque la Ley 3364 sí responde a una vinculación de la constitución que pretendía cambiar y porque esta ley surge de un poder constituido (Legislativo) que respondía al orden constitucional anterior.

4.3.4. Sentencia Constitucional 1227/2012. Esta SCP reafirma la noción que Bolivia fue refundada a partir de la CPE de 2009.

La sentencia añade el pluralismo y la interculturalidad como dos elementos nuevos que caracterizan la refundación de Bolivia. Sin embargo, deben entenderse como complementación de los elementos señalados en la SCP 0168/2010.

4.3.5. Declaración Constitucional 003/2013. Se emitió en razón a la consulta sobre la constitucionalidad del proyecto *Ley de Aplicación Normativa*, formulada por Álvaro García Linera. Dentro de los 6 artículos planteados para la interpretación constitucional, se destacó el cuarto sobre la reelección del presidente y vicepresidente el Estado.

Para determinar la aplicación normativa de estos artículos planteados, e interpretar su constitucionalidad era necesario realizar un análisis doctrinal más profundo. Este estudio se planteó en su parte *III. Fundamentos Jurídicos del Fallo*, especialmente en el apartado III.5:

En el caso de nuestro país, el proceso constituyente que se desarrolló desde el 2006, concluyendo el 2009, tuvo inequívocamente un carácter originario, con una génesis directa en la voluntad democrática popular, característica a partir de la cual, se entiende su autonomía, en mérito de la cual, el nuevo orden trazado, es diferente al pre-existente, ya que la función constituyente, por su

naturaleza jurídica, generó una nueva era jurídico-política basada en la refundación del Estado, en el marco de los criterios del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, como ejes esenciales del nuevo modelo de Estado (DC 003, 2013).

El primer aspecto importante a desarrollar sobre este párrafo citado es la característica de carácter originario que se da al proceso constituyente boliviano. Este carácter se lo fundamenta en razón a la voluntad democrática popular, por la cual se entiende su *autonomía*. Se menciona también que el nuevo orden trazado es diferente al pre-existente, ya que, se generó una nueva era jurídico-política basada en la *refundación* del Estado.

Como criterios usados para determinar la refundación del Estado, se dictan explícitamente los caracteres de: (a) pluralismo, (b) la interculturalidad y (c) la descolonización. Es decir, se añade el carácter de la descolonización en comparación con la SCP 1227/2012.

La DC continua con lo siguiente:

En ese marco, es imperante establecer también, que el ámbito y límite de la función constituyente originaria y del nuevo orden generado por ella misma, son los derechos humanos reconocidos por acuerdos y tratados internacionales, los cuales, a su vez, formarán parte del bloque de constitucionalidad (DC 003, 2013).

Acá se alude la admisión de límite a la función constituyente en razón a los DD.HH. reconocidos por acuerdos y tratados internacionales ratificados. Este aspecto es coherente con el análisis hecho a la CPE de 2009. Sin embargo, se puede dilucidar un aspecto que denota cierta contradicción. Es aquel donde se menciona en la misma Declaración que el nuevo orden trazado es diferente al pre-existente, cuando se reconocen DD.HH. ratificados con anterioridad y los mismos acuerdos y tratados pasan a tener rango de ley.

Finalmente, en los párrafos anteriores a los analizados se destaca la obediencia que se hace a la SCP 0168/2010, debido a que se la menciona como el *primer hito fundamental* sobre el análisis de la función constituyente y la naturaleza del proceso. Se ratifican las ideas de la naturaleza extraordinaria, extrajurídica y autónoma que desarrolló la SCP 0168/2010. Se añade la noción del carácter soberano, que no está vinculada a ninguna norma jurídica y que por su naturaleza es un poder pre-jurídico.

5. Conclusiones

Se deben sintetizar algunos aspectos. El proceso constituyente boliviano no podría haber ejercido un poder originario. Sobre la base de las conceptualizaciones de Vanossi se demostró que no fue la primera vez que Bolivia tiene un ordenamiento jurídico pues la nueva CPE no se presenta en una etapa de primigenidad. Por los hechos, la teoría y, sobre todo, la normativa analizada, el ejercicio del poder constituyente no fue ilimitado. Tampoco fue revolucionario, debido a que no existió en ningún momento un rompimiento de toda lógica normativa regular de creación del Derecho. Es menester desglosar las precisiones planteadas:

- a. 1) La soberanía del pueblo es el fundamento del poder Constituyente originario. Se entiende por soberanía, la voluntad expresa del pueblo que reside en la libertad y la igualdad absoluta de todos los hombres. 2) Al contrario, la soberanía de un poder Constituyente derivado deviene de la legalidad, expresada como una competencia excepcional de la Constitución para su reforma.
- b. La institución del poder Constituyente originario es, por la razón de su soberanía, ajena a todo sistema jurídico anterior.
- c. El poder constituyente originario es un poder fundante e ilimitado. Se entiende por fundante que 1) está fundado en la soberanía del pueblo y 2) es fundador *creador* de Derecho. Se entiende por ilimitado el que no sea dependiente de ningún poder anterior.

- d. Debido a la no enajenación del poder constituyente originario a ningún sistema jurídico, este debe crear *ex nihilo* todo un aparato normativo. Es decir, crear una *constitución*.
- e. La constitución debe englobar todas las potestades del poder constituido. Se entiende por poder constituido al Estado. Dicha estructuración del Estado debe, por los puntos anteriores, no tener ninguna restricción externa ni interna. Estas restricciones se entienden como toda forma de ordenamiento jurídico. 1) Externas: expresadas en tratados, convenios, términos comerciales, acuerdos, ordenamientos jurisprudenciales, derecho internacional, etc. 2) Internas: en toda disposición jurídica, o procedimiento institucional derivado de esta, por ejemplo, elección democrática o que se fundamente el poder constituyente originario en el poder constituido anterior.
- f. Si existiese alguna lógica normativa anterior al poder constituyente originario, este debe primeramente romper, de manera sustancial, con toda la lógica de antecedentes jurídicos para cumplir con los puntos a.1, b y c.
- g. La fundación de un Estado o lo que es lo mismo, la institución de un poder constituido a través de la redacción de una constitución (puntos c, d y e) es un hecho diferente a una reforma constitucional.
- h. Se entiende por reforma constitucional o poder constitucional derivado, toda aquella reforma, por radical que sea, que derive su autoridad del poder constituido anterior (Vanossi 2002, p 174), conforme al punto a.2.
- i. Siguiendo el punto a.1, b y h no existe, dadas las definiciones, la posibilidad de un concepto como el de refundación. En el mejor de los casos, se entiende por refundación la institución de un poder constituyente derivado.
- j. Comúnmente tanto las limitaciones como las potestades de un poder constituyente derivado se encuentran en el texto de la *constitución* anterior. Esto es evidente por el a.2 y entendiendo la constitución según el punto e.
- k. Según los puntos a.1, b y f, el poder constituyente revolucionario, es una subclase del poder constituyente originario.

l. El poder constituyente revolucionario expresa la soberanía del pueblo a través de violencia. La violencia entendida como una fuerza soberana sin mediación que funda un poder revolucionario. Esta violencia, que tiene que ver con el rompimiento de la lógica de antecedentes legales, se convierte en legítima al mismo tiempo que desconoce la legitimidad de todo lo anterior (causa expresamente el punto f).

m. Si un llamado poder constituyente revolucionario no procede según el punto k, puede ser considerado un poder constituyente derivado, conforme el punto a.2.

Se debe analizar también la posición jurídica que emanó del TCP en las sentencias y en la declaración señalada. Este tribunal marcó, en primer lugar, que la naturaleza del poder constituyente fue originaria por haber tenido las características de: *autónoma*, *extrajurídica* y *extraordinaria* (SCP 168/2010). La SCP 1227/2012 añade el elemento de que el país fue *refundado*, y las características de *pluralismo* y *la interculturalidad* para sustentar la naturaleza originaria. Finalmente, la DC 003/2013 continua la línea de naturaleza originaria, sin embargo, añade que el proceso y la CPE fue resultado de la *voluntad democrática cultural* y adhiere la característica de la *descolonización* como fundamento de la naturaleza originaria.

Varias de las características mencionadas no coinciden con las características de la teoría desarrollada. La SCP 168/2010 plantea el *carácter autónomo* del ejercicio del poder constituyente, que fue “fuente y esencia de un nuevo orden jurídico diferente y completamente independiente del orden constituido.” Sin embargo, las premisas de orden jurídico de ser *diferente* y *completamente independiente del orden constituido*¹⁸ no llegan a corroborarse, en razón a que no tuvieron cumplimiento.

¹⁸ Estructuración del Estado sin restricciones, ruptura de la lógica normativa de creación regular del Derecho, la producción normativa fundacional y las bases fundamentales del Estado.

Tampoco ocurre con el supuesto *carácter extrajurídico* del ejercicio de poder en el proceso constituyente referido por la SCP, ya que sí encuentra fundamento en la Constitución y en las normas anteriores. Por esta razón tampoco tuvo como único cause jurídico la voluntad democrática popular.

Respecto al pretendido *carácter extraordinario* propuesto por la SCP, que se daría cuando surge un nuevo orden constitucional emanado de la voluntad democrática popular, se tiene que básicamente la nueva CPE entró en vigor cuando se abrogó la anterior. Se constató que el nuevo orden constitucional no surge únicamente de la voluntad democrática popular, debido a la sujeción a normativas y a organizaciones pretéritas entre otros.

La SCP también arguye que el poder ejercido fue originario. No obstante, el proceso constituyente sí tuvo vinculación jurídica en relación CPE que se pretendió cambiar, comenzando por la Ley 2410, 2001, continuando con la CPE de 2004 y su Art. 232 y las leyes posteriores, poniendo como ley fundamental para el caso la Ley 3364. De la misma forma, se debe mencionar que todos los poderes constituidos intervinieron en el proceso de forma directa.

En la SCP 1227/2012 sostiene que con la nueva CPE de 2009 se consolidó la refundación del Estado boliviano por el pluralismo, la interculturalidad y su valor axiomático. No obstante, estos cambios, por profundos que hubiesen sido, no cumplen con los presupuestos justificados en esta investigación para ser considerados como una nueva fundación o un proceso revolucionario.

La DC 003/2013, aunque plantea recalca una supuesta autonomía y la creación de un nuevo orden, se contradice al señalar que tuvo límites en los DD.HH. reconocidos por acuerdos y tratados internacionales en la materia. Además, efectivamente existieron esos límites, incluso a través de la injerencia de organismos internacionales de DD.HH. Dichos límites e injerencias son contrarios a un poder originario. Esta

DC también equivoca al adjetivar ese proceso como independiente del orden pre constituido, pues existió intervención de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.¹⁹

6. Referencias

Referencias bibliográficas

- Agamben, G. (2013). *El misterio del mal. Benedicto XVI y el fin de los tiempos*. Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires.
- Agamben, G. (2015). *Stasis: civil war as a political paradigm*. Stanford University Press. Ed. Adriana Hidalgo, Buenos Aires
- Alexy, R. (2016). *La doble naturaleza del derecho*. Ed. Trotta, Madrid.
- Ander-Egg, E. (2011). *Aprender a investigar: nociones básicas para la investigación social*. 1ra edición, Ed. Brujas, Córdoba.
- Aragón, M. (2002). *Constitución, democracia y control*. UNAM, México.
- Arendt, H., & Bravo, P. (1967). *Sobre la revolución: Hannah Arendt*. Ed. Siglo XXI, traducción Pedro Bravo (1992). Buenos Aires.
- Campos, B. (1987). *Lecciones Elementales de Política*, 5ta edición, Ed. Ediar, Buenos Aires.
- Cruz, J. C. (2014). *La «translatio» del poder al soberano. Una teoría jurídico-política en el siglo de Oro*. *Medievalia*, 16, 37-43bis.
- Fabra, J Luis, Spector, E. (2015). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 3. Cap. 55, Gargarella, R. pp 1991-2010. UNAM, México.
- Gamboa, F. (2009). *Dilemas y conflictos sobre la Constitución en Bolivia*, Ed. Presencia, Bolivia.

¹⁹ Cf. Tesis de grado, Aguirre A, (2018), *Naturaleza del proceso constituyente boliviano*, pp 106 – 151.

- Gladstone L.J. (2016). “*El nuevo constitucionalismo latinoamericano*” un estudio sobre Bolivia, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia. La Paz.
- Goldstein, M. (2008). *Diccionario Jurídico – Consultor Magno*, Ed. Circulo Latino Austral, Buenos Aires.
- Hernández R. (1993). *El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional 37: 143-155.
- Hernández, R. Fernández, C. Baptista, P. (2006). *Metodología de la Investigación*, 4ta edición, Ed. McGraw – Hill Interamericana, México D.F.
- Käss, S. Velásquez, I. (2009). *Reflexión crítica a la nueva Constitución Política del Estado*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Ed. Presencia, Bolivia.
- Linera, Á. G. (2011). *Las tensiones creativas de la revolución: La quinta fase del Proceso de Cambio*. Vicepresidencia del Estado Plurinacional, Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional. La Paz – Bolivia.
- Maiz, R. (1993). *Estado constitucional y Gobierno representativo en EJ Sieyès*. Ed. Nueva época. Revista de Estudios Políticos, (Núm. 72).
- Manin, B. (2006). *Los principios del gobierno representativo*, Ed. Alianza, Madrid.
- Mesa, C. (2012). *Historia de Bolivia, 8va edición, actualizada y aumentada*, Ed. Gisbert, La Paz.
- Mesa, C. (2013), *Mi Discurso de Posesión como Presidente el 17 de octubre de 2003*: <https://carlosdmesa.com/2013/10/17/mi-discurso-de-posesion-como-presidente-el-17-de-octubre-de-2003/>.
- Mesa, C. (2017). *Bolivia 1982- 2006 Democracia*, Ed. Gisbert, La Paz.
- Negretto, G. (2015) *Procesos constituyentes y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada*, Revista de Ciencia Política de Santiago, Ed. Scielo, Rev. cienc. polít. (Santiago) vol.35 no.1 Santiago.

- Pinto J.C. *Proceso Constituyente 2006-2009. Compilación de documentos originales del proceso Constituyente, Fondo Documental de la Asamblea Constituyente*. Tomo IV, La Paz –Bolivia.
- REPAC, (2009). *Memoria institucional 2006 - 2009*. Vicepresidencia del Estado Plurinacional, Producido por la Representación Presidencial para la Asamblea Constituyente. La Paz – Bolivia.
- Rosanvallón, P. (2010). *La legitimidad democrática*. Ed. Paidós, 35. Barcelona.
- Rossi, L. A. (2004). *El poder constituyente y el líder plebiscitario: formas de la nación en la teoría política de Carl Schmitt*. Signos Filosóficos, 6(12).
- Sagüés, N. (2001). *Teoría de la Constitución*, Ed. Astrea, Buenos Aires.
- Schmitt, C. (1983). *La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Ed. Tecnos.
- Tocqueville, A., (1957). & *La democracia en América*, F. D. Cultura Económica. México DF.
- Tocqueville, A. (2004). *El antiguo régimen y la revolución (No. 217)*. Ediciones AKAL.
- Vanossi, J. (1975). *Teoría Constitucional*, Vol. 1, Ed. Depalma, Buenos Aires.
- Vanossi, J. (2002). *Estudios de Teoría Constitucional*, Primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.
- Weber, M. (2009); *La política como vocación*, Ed. Alianza, trad. Francisco Rubio Llorente; pp 83-84.

Normativa boliviana

- Constitución Política del Estado de 1826, <http://www.lexivox.org/norms/BO-CPE-18261119-1.xhtml>.
- Nueva Constitución Política del Estado (2007), Versión Oficial, REPAC, Vicepresidencia de la República – Presidencia del H. Congreso Nacional de Bolivia. Distribución gratuita.

- Constitución Política del Estado. 24 de noviembre de 2007, aprobada en grande, pdf <http://old.sinpermiso.info/articulos/ficheros/Boliviaconstitucion.pdf>
- Constitución Política del Estado del 2004, www.constitution.org/cons/bolivia/texto.htm, Bolivia.
- Gaceta Oficial de Bolivia (2009), Constitución Política del Estado, Edición oficial, La Paz- Bolivia.
- Ley de necesidad de reformas a la Constitución (2410). Gaceta oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. 1 de agosto de 2002, La Paz.
- Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente (3364), Gaceta oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. 6 de marzo de 2006, La Paz.
- Ley modificatoria y de extensión de plazo (3728). Gaceta oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. 31 de Julio de 2007, La Paz .
- Ley de interpretación constitucional (3941). Gaceta oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. 21 de octubre de 2008, La Paz.
- Ley del Referéndum Dirimitorio y Refrendatorio del proyecto de Constitución Política del Estado, (3942), 21 de octubre de 2008, La Paz. <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-3942.pdf>.
- Pinto J.C. Proceso Constituyente 2006-2009. Resolución N° 281/2007. Tomo IV, La Paz.
- Pinto J.C. Proceso Constituyente 2006-2009. Resolución N° 870/2007. Tomo IV, La Paz.

Normativa internacional

- Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Bolivia 2007.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, Informe: Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Washington 2007.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, Informe de seguimiento: Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia.

Jurisprudencia

Pinto J.C. Proceso Constituyente 2006-2009. Sentencia Constitucional Plurinacional 0168/2010. Tomo IV, La Paz.

Sentencia Constitucional Plurinacional 1227, 2012, 7 de septiembre de 2012, Sucre.

Declaración Constitucional Plurinacional 0003, 2013, 25 de abril de 2013, Sucre.