

HACIA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

Luces y sombras del proyecto modificado por el Parlamento

José Antonio Rivera S.**

** El autor es Magíster en Derecho Constitucional; ex Magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia; catedrático titular de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba; docente invitado de la Universidad Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca; docente de postgrado en: Universidad Gabriel René Moreno de Santa Cruz; Universidad Andina Simón Bolívar; Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba; Universidad Mayor San Andrés de La Paz; Universidad Domingo Sabio de Santa Cruz; y Universidad Los Andes de La Paz; Profesor visitante de la Pontificia Universidad Católica de Lima – Perú, de la Escuela Superior de Derecho de Mato Grosso – Brasil; Profesor Honorario de la Universidad de Huanuco – Perú; miembro de las siguientes instituciones académicas: Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; Academia Nacional de Ciencias Jurídicas; Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; miembro honorario del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional; miembro correspondiente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional; autor de varios libros y ensayos sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos.

1. Introducción

Uno de los elementos centrales de la crisis política que enfrenta el Estado boliviano es la pérdida de legitimidad de la Constitución adoptada el 09 de noviembre de 1826 y modificada en 21 ocasiones. Ello porque, de un lado no fue la expresión de un pacto social y político de inclusión adoptado con la participación democrática de las diferentes y diversas fuerzas sociales del Estado boliviano; y, de otro, no fue la expresión de la realidad social, económica, política y cultural de la sociedad boliviana, con diversidad étnica, cultural y de género.

Como una salida pacífica y democrática a la crisis política, los bolivianos y bolivianas decidimos ejercer el Poder Constituyente reformador, para adoptar un nuevo pacto social y político de inclusión que, superando las exclusiones y marginaciones sociales, culturales y económicas del pasado, permita fijar las normas básicas de convivencia pacífica y una construcción democrática de la sociedad boliviana. En ese cometido, la Asamblea Constituyente, aprobó en detalle¹ el Proyecto de Constitución que, conforme a las normas previstas por la Ley de Convocatoria a la Asamblea Constituyente y las leyes modificatorias, se sometería a consideración de los bolivianos y bolivianas mediante referéndum dirimitorio para definir una norma que no obtuvo los dos tercios de votos, y ratificatorio para ratificar o rechazar el texto completo de la Constitución.

Dada la importancia de la decisión que adoptarán los bolivianos y bolivianas en el Referéndum ratificatorio, es necesario que los ciudadanos y ciudadanas estén informadas objetivamente del contenido del proyecto y, algo más que eso, del nuevo Estado y las instituciones que se propone. Es en esa perspectiva que la Fundación de Apoyo al Parlamento y a la participación Ciudadana (FUNDAPAC) y la Oficina Jurídica para la Mujer, han encomendado la realización de un trabajo de análisis del proyecto de Constitución desde la perspectiva jurídico – constitucional.

Tomando en cuenta la finalidad que persigue este análisis, que esencialmente es de carácter informativo y reflexivo, se ha encarado el trabajo en dos partes.

La primera, con un análisis sobre las nociones generales y básicas de la Constitución, para ubicar al lector sobre lo que es la Constitución, las funciones que desempeña y los fines que persigue.

La segunda, con un análisis del proyecto de Constitución desde tres perspectivas, que se consideran las básicas. La primera, un análisis del proyecto de Constitución con relación a la persona como sujeto esencial de la sociedad y el Estado que se proyecta, abordando los temas referidos a los derechos fundamentales. La segunda, un análisis del proyecto de Constitución con relación al colectivo social, que incluye los temas referidos a la estructura social del Estado y su participación en la representación política; la conformación de los órganos del poder constituido; y la estructura económica – financiera. La tercera, un análisis del proyecto de Constitución con relación al nuevo Estado, abordando los temas relacionados con el Estado Plurinacional Comunitario; el Estado repúblicano; los órganos del poder constituido; la descentralización y autonomías; y el procedimiento de reforma de la Constitución.

El proyecto de Constitución, dada su naturaleza y contenido, puede ser estudiado y analizado desde diferentes perspectivas; la jurídica, la política, sociológica, económica, cultural o antropológica. El presente trabajo aborda el análisis desde una perspectiva sobre todo jurídica, dada la formación jurídica del autor del trabajo.

¹ Es importante señalar que, conforme a las prácticas universales empleadas para la elaboración, la aprobación en detalle constituye la fase de aprobación del cuerpo normativo, en este caso la Constitución, artículo por artículo, luego debe pasar a la fase de sanción que consiste en el acto solemne y formal de aprobación final del texto de la Constitución.

Cabe advertir que, entre tanto se ejecutaba el presente trabajo, en fecha 21 de octubre del año en curso, el órgano Legislativo ha expedido la Ley N° 3941 de Interpretación del Artículo 232 de la Constitución, misma que otorga facultad al Congreso Nacional para contribuir al proceso constituyente realizando los ajustes necesarios al texto de la Constitución aprobado por la Asamblea Constituyente, mediante una Ley especial por dos tercios de votos de sus miembros presentes. En cumplimiento de dicha Ley, el Congreso Nacional ha introducido un conjunto de modificaciones al texto del proyecto de Constitución emanado de la Asamblea Constituyente el 09 de diciembre de 2007.

Ante la situación referida nos hemos visto obligados a introducir los ajustes necesarios al presente trabajo, de manera que el análisis y comentario refleje la versión final del proyecto de Constitución que será sometido al referéndum ratificatorio y dirimitorio.

2. Nociones generales y básicas de la Constitución

Para comprender en su verdadera magnitud y a partir de ello poder analizar adecuadamente el proyecto de Constitución aprobado por la Asamblea Constituyente y que será sometido a Referéndum ratificatorio; resulta necesario expresar algunas ideas generales y básicas sobre lo que es la Constitución; las funciones que desempeña en un Estado democrático constitucional de Derecho, y los fines que persigue. Es en esa perspectiva que a continuación se abordan esos temas.

2.1. ¿Qué es la Constitución?

Sobre qué se entiende por Constitución, que denota la formulación de un concepto, cabe señalar que existen diversidad de criterios; ello debido a lo que, como se advirtió anteriormente, la Constitución no se reduce únicamente al ámbito jurídico, pues dado su contenido y las materias que regula, abarca un espectro más amplio, como el sociológico, el político, el cultural, el antropológico, económico y el jurídico. Dado el objetivo del presente trabajo, solamente abordaremos el estudio desde la perspectiva jurídica, haciendo algunas referencias desde la perspectiva política.

Desde una perspectiva jurídica la Constitución es la Ley suprema del Estado cuyas normas regulan el sistema constitucional, es decir, el modo y forma en que se organiza y estructura el Estado; lo que supone que proclama los valores supremos y principios fundamentales sobre los que se organiza el Estado; consagra los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas; define y delimita la estructura social, la económica - financiera, la jurídica, y la estructura política, definiendo su forma, su régimen de gobierno, estableciendo los órganos a través de los cuales se ejerce el poder político, determinando su estructura, organización y el ámbito de sus competencias.

El jurista austríaco Hans Kelsen, citado por Valdimiro Naranjo², señala que “la Constitución es la norma que regula la creación de las demás normas jurídicas esenciales del Estado, determina los órganos que legisla y los procedimientos para hacerlo, y que además establece las relaciones básicas entre los asociados y las formas de aplicación del derecho, esto es, que contiene una superlegalidad”.

Según el profesor alemán Karl Loewenstein³, la Constitución “es un sistema de normas establecidas o de reglas entre los detentadores y los destinatarios del poder, así como la

² Naranjo Mesa, Vladimiro: *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Santa fe Bogota, Ed. Temis, 1997, pág. 319.

³ Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª. Barcelona – España. Ed. Ariel. 1970. págs. 89 - 150.

respectiva interacción de los diferentes detentadores del poder en la formación de la voluntad estatal". Partiendo de ese concepto, el profesor alemán concluye caracterizando a la Constitución en los siguientes términos: "Cada sociedad estatal, cualquiera que sea su estructura social, posee ciertas convicciones comúnmente compartidas y ciertas formas de conducta reconocidas. Consciente o inconscientemente, estas convicciones y formas de conducta representan los principios sobre los que se basa la relación entre los detentadores y destinatarios del poder. La totalidad de estos principios y normas fundamentales constituye la Constitución ontológica de la sociedad estatal, que podrá estar o bien enraizada en las convicciones del pueblo, sin formalización expresa -Constitución en sentido espiritual, material- o bien podrá estar contenida en un documento escrito -Constitución en sentido formal-".

La Constitución, como sostiene Ricardo Guastini⁴, se concibe como una totalidad coherente y conexas de valores ético-políticos; de manera tal que la identidad material de toda Constitución descansa precisamente en el conjunto de valores supremos y principios fundamentales que la caracterizan y la distinguen de cualquier otra norma legal.

Desde una perspectiva política, la Constitución se puede definir como un pacto social y político adoptado por el pueblo, que fija las normas y reglas básicas de convivencia pacífica y la construcción democrática de la sociedad.

Para la filosofía política, el término "Constitución" es comúnmente utilizado, en su sentido originario, para denotar cualquier ordenamiento en el que la libertad de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado este protegida mediante oportunas técnicas de división del ejercicio del poder político.

2.2. ¿Cuáles son las funciones que desempeña la Constitución en un Estado democrático constitucional de Derecho?

En el constitucionalismo contemporáneo se considera que una Constitución desempeña funciones de vital importancia en la organización y funcionamiento de un Estado democrático constitucional de Derecho. Solo a manera enunciativa, no limitativa, se pueden señalar las siguientes funciones:

a) Fijar las normas básicas de convivencia pacífica y armonía social entre todos los sectores y actores sociales, políticos y económicos del Estado; a cuyo efecto la Constitución: proclama los valores supremos, como los máximos ideales que asume la Sociedad; también proclama los principios fundamentales, como los criterios básicos y presupuestos lógicos que orientan la configuración y funcionamiento del Estado; consagra los derechos fundamentales de las personas, como límites al ejercicio del poder político y particular; crea los órganos a través de los cuales se ejerce el poder del Estado, definiendo sus potestades y delimitando sus competencias y atribuciones; determina la estructura económica – financiera del Estado, respecto al uso y aprovechamiento de los recursos naturales, definiendo el papel del Estado en la planificación, organización y dirección de la economía; finalmente determina la estructura social del Estado.

b) Garantizar la construcción democrática de la sociedad; lo que significa que la Constitución define la configuración del Estado y la Sociedad, y determina las condiciones para el ejercicio del poder político, sobre las siguientes bases: i) la voluntad ciudadana como

⁴ Guastini, Ricardo. "Sobre el concepto de Constitución", en el libro Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos. México. Ed. Porrúa y UNAM. 2000. Pág. 104.

base y fundamento del poder político del estado; ii) la concepción plural de la Sociedad, lo que supone una comprensión de la sociedad como un entramado en el que interaccionan los diferentes grupos sociales, situados en un plano de igualdad, grupos que responden a la propia libertad del ser humano y que, a la par, proporcionan a éste la posibilidad de desarrollar libremente y en plenitud su personalidad; iii) la participación ciudadana como principio rector de la vida social y política; y iv) la democracia como principio de convivencia, que significa la formación de todos y cada uno de los ciudadanos en un espíritu de respeto y tolerancia.

c) Garantizar la vigencia de un Estado constitucional de Derecho, en el que toda la actividad estatal esté regida por un ordenamiento jurídico que obliga por igual a todos, gobernantes y gobernados; a cuyo efecto determina las condiciones de validez formal y material de las leyes, decretos y resoluciones, así como de las decisiones de las autoridades públicas en general.

d) Expresar un proyecto político de Estado que es desarrollado y ejecutado cotidianamente en una acción conjunta entre los detentadores y los destinatarios del poder político.

2.3. ¿Qué fines persigue la Constitución?

La Constitución, como la Ley suprema del ordenamiento jurídico, en un Estado democrático constitucional de Derecho persigue determinados fines esenciales, entre los que, de manera enunciativa no limitativa, se pueden mencionar los siguientes:

a) Garantizar la estabilidad social, política y económica, que permita la convivencia pacífica y la armonía social; a cuyo efecto debe incluir entre sus normas a todos los sectores y actores sociales, políticos y económicos; prever dispositivos, mecanismos y sistemas que, de un lado, posibiliten y garanticen una distribución equitativa de la riqueza social, y obliguen al Estado desplegar políticas que posibiliten contrarrestar las desigualdades sociales existentes y ofrecer a todos sus nacionales las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar las necesidades materiales; y de otro, permitan el trabajo de los órganos de Poder en forma coordinada y sobre la base de la cooperación mutua, y el sistema de los frenos y contrapesos; asimismo prever los mecanismos y procedimientos que eviten los bloqueos entre los órganos de Poder que obstaculicen el cumplimiento de las tareas estatales, remitiendo la resolución de los "impases" que se produjeran entre ellos al titular de la soberanía, que es el pueblo, mediante normas que regulen los mecanismos de participación popular.

b) Lograr un gobierno limitado, que resguarde, respete y proteja los derechos fundamentales de las personas, el sistema de valores supremos y los principios fundamentales sobre los que se configura u organiza el Estado, lo que significa limitar y controlar el poder político; a ese efecto, de un lado, divide el ejercicio del poder político en el sentido horizontal, distribuyendo las potestades y funciones estatales a diferentes órganos; y el sentido vertical o territorial, creando diferentes niveles territoriales de gobierno; y de otro, establece sistemas y mecanismos de control del ejercicio del poder político y de control de constitucionalidad.

c) Preservar los principios democráticos, para garantizar la plena vigencia del Estado democrático; a ese efecto debe prever mecanismos que permitan una participación efectiva de los ciudadanos y ciudadanas en los procesos de conformación de los órganos del poder constituido y la toma de decisiones políticas transcendentales para el Estado, sobre la base de principios del pluralismo, del derecho al disenso y la discrepancia, el respeto a las

minorías; también prever mecanismos que preserven y resguarden los derechos de las minorías en los escenarios de debate y toma de decisiones políticas.

d) Establecer un equilibrio en las relaciones sociales y las relaciones de poder; a partir de la preservación, resguardo y protección de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, como un límite al ejercicio del poder político y poder particular; asimismo la clara y precisa delimitación de las potestades, funciones y atribuciones de los órganos del poder constituido.

2.4. ¿Qué condiciones debe reunir la Constitución para cumplir las funciones y fines que persigue?

Dada su naturaleza y la importancia para la vida del Estado, la Constitución debe cumplir con las condiciones de validez constitucional, legal y de legitimidad, para lo que debe reunir dos condiciones básicas; la primera, ser elaborada y aprobada en el marco del Estado constitucional de Derecho, lo que significa el respeto y cumplimiento de las normas básicas preestablecidas; y la segunda, el pacto social y político que se expresa en la Constitución debe ser adoptado con la intervención democrática de toda la ciudadanía, de manera que sea la fiel expresión de la voluntad de todos los sectores y actores sociales y políticos.

De otro lado, el sistema constitucional configurado por la Constitución debe ser la fiel expresión de la realidad social, económica, política y cultural de la sociedad, lo que significa que la Constitución formal o escrita debe ser expresión de la Constitución material que es la sociedad misma con su realidad económica, social, política y cultural.

Finalmente, la Constitución debe estar dotada de una garantía de estabilidad y duración en el tiempo, lo que supone que no debe estar sometida a los vaivenes políticos, por lo tanto a los cambios o modificaciones frecuentes con cada cambio de gobierno; ello no significa que sus normas sean pétreas e inmodificables, pues la estabilidad no conlleva la prohibición de la reforma constitucional, se entiende que no reformar oportunamente la Constitución podría generar un divorcio creciente entre el proceso político y social con el texto constitucional.

La garantía de la estabilidad de la Constitución depende de tres elementos. El primero, el alto grado de legitimidad, pues en la medida en que sea fruto de la decisión y la voluntad de todos los sectores y actores sociales no será impugnada con frecuencia, en cambio cuando se excluyan a importante sectores sociales del proceso de su formación y aprobación, los sectores excluidos la impugnarán y al tomar el gobierno la sustituirán por otra. El segundo, el contenido de la Constitución, pues al ser la Ley Fundamental del Estado, debe contener simplemente normas generales de carácter axiológico, dogmático y orgánico; ello significa que la Constitución no debe contener normas casuísticas y reglamentarias, pues el hecho de incorporar a su texto temas cuya regulación corresponde a la legislación ordinaria, pone en riesgo la estabilidad constitucional, ya que ante cualquier cambio de las condiciones reguladas se hace necesaria la reforma de la Constitución. El tercero, es un adecuado mecanismo de reforma de la Constitución; pues la reforma constitucional debe concebirse como un mecanismo de balance permanente entre las necesidades de estabilidad constitucional y los requerimientos que conllevan los procesos de cambio social, político y económico. En definitiva, es necesario tener presente que, como dice Miguel Carbonell⁵, “tan nefasta es una hiperreformabilidad continua, como una inmovilidad irrazonable. Entre ambos extremos, la reforma constitucional puede desempeñar con éxito sus funciones”.

⁵ Carbonell, Miguel. “Sobre la reforma constitucional y sus funciones”, en el libro colectivo *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*; México, Ed. Porrúa y la UNAM, 2000, pág. 377.

3. El proyecto de Constitución aprobado por la Asamblea Constituyente

Para abordar un análisis del proyecto de Constitución con mínimas reglas de objetividad e imparcialidad, resulta imprescindible referirse al contexto social, político y económico en que se elaboró el proyecto.

De otro lado, también resulta ineludible referirse a las condiciones de validez del proyecto en el orden de la legalidad y la legitimidad; esto último debido a que en la crisis de octubre de 2003 los bolivianos y bolivianas tomamos la decisión de ejercer el poder constituyente reformador en el marco del Estado constitucional de Derecho y los principios democráticos; lo que supone que la Asamblea Constituyente debió instalarse, desarrollar sus actividades y cumplir con la misión encomendada por el pueblo boliviano, sujetándose a las reglas básicas definidas por la Constitución vigente, la Ley de Convocatoria y su Reglamento Interno.

Aún para el caso de que se hubiese tratado de un ejercicio del Poder Constituyente fundador u originario, en el contexto del constitucionalismo contemporáneo y el orden internacional, la Asamblea Constituyente tendría que sujetarse a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el marco de los compromisos y obligaciones asumidas por el Estado boliviano ante la Comunidad Internacional.

3.1. El contexto social, político y económico en el que se elaboró el proyecto

Para referir de manera resumida el contexto social, político y económico en el que se elaboró el proyecto de Constitución, porque no es el objetivo de este trabajo hacer un análisis desarrollado del tema, cabe señalar que uno de los problemas centrales de Bolivia es que, a lo largo de su historia, no logró consolidarse como un Estado nacional con un sistema constitucional sólido, y un régimen social, económico y político de inclusión, basado en los valores supremos de la dignidad humana, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la complementariedad, entre otros.

Los actores políticos y, fundamentalmente, los líderes y dirigentes que capturaron el poder del Estado no tuvieron una adecuada visión de la realidad nacional, por ello no lograron consolidar la unidad en la diversidad, al contrario pretendieron construir un país homogéneo siendo su base social esencialmente heterogénea.

La política de la exclusión y la marginación en el orden social; la inequidad en la distribución de la riqueza social, y el desequilibrio regional en el desarrollo humano relacionados con el plano económico; el autoritarismo o despotismo en el plano político caracterizaron la historia boliviana.

Cabe señalar que Bolivia no tuvo una construcción democrática, al contrario, atravesó procesos traumáticos de colonización, de explotación y sometimiento, caracterizados por la transculturación y aculturación, que interrumpieron su desarrollo social, económico, político y cultural.

Sumado a lo anterior, la historia republicana de Bolivia está caracterizada por la inestabilidad político – institucional; ello debido a los constantes asaltos al poder político por la fuerza de las armas para deponer los gobiernos legalmente constituidos e instaurar un régimen De Facto a la cabeza de dictadores militares o civiles que, en su mayoría, respondieron a los intereses de los grupos de poder económico. Una prueba de ello es que desde la fundación de la República hasta el año 1980 se produjeron 200 golpes de Estado en apenas 155 años de vida Republicana; lo que dio lugar a que en este período de tiempo 74 Presidentes de la República hubiesen conducido al Estado, con un promedio de 2,09

años de duración en el mandato. Esa inestabilidad político institucional contribuyó a la generación y agudización de una crisis social, política y económica.

La era de los regímenes De Facto o dictaduras militares, tuvo su fin cuando, después de la movilización del pueblo boliviano se restableció el régimen democrático en octubre de 1982. Ese hecho histórico tuvo, entre otros, los siguientes efectos:

En primer lugar, constituyó el fin del régimen despótico y autoritario instaurado por los gobiernos militares que asumieron el poder por la vía de alzamientos armados.

En segundo lugar, permitió el restablecimiento del sistema constitucional adoptado a través de la reforma constitucional de 1967; pues el gobierno democrático puso en plena vigencia la Constitución, como el instrumento regulador del sistema constitucional boliviano.

Finalmente, reflejó la profunda crisis estructural en que se debatía el viejo Estado unitario centralizado, adoptado en 1825 y que se mantuvo vigente con algunas modificaciones; una crisis caracterizada por: a) la pérdida de credibilidad, confianza y respeto del ciudadano hacia el Estado, motivado por el alejamiento del Estado centralizado con relación al ciudadano; b) la exclusión y marginación de los pueblos indígenas originarios del sistema constitucional, por lo tanto, de la estructura económica, social, y política del Estado; c) inadecuada distribución de la riqueza social, que generó desequilibrios en el desarrollo económico y desarrollo humano entre las regiones, y entre el campo y la ciudad, generando ciudadanos de primera y ciudadanos de segunda; d) elevados índices de pobreza y desocupación, que provocó un preocupante proceso de migración interna y externa; e) crisis del sistema político y el régimen de gobierno democrático representativo; caracterizado por la pérdida de credibilidad, representatividad y legitimidad de los mandatarios y representantes, así como de los partidos políticos que se vieron envueltos en la prebenda, la corrupción y prácticas antidemocráticas en su organización interna y funcionamiento; y f) crisis en el sistema judicial, caracterizado por retardación de justicia, niveles bajos de acceso al sistema judicial; subordinación del órgano judicial hacia los otros órganos del poder constituido.

En el plano constitucional los procesos constituyentes, tanto el fundador u originario como reformador o derivado fueron ejercidos con la exclusión y marginación de de los sectores sociales mayoritarios, como los pueblos indígenas originarios, las comunidades campesinas, los sectores laborales, entre otros; pues los referidos procesos tuvieron como protagonistas, en el Siglo XIX a la oligarquía minera feudal de la plata; en la primera mitad del Siglo XX a la oligarquía minera feudal del estaño; y con posterioridad a los partidos políticos tradicionales con fuerte influencia de grupos de poder económico. En ese contexto, el ejercicio del poder constituyente no tuvo una titularidad democrática plena, sino con rasgos autocráticos; de manera que, los procesos constituyentes dieron como resultado un pacto social y político carente de legitimidad y de legalidad.

El hecho de que los procesos constituyentes hubiesen dado lugar a un pacto social y político de exclusión y marginación, dio lugar a que la Constitución perdiera gradualmente su legitimidad y diera lugar a la exigencia de una reforma para adoptar un nuevo pacto social y político de inclusión. Sin embargo, los partidos políticos no atendieron las exigencias y demandas de diversos sectores del pueblo, y las dos reformas que realizaron en este período democrático no lograron sentar las bases suficientes para resolver la crisis social, política y económica que atraviesa el Estado boliviano.

Ello se vio reflejado en los conflictos sociales de febrero y octubre de 2003, en los que se interpeló al modelo económico, al sistema político y la institucionalidad democrática formal;

algo más grave aún, se interpeló al sistema constitucional del Estado expresado en la Constitución.

En los referidos conflictos, que dieron lugar a la determinación de ejercer el poder constituyente reformador, se reflejaron claramente dos elementos esenciales.

El primero, el resurgimiento de los sectores y actores sociales, que casi habían sido anulados mediante el DS 21060 que impuso medidas de estabilización económica; esos sectores y actores sociales demandaron: i) la recuperación de los recursos naturales para el Estado, que habían sido entregados a empresas transnacionales mediante los procesos de privatización y capitalización; ii) la recreación de las empresas estatales, que habían sido disueltas con el proceso de capitalización; iii) el control estatal del sector productivo; iv) la lucha frontal contra la corrupción; v) la integración de los pueblos indígenas originarios al sistema constitucional reconociendo su derecho de autodeterminación; y vi) la redistribución de la tierra y distribución equitativa de la riqueza social.

El segundo, el surgimiento de los movimientos cívicos y sociales departamentales demandando una descentralización política profunda, mediante la adopción de un sistema de autonomías departamentales.

Es en ese contexto que se instaló la Asamblea Constituyente, con la misión de reformar totalmente la Constitución, para adoptar un nuevo pacto social y político de inclusión. Entonces, la Asamblea constituyente tuvo los siguientes retos que encarar:

a) Sentar las bases institucionales para superar la crisis social, política y económica por la vía democrática con una verdadera participación ciudadana; ello obligaba a la Asamblea Constituyente el tener que: i) generar escenarios de debate democrático para enfrentar la crisis en sus verdaderas causas; ii) involucrar a todos los sectores y actores sociales en la búsqueda de la solución a la crisis; y iii) renovar el pacto social, político y económico que se exprese en una Constitución que fije las reglas básicas para la convivencia pacífica y la construcción democrática de la sociedad boliviana, y que garantice la estabilidad social, política y económica.

b) Sentar las bases materiales para la distribución y redistribución equitativa de la riqueza social, reafirmando el dominio originario del Estado sobre el suelo, subsuelo y vuelo, así como los recursos naturales renovables y no renovables.

c) Sentar las bases para la construcción de la unidad nacional respetando la diversidad étnica y cultural, de género y generacional, y regional.

d) Establecer los mecanismos para integrar materialmente a los pueblos indígenas y las comunidades campesinas al sistema constitucional; así como a todos los sectores sociales tradicionalmente marginados y excluidos.

e) Aproximar el Estado al ciudadano, para devolverle la confianza y credibilidad y recuperar el respeto del ciudadano hacia el Estado, distribuyendo territorialmente el ejercicio del poder político.

Finalmente cabe señalar que la Asamblea Constituyente desarrolló su trabajo en un escenario caracterizado por los siguientes elementos fácticos:

- Una profunda polarización entre dos poderes fácticos, claramente diferenciados y enfrentados. De un lado, el poder social, asentado principalmente en el occidente del país, y demandando reivindicaciones sociales antes referidas. De otro, el poder económico, asentado principalmente en el oriente y el sur del país, demandando descentralización política y seguridad jurídica.

- Presiones sociales que exigían la incorporación de sus demandas de reivindicación sectorial; y una peligrosa ausencia de liderazgo con visión nacional.
- Discurso radical peligrosamente racista, orientado hacia una reivindicación de los derechos de determinados sectores sociales en desmedro de otros.
- Una Asamblea extremadamente numerosa en su composición que dificultó la búsqueda del dialogo y el consenso
- Desgaste de energía en un falso debate sobre la naturaleza de la Asamblea Constituyente; lo que al final dio lugar a que trabajara bajo presión del tiempo, lo que a su vez impidió un profundo debate sobre el contenido del proyecto de Constitución.

3.2. ¿Cumple con las condiciones de constitucionalidad, legalidad y legitimidad?

Para determinar de manera objetiva si el proyecto de Constitución cumple con las condiciones de legalidad y legitimidad, es importante recordar que la Asamblea Constituyente, que se instaló el 6 de agosto de 2006, tuvo su base y fundamento jurídico en las normas previstas, de un lado, por el art. 4-I y 232 de la Constitución; y, de otro, la Ley N° 3364 de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, de 6 de marzo de 2006.

En consecuencia, la Asamblea Constituyente, en su instalación, organización y funcionamiento, estuvo regulada, por lo mismo sujeta a las normas previstas por: a) la Constitución, en cuanto concierne a los principios democráticos, los valores supremos, principios fundamentales y los derechos y garantías constitucionales de las personas; b) las normas previstas por la Ley N° 3364 de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, en cuanto se refiere al número de sus miembros, el sistema de elección de los asambleístas, el límite de tiempo de funcionamiento de la Asamblea, la votación requerida para aprobar la Constitución, organización y funcionamiento interno, sistema de ratificación y promulgación de la nueva Constitución; y c) el Reglamento Interno, en lo que concierne a la organización interna y el funcionamiento mismo de la Asamblea Constituyente, la constitución de la Directiva y las Comisiones de trabajo, las deliberaciones y votación de las propuestas, entre otros.

a Ley N° 3364 de Convocatoria fijó una franja de tiempo para el funcionamiento de la Asamblea Constituyente, un mínimo de seis meses y un máximo un año, computable desde su instalación que se realizó el 06 de agosto de 2006.

Debido a diversos factores, entre ellos, la falta de un trabajo pre constituyente y la mala administración política, la Asamblea Constituyente no cumplió con el plazo máximo de funcionamiento, pues no culminó con su trabajo el 06 de agosto de 2007, como estuvo previsto por la Ley N° 3364 de Convocatoria, de 06 de marzo; a partir de ello se cometieron una serie de infracciones de las normas de la Constitución, la Ley de Convocatoria y el Reglamento Interno.

En primer lugar, el Congreso Nacional emitió la Ley N° 3728 de modificación a la Ley de Convocatoria, de 04 de agosto de 2007, introduciendo dos modificaciones; una, referida al plazo de funcionamiento de la Asamblea Constituyente, ampliando hasta el 14 de diciembre de 2007; y, la otra, relacionada con el procedimiento de aprobación de la nueva Constitución, introduciendo la figura del Referéndum dirimidor para los casos de aquellos

artículos de la Constitución que, en la aprobación en detalle, no obtengan la aprobación por dos tercios de votos. Esa Ley contradice la Constitución por las siguientes razones:

a) Por mandato del art. 232 el Congreso Nacional, de manera excepcional tiene como única competencia expedir la Ley especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, aprobada por dos tercios de votos. Con la emisión de dicha Ley concluye su participación en el proceso constituyente; por lo tanto, ya no tiene ninguna competencia con relación a la organización y funcionamiento de la Asamblea Constituyente; por ello no puede modificar ya la Ley de convocatoria. Entonces, el Congreso Nacional ha infringido el art. 232 de la Constitución y ha actuado sin competencia al emitir la Ley N° 3728.

b) Al ampliar el plazo de funcionamiento de la Asamblea Constituyente, se ha prorrogado el mandato de los asambleístas, con lo que se ha desconocido el principio de soberanía popular y la voluntad de los ciudadanos y ciudadanas bolivianos; ya que en julio de 2006 se eligieron a los asambleístas con un mandato específico de un año; ese mandato es improrrogable, como lo son el mandato del Presidente de la República, el mandato de los diputados y senadores; el único que podría definir si prorroga o no dicho mandato sería el titular de la soberanía que es el pueblo, y no el Congreso Nacional; por lo tanto, al expedir la Ley N° 3728 se violó las normas previstas por los arts. 1.I, 2 y 4 de la Constitución.

En segundo lugar, en la etapa de aprobación en grande el proyecto de Constitución, se infringieron las normas previstas por el Reglamento Interno de la Asamblea Constituyente, ya que la Presidenta convocó a la sesión plenaria para el día 24 de noviembre de 2007 sin cumplir con las veinticuatro horas de antelación; además para que se realice en un recinto militar y no en la Sede de Deliberaciones. La sesión se desarrolló con un cerco militar, policial y de fuerzas sociales afines al Movimiento Al Socialismo, los que impidieron el ingreso de asambleístas de la oposición; pero además con una violenta represión de la población de Sucre que reclamaba la inclusión en la agenda el tema de la “capitalía plena” de Sucre; cuyo saldo trágico fueron tres personas muertas y decenas de heridos. La segunda irregularidad cometida en esa fase, fue el irregular desarrollo de la sesión plenaria de la Asamblea, ya que a pesar de existir disenso en las comisiones no se permitió la presentación de los informes por minoría, infringiendo con ello lo previsto por el art. 2.a) de la Ley N° 3728; luego de conocer los informes de comisiones no se procedió a la redacción del texto final del proyecto: por lo tanto, los asambleístas no tuvieron conocimiento del texto final e íntegro del proyecto de Constitución, y la Presidenta de la Asamblea hizo votar el índice y no el texto completo como debió ser.

En tercer lugar, el Congreso Nacional emitió la Ley N° 3792 de 28 de noviembre de 2007, modificando el art. 6 de la Ley N° 3364 de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, que define la sede de funciones y deliberaciones, otorgando facultad a la Presidenta de la Asamblea Constituyente para convocar a sesiones en el lugar que creyere conveniente, es decir, un lugar diferente a la sede señalada en la Ley de Convocatoria. Esa Ley fue expedida sin que el Congreso Nacional tenga competencia para ello, además infringiendo el procedimiento legislativo previsto por los arts. 71 al 81 de la Constitución; con la agravante de un bloqueo de las fuerzas social a los senadores de la oposición en el ingreso a la sala de deliberaciones.

En cuarto lugar, en la etapa de aprobación en detalle del proyecto de Constitución se volvieron a cometer irregularidades e infringir las normas previstas por la Ley N° 3364 de Convocatoria y la Ley N° 3728, y el Reglamento Interno de la Asamblea Constituyente. La Presidenta convocó a sesión plenaria a realizarse el día sábado 08 de diciembre en la ciudad de Oruro, con una antelación de ocho horas y no las veinticuatro horas como estuvo

previsto; la sesión se desarrolló con el cerco de organizaciones sociales que impidieron el ingreso de asambleístas de oposición, y a los que ingresaron los sacaron con agresiones físicas. Instalada la sesión, los asambleístas del oficialismo y de agrupaciones ciudadanas aliadas, procedieron a aprobar el proyecto sin respetar el procedimiento de discutir y aprobar artículo por artículo, lo hicieron por grupos de artículos, sin previo análisis y debate, al grado de haber aprobado en el tiempo record de 12 horas, los 411 artículos, con una modalidad peculiar de levantar y bajar las manos instruida por la Presidenta de la Asamblea.

La serie de infracciones de las normas previstas por la Constitución para regular el procedimiento de reforma de la Constitución, tuvo una segunda etapa, cuyo protagonista principal fue el Congreso Nacional.

En efecto, como consecuencia de la aprobación en detalle del proyecto de Constitución por la Asamblea Constituyente con la sola intervención de los asambleístas del MAS y sus aliados, con exclusión de la oposición; se originó una dura resistencia al proyecto de los sectores sociales nucleados en los movimientos cívicos y las administraciones departamentales, como es el caso de los departamentos de Santa Cruz, Beni, Pando, Tarija, Chuquisaca, algunos sectores sociales de Cochabamba y de La Paz. La resistencia social derivó en graves conflictos que costaron vidas humanas, lo que obligó al gobierno abrir un diálogo con la finalidad de encontrar acuerdos políticos en torno al proceso de cambio, y la aprobación de la Ley de convocatoria al referéndum dirimitivo y referéndum ratificatorio del proyecto de Constitución.

El diálogo tuvo sus entretelones, que dada la finalidad del trabajo no se los describen. Pero más allá de las dificultades que enfrentó el proceso, permitió a las partes concurrentes ponerse de acuerdo sobre la necesidad de introducir ajustes importantes y urgentes al texto del proyecto de Constitución aprobado por la Asamblea Constituyente, ya que presentaba excesos, graves contradicciones, hasta errores que, en su aplicación concreta, pudieron haber generado grandes dificultades. Los actores del diálogo, superando las dificultades arribaron a los esperados acuerdos; el primero, introducir ajustes al texto del proyecto de Constitución; y el segundo, aprobar la Ley de Convocatoria al referéndum dirimitivo sobre el art. 398 del proyecto y al referéndum ratificatorio del proyecto de Constitución.

Entonces, el diálogo tuvo frutos, pero la forma en que los actores decidieron introducir los ajustes no fue razonable, para decir lo menos; ya que optaron por la vía de infringir, una vez más, las normas previstas por la Constitución vigente.

En efecto, los actores del diálogo resolvieron reformar el art. 232 de la constitución vigente, bajo la figura de la interpretación auténtica de la Constitución prevista por el art. 233 de la misma Ley Fundamental.

Según la doctrina del Derecho Constitucional, la interpretación de la Constitución consiste en asignar un significado normativo a un enunciado dispositivo previsto por uno de sus artículos; o dicho desde otra perspectiva, consiste en establecer el sentido y significado claro y preciso de una disposición prevista por la Constitución para aplicarla a un caso concreto; para cuyo efecto se debe establecer las diferentes alternativas de solución que plantea la norma constitucional para determinar cuál es la solución más razonable y acorde con el sistema constitucional.

En el caso que motiva este análisis, el Congreso Nacional no ha establecido el significado normativo del enunciado dispositivo previsto por el art. 232 de la Constitución; al contrario ha añadido dos nuevas normas; la primera, que asigna una potestad constituyente al Congreso Nacional para que introduzca ajustes necesarios al texto del proyecto de

Constitución aprobado por la Asamblea Constituyente; y la segunda, fija los límites a esa labor; por ello, mediante la Ley N° 3941 de 21 de octubre de 2008, se insertan dos párrafos al art. 232 de la Constitución; ello significa reformar parcialmente la Constitución no es interpretar, como se pretende mostrar.

Ahora bien, según las normas previstas por los arts. 230 y 231 de la Constitución vigente, la reforma parcial se realiza en dos períodos constitucionales, en el primero se aprueba la Ley Declaratoria de Necesidad de la Reforma Constitucional, y en el segundo, se aprueba la Ley de Reforma de la Constitución. En el caso que motiva el presente comentario, no se ha cumplido con ese procedimiento; por lo tanto, se ha violado, una vez más, la Constitución vigente.

Luego, aplicando la norma que se insertó como segundo párrafo del art. 232 de la constitución vigente, el Congreso Nacional ha expedido la Ley N° 3942 de 21 de octubre, en cuyo art. 2 prevé que se aprueba e incorpora en el texto del proyecto de Constitución los ajustes efectuados por el H. Congreso Nacional.

De lo descrito se concluye que el proyecto de Constitución no cumple con las condiciones de validez constitucional y legal.

En cuanto a la legitimidad, corresponde señalar que el pacto social y político adoptado y expresado en el proyecto de Constitución, no es la expresión de la voluntad, el resultado de la concurrencia de todos los sectores y actores sociales y políticos representados en la Asamblea Constituyente; por lo tanto no es un pacto de la inclusión, sino de la exclusión. Cabe advertir que el diálogo sostenido entre el Gobierno Nacional con los Prefectos y representantes municipales sobre Autonomías y por la Comisión Especial de Concertación del Congreso Nacional, no expresa la voluntad y decisión de todos los sectores sociales que fueron excluidos del debate constituyente, y aún son objeto de exclusión en el contenido del proyecto de Constitución.

3.3. ¿El sistema constitucional proyectado responde a las demanda de cambio?

Para abordar un análisis del contenido del proyecto de Constitución resulta necesario tomar en cuenta algunas premisas básicas.

En primer lugar, más allá de las objeciones sobre la constitucionalidad, legalidad o legitimidad que pueda formularse, es innegable que el proyecto de Constitución es el resultado de la decisión de los sectores sociales y políticos, que en el presente proceso constituyente son la mayoría; por lo tanto, es el pacto social y político de esa mayoría, aunque con una peligrosa exclusión de importantes sectores sociales, como los asentados en las áreas urbanas, o en los departamentos de Santa Cruz, Beni, Pando, Tarija y Chuquisaca.

En segundo lugar, el proyecto de Constitución expresa las demandas y aspiraciones de importantes sectores sociales que, histórica y tradicionalmente, fueron excluidos y marginados de la organización y diseño del nuevo Estado boliviano, del ejercicio del poder político, del régimen democrático, así como de la estructura económica – financiera, la estructura social y la estructura jurídica del Estado.

En tercer lugar, como toda obra humana tiene virtudes y grandes aciertos, pero también tremendas deficiencias, defectos y contradicciones. Por lo tanto, no resulta razonable que sus autores y partidarios lo presenten como la mejor y perfecta obra jurídico – política, rechazando toda posibilidad de análisis y debate en torno al proyecto. De contrario, tampoco

resulta atendible ni razonable la posición que asumen los sectores sociales y políticos que se oponen al proyecto de Constitución, presentándolo como la peor obra que no merece ningún análisis ni consideración, sino que debe ser descartado en su totalidad. Pues con esas posiciones irreductibles y extremas no se avanza en la construcción de un verdadero pacto social y político de inclusión que es el ideal de todos los bolivianos y bolivianas en torno al presente proceso constituyente.

Entre las virtudes del proyecto de Constitución, no puede dejar de mencionarse que es la primera vez en la historia republicana en que se lo elabora con una participación importante de los sectores y actores sociales y políticos; hecho que algunos analistas han calificado como un “proceso de elaboración desde las bases y no desde las cúpulas o élites de grupos económicos y políticos”; se trata de una construcción social y no esencialmente jurídica como lo hicieron en el pasado. De otro lado, debe mencionarse que el proyecto de Constitución proyecta un Estado con la inclusión de los pueblos indígenas originarios, así como de las comunidades campesinas y las comunidades afrobolivianas al sistema constitucional del Estado, reconociendo su identidad cultural, sus formas de organización social y política, sus usos y tradiciones; con lo que se proyecta superar la histórica exclusión y marginación de la que fueron objeto esos sectores sociales.

Paradójicamente, en las propias virtudes del proyecto de Constitución se pueden identificar graves deficiencias, defectos, excesos, omisiones y contradicciones, mismas que pueden ser caracterizadas como deficiencias de origen, como de fondo o contenido.

En cuanto a las deficiencias de origen, cabe señalar que, si bien es cierto que fue elaborado y aprobado con la participación de los sectores sociales y políticos que en el pasado fueron marginados, no es menos cierto que, en una actitud casi de revancha, se excluyó a importantes sectores sociales y actores políticos del proceso de su elaboración, discusión y aprobación, especialmente los sectores sociales de la clase media asentados en los centros urbanos; los movimientos cívicos de los departamentos del orientes y el sur del país, para citar algunos casos.

Respecto a las deficiencias de fondo o de contenido, el proyecto de Constitución propone un diseño del nuevo Estado y su sistema constitucional con graves deficiencias, errores y defectos que distorsionan el proceso de cambios estructurales por el que habíamos optado los bolivianos y bolivianas, como salida a la crisis social y política. Entre los principales defectos y errores, de manera general, se pueden identificar los siguientes:

En el diseño del nuevo Estado se advierten elementos que, en vez de alentar la construcción de la unidad nacional en la diversidad, crean las condiciones para profundizar las diferencias y las divisiones entre los bolivianos.

Con el propósito de romper definitivamente con el colonialismo y expulsar el neoliberalismo de la estructura económica – financiera, así como de la estructura jurídico – política del Estado; el proyecto incluye también la eliminación de la República, entendida por la doctrina como forma de Estado en que el pueblo ostenta la soberanía y este delega el poder de gobierno en sus representantes electos; aquel en el que el gobierno descansa en la voluntad del pueblo y no de una persona, como es el Rey en la Monarquía. Si bien es cierto, que con los ajustes introducidos por el Congreso Nacional, en el artículo 11, al caracterizar el régimen del gobierno para el nuevo Estado, se hace referencia a la República de Bolivia, no es menos cierto que en el Preámbulo, que se constituye en la parte axiológica de la Constitución, se proclama que se deja en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal, lo que denota la manifestación de la voluntad de eliminar la República; esa manifestación no ha sido cambiada por el Congreso Nacional, como que, al margen de la

disposición citada, en todo el contenido de la Constitución se manifiesta y concretiza esa voluntad de eliminar la República.

De otro lado, en la pretensión de integrar materialmente a los pueblos indígenas originarios el proyecto de Constitución adopta como un nuevo modelo el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario; lo que significa que el nuevo Estado se organiza política, social y jurídicamente sobre la base de la unión de varias naciones y pueblos indígenas originario campesinos bajo una misma Constitución y Gobierno estatal, pero con el reconocimiento a esas naciones de su territorio propio, su régimen económico, su idioma, su sistema jurídico y el derecho de autogobernarse, con competencias administrativas, económicas y culturales. A ese efecto, de un lado, integra a las comunidades campesinas a las naciones indígenas originarias, catalogándolas a las primeras, como originarias cuando en los hechos no lo son; y de otro, introduce factores de ponderación positiva que en su aplicación darán lugar a tratos discriminatorios a los otros colectivos sociales. El concepto político de nación, con lleva el derecho al territorio que tiene cada nación, a ese efecto deberán realizarse las respectivas delimitaciones territoriales, lo que en la práctica provocará graves conflictos de orden social y político entre las diferentes naciones indígena originaria campesinas; debido a que existen colectivos humanos que pertenecen a una determinación nación pero se encuentran en un territorio enclavado en el territorio de otra nación.

En la definición de la estructura social de la nación boliviana, aún con los ajustes introducidos por le Congreso Nacional, el proyecto de Constitución divide a los bolivianos y bolivianas en dos colectivos sociales; el primero, conformado por los que pertenecen a las áreas urbanas; y el segundo, conformado por los que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos; ello con un fuerte sesgo racista creando las condiciones para que en la aplicación de la nueva Constitución se desarrollen paralelamente dos Bolivias.

Al efecto, el proyecto de Constitución introduce factores de ponderación positiva a favor del colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, provocando contradicciones entre sus propias normas; así, por ejemplo, entre lo previsto por el art. 14.II que prohíbe toda forma de discriminación y lo previsto por los arts. 30.17), 349.I, 353, 374.II, 395, que otorgan tratos preferenciales y, en su caso, exclusivos a ese colectivo en el uso y goce de determinados recursos naturales.

En la configuración de los órganos del poder constituido; que en vez de superar el régimen presidencialista, que conlleva la concentración del ejercicio del poder político en el Presidente del Estado, que es a la vez Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Jefe del Partido Político, alianza o coalición gubernamental, el proyecto refuerza ese régimen y la concentración del poder, con grave riesgo de afectación al principio de separación de funciones; adicionalmente introduce la reelección del Presidente y Vicepresidente del estado, por una sola vez. Con relación al órgano Legislativo, no introduce las reformas esperadas, pues incrementa el número de miembros, de 157 a 166; no diferencia las potestades, funciones y atribuciones de las Cámaras; contiene graves contradicciones respecto a la conformación de las circunscripciones especiales indígena originario campesinas. Introduce modificaciones a la configuración del órgano Judicial que no contribuyen a superar las deficiencias del sistema judicial sino a agravarlos; como el hecho de introducir la elección por voto popular de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Agroambiental; eliminar el control de legalidad; no definir el régimen de responsabilidad de los servidores públicos.

Con relación al Tribunal Constitucional que cumple la labor de defender a la Constitución y proteger los derechos humanos, el proyecto de Constitución, si bien lo mantiene, pero introduce importantes cambios que en su aplicación concreta puede neutralizarlo, dando lugar a que formalmente exista pero materialmente no cumpla con la misión asignada. Se introduce la elección por voto popular y con sufragio universal de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, lo cual eliminará la independencia de los magistrados, sometidos a la voluntad política de sectores sociales o de los grupos que los elijan. También se modifica sus atribuciones y competencias, asignándole labores adicionales, como la de conocer y resolver la acción de cumplimiento y acción popular, las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto, los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental; ello sumado a la legitimación activa popular para el trámite del recurso de inconstitucionalidad, generará una sobrecarga procesal que pueda reproducir el mal crónico de la retardación de justicia, provocando la pérdida de credibilidad y confianza ciudadana sobre el Tribunal Constitucional, al grado de neutralizarlo.

Además de lo referido existen contradicciones, imprevisiones y excesos, en materia de derechos fundamentales, en torno al régimen económico financiero; respecto a la distribución territorial del ejercicio del poder político a través del régimen autonómico.

De lo anterior se puede inferir que la proyectada Constitución no cumplirá con los fines esenciales de limitar el ejercicio del poder político, y de garantizar la estabilidad social, política y económica, menos la convivencia pacífica y construcción democrática de la sociedad.

4. El proyecto de Constitución con relación a la persona

El proyecto de Constitución, como no podía ser de otra forma, más allá de la pretensión de sustituir lo individual por lo colectivo y comunitario, toma como el elemento esencial y básico de la configuración del Estado a la persona humana; pues en las normas axiológicas, las dogmáticas y las orgánicas que consigna está presente la persona humana.

Sin embargo, cabe advertir que, si bien toma como elemento básico del Estado a la persona humana, el proyecto de Constitución privilegia lo comunitario frente a la persona, lo cual se ve reflejado en sus diferentes normas en las que muchas de ellas introducen factores de subordinación de la persona humana al nivel comunitario.

El proyecto de Constitución presenta algunas deficiencias, omisiones y contradicciones en el tratamiento de la persona humana, que podrían identificarse y examinarse en diferentes niveles y ámbitos; en el presente trabajo abordamos lo referido a los derechos fundamentales.

4.1. La persona y los derechos fundamentales

No cabe duda alguna que, entre los aspectos positivos del proyecto de Constitución se tiene el gran avance en la positivación de los derechos humanos consagrándolos como derechos fundamentales; de manera que, superando el catálogo resumido que contiene la Constitución vigente, presenta un desarrollo extraordinario de los derechos fundamentales, consagrando, de un lado, los derechos económicos, sociales y culturales, y de otro, los derechos colectivos o de los pueblos; y ampliando el catálogo de los derechos civiles y políticos; además de ello, el proyecto no se detiene en la mera consagración declarativa de

los derechos, sino establece, aunque de manera poco ordenada y sistemática, garantías constitucionales para el goce pleno y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, imponiendo obligaciones negativas y algunas obligaciones positivas al Estado.

Tal es la importancia que le asigna el proyecto de Constitución a los derechos fundamentales, que son 124 los artículos en los que se prevén normas que consagran derechos o constituyen obligaciones negativas o positivas para el Estado, a objeto de garantizar su pleno goce y ejercicio efectivo, y en su caso establecen garantías para su materialización, resguardo o protección.

Pero resulta que, precisamente en esa virtud de encarar el tema de los derechos fundamentales de manera amplia y detallada, el proyecto de Constitución presenta un conjunto de aspectos negativos; desde el hecho de incurrir en errores conceptuales, o consignar normas excesivamente desarrolladas invadiendo al ámbito legislativo, hasta el grado de presentar contradicciones e innecesarios excesos, que desnaturalizan los derechos fundamentales.

No cabe duda alguna que el proyecto de Constitución debe y tiene que ser entendido, tomando en cuenta el contexto social, político, económico y cultural en el que, de un lado el pueblo boliviano ha resuelto ejercer el poder constituyente reformador; y de otro, en el que se ha elaborado. Un contexto caracterizado por una crisis estructural del Estado en el orden social, debido a la exclusión y la marginación de importantes sectores sociales, y la sistemática vulneración de los derechos fundamentales; en el orden económico, por la desigual e inequitativa distribución de la riqueza social, la concentración de la riqueza en pocas manos; la privatización y capitalización de empresas públicas y la concesión de recursos naturales a empresas privadas para su explotación; y en el orden político, por la pérdida de legitimidad, representatividad y credibilidad de los representantes y mandatarios, la crisis de los partidos políticos tradicionales debido a sus prácticas políticas clientelares y prebendales, elevados índices de corrupción en el manejo del Estado; y en el orden cultural, debido a los procesos de aculturación y transculturación.

En el contexto referido, el Constituyente ha elaborado y aprobado un proyecto de Constitución proclamando principios, consagrando derechos y consignando normas, con el propósito de enfrentar la crisis de manera directa e inmediata. Empero, en ese propósito, que puede ser comprendido, ha incurrido en excesos y contradicciones que debieron corregirse antes de ratificar mediante referéndum popular la Constitución y, en su caso, superarlos en la fase de implementación de la Constitución, los que sean posibles de solución, o en una futura reforma constitucional, aquellas partes que no puedan superarse por la vía legislativa.

4.1.1. Una introducción necesaria a los derechos fundamentales

En la doctrina del Derecho Constitucional se define a los derechos fundamentales como los derechos humanos positivados por la Constitución, como una fuente de garantía para su resguardo y protección por el Estado.

El profesor Luigi Ferrajoli⁶, sostiene que son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.

⁶ Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid – España. Ed. Trotta. 2001. Pág. 19.

De manera general, se puede señalar que los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran consagrados -directa o indirectamente- en la Constitución como las potestades, facultades o capacidades que tienen las personas para hacer o dejar de hacer algo inherente a su personalidad, pedir la atención y satisfacción de las necesidades o representar e impugnar las decisiones estatales que afectan a sus intereses.

Los derechos fundamentales tienen una doble naturaleza jurídica. De un lado, son derechos subjetivos, que constituyen una potestad o facultad subjetiva de la persona frente al poder público para exigir el respeto y resguardo, así como las garantías procesales necesarias; por lo tanto, generan obligaciones negativas para el Estado. De otro, son también principios objetivos del orden constitucional, toda vez que poseen una significación objetiva que se materializa en directrices constitucionales y mandatos a los poderes públicos; por lo tanto, generan obligaciones positivas para el Estado.

Por ello los derechos fundamentales se han constituido en un instrumento de control al ejercicio del poder y una exigencia central, a quien lo ejerce, la legitimidad de su ejercicio, y la existencia de la democracia, la cual permite la libre expresión de los ciudadanos constituidos como mayorías y minorías.

En consecuencia, los derechos fundamentales tienen un doble objetivo; establecer los límites de acción de los poderes del Estado para evitar abusos y proteger la integridad de la persona humana; y definir las áreas en que la intervención del Estado es prioritaria y obligatoria, con el fin de garantizar el desarrollo integral de los individuos y los pueblos.

Los derechos de la persona son universales, indivisibles, imprescriptibles, inalienables, inderogables e iguales; por lo tanto no admiten jerarquías ni categorías. Por ello, la doctrina del Derecho Constitucional de los derechos Humanos, recomienda que los derechos fundamentales deben ser objeto de un tratamiento integral, partiendo del valor supremo de la dignidad humana, debe fundarse en el ser humano, lo que implica el resguardo de la dimensión individual o particular, complementado por la dimensión social, como de la dimensión colectiva y el entorno territorial y cultural del ser humano; lo que implica que no puede sacrificarse una dimensión en aras de la otra, salvo en casos concretos y particulares en los que se presenten situaciones de conflictos o antinomias entre dos derechos fundamentales, casos que deberán ser resueltos por la autoridad jurisdiccional respectiva aplicando los principios de ponderación de bienes, de proporcionalidad y de razonabilidad.

4.1.2. Incurre en errores conceptuales e innecesarios excesos

En la pretensión de destacar un grupo de derechos indispensables para preservar la dignidad humana, el proyecto de Constitución aprobado por la Asamblea Constituyente incurrió en graves errores conceptuales, como la de crear un grupo de derechos denominados “fundamentalísimos”, entre los que se consagraban los siguientes derechos: a la vida; a la integridad física, psicológica y sexual; al agua y alimentación; a la educación; a la salud; al hábitad y vivienda; y el acceso a los servicios básicos.

El error fue corregido por el Congreso Nacional, en el marco de los acuerdos logrados mediante el “diálogo”; de manera que en la versión final del proyecto de Constitución que será sometido al referéndum revocatorio, los derechos que fueron consagrados como “fundamentalísimos”, encabezan el catálogo de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la corrección introducida no ha superado los errores conceptuales con los cuales se ha manejado el tema; toda vez que con la corrección ha surgido un nuevo problema y es que solamente los derechos consagrados en el Capítulo Segundo, del Título II, arts. 15 al 20, del proyecto de Constitución son catalogados como derechos fundamentales, el resto de los derechos consagrados en los siguientes capítulos son catalogados como derechos constitucionales y no fundamentales, tal es el caso de los derechos consagrados en el Capítulo Tercero, los derechos civiles y políticos; en el Capítulo Cuarto, los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; en el Capítulo Quinto, los derechos económicos y sociales; el Capítulo Sexto, la educación, interculturalidad y derechos culturales; y el Capítulo Séptimo, la Comunicación social.

Lo referido significa que, los derechos a la vida; a la integridad física, psicológica y sexual; al agua y alimentación; a la educación; a la salud; al habitat y vivienda; y el acceso a los servicios básicos; son catalogados expresamente como derechos fundamentales, los demás derechos, al no estar incluidos en el Capítulo respectivo de los Derechos Fundamentales sino en los otros capítulos, implícitamente son catalogados como derechos constitucionales. Lo razonable era que en el identificador de cada Capítulo consignar la catalogación de los derechos que se consagran como fundamentales; así, por ejemplo, en el Capítulo Tercero debió consignarse como identificador “Derechos Fundamentales Civiles y Políticos”; en el Capítulo Cuarto “Derechos Fundamentales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”.

El error anotado, dará lugar a que en la aplicación de la Constitución se incurra en excesos de categorizar los derechos de las personas, en derechos fundamentales y los derechos constitucionales, que no son fundamentales; y a partir de ello se produzcan actos o determinaciones discriminatorias; lo más grave del caso es que podrían traducirse en decisiones administrativas o en decisiones judiciales.

De otro lado, el proyecto de Constitución incurre en excesos en cuanto se refiere al tratamiento de algunos derechos fundamentales; entre los que se pueden referir los siguientes:

a) El derecho a un habitat y vivienda, está consagrado por el art. 19.I del proyecto de Constitución en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a un hábitat y vivienda adecuada, que dignifiquen la vida familiar y comunitaria”. La norma constitucional glosada consagra dos derechos. El primero, el derecho a un habitat, entendido como la potestad que tiene una persona de contar con un conjunto local de condiciones geofísicas en las que pueda desarrollar su vida en el marco de resguardo de su dignidad humana, en condiciones de normalidad y en un equilibrio con el ecosistema; se trata de un derecho vinculado al medioambiente y la biodiversidad. El segundo, el derecho a la vivienda, entendido como la capacidad y potestad de acceder y contar con una habitación o morada donde la persona pueda desarrollar, junto a su familia, su vida cotidiana. Resulta altamente positivo que se consagren ambos derechos; el primero, frente a la constante y permanente degradación del medio ambiente y la biodiversidad que amenaza gravemente el habitat de la humanidad; y el segundo, frente a una crisis de vivienda que, debido a la desigual distribución de la riqueza social, genera elevados índices de personas que no cuentan con una vivienda.

El exceso de la norma constitucional se genera en una disimulada limitación del derecho en cuanto a su alcance, cuando señala el derecho a “un habitat y vivienda”, el término “un” puede ser interpretado como una limitación, si se toma en cuenta la intención del

Constituyente y el sustento ideológico con el que se aprobó el proyecto de Constitución, que como bien es conocido persigue una distribución equitativa de la riqueza social y una igualdad entre las personas; cuando menos está presente la posibilidad que en el momento de la aplicación de la Constitución se interprete la norma constitucional en ese sentido, si se toma en cuenta que por disposición del art. 197.II del proyecto de Constitución sus normas serán interpretadas aplicando el método histórico, que significa la voluntad del Constituyente, y el método literal, que significa el tenor literal de la norma interpretada. Entonces, la forma en que se consagra el derecho a la vivienda constituye un exceso, pues ello podría dar lugar a que en el proceso de aplicación de la nueva Constitución, se restrinja el ejercicio del derecho a la propiedad privada, en relación a la vivienda o los bienes inmuebles, expropiando todo bien excedente al básico de una vivienda; expidiendo para el efecto una Ley de Vivienda en la que se impongan una serie de limitaciones al ejercicio del derecho.

b) El proyecto de Constitución, en su art. 56, consagra el derecho a la propiedad privada, en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social”; la norma glosada reproduce la norma prevista por el art. 7.i) de la Constitución vigente, con lo que reitera el exceso que ya lo tenía la norma constitucional al imponer a la generalidad de bienes el cumplimiento de una función social, como condición a su ejercicio.

Es importante tener presente que el derecho a la propiedad privada comprende a todos los bienes susceptibles de apropiación por la persona, exceptuando los bienes públicos; lo que significa que incluye los bienes materiales, que pueden ser los inmuebles (lotes de terrenos, terrenos agrícolas, casas o departamentos) o los bienes muebles (vehículos, maquinaria, herramientas de trabajo, equipamiento, etc.), y los bienes inmateriales, como los títulos valores, la propiedad intelectual sobre descubrimientos científicos, obras musicales, de teatro, de ópera, obras literarias, etc. Tomando en cuenta lo referido, resulta un exceso imponer de manera general e irrestricta la condición de que cumpla con una función social, para resguardarlo y protegerlo.

La condición del cumplimiento de una función social para el resguardo del derecho a la propiedad privada responde a la concepción del constitucionalismo social que sustituye la concepción romanística y liberal francés; tiene su base en una concepción marcadamente solidaria y funcionalista que, sin desconocerle al titular la facultad de usar, gozar y disponer libremente de los bienes en su provecho, le impone el deber de orientar el ejercicio del derecho por los causas del bien común para que las ventajas que de él fluyan, se extiendan a la comunidad.

En el contexto referido, resulta legítimo exigir que un bien inmueble (lote de terreno, casa o terreno agrícola), para ser resguardado como parte del derecho a la propiedad privada, cumpla una función social; pero no se puede imponer la misma condición a los bienes muebles o los bienes inmateriales, pues muchos de esos bienes cumplen una función específica con relación a su titular y no tiene porqué imponerse la condición de que cumplan la función social para ser reconocidos y resguardados por el Estado.

Esta condición podría ser de mucho riesgo si se toma en cuenta el contenido ideológico del proyecto de Constitución y la intención del Constituyente que lo aprobó; pues podría constituirse en un poderoso factor de restricción del ejercicio del derecho hasta el límite de suprimirlo; ello por las siguientes razones. La primera, según la norma prevista por el art. 57 del proyecto, la expropiación se impone, entre otras causas, cuando la propiedad no cumple una función social, lo que significa que, calificando que una determinada

propiedad privada mueble (vehículo, maquinaria o herramienta de trabajo) no cumple la función social se podrá proceder a la expropiación. La segunda, la falta de definición de los parámetros y factores para determinar si una propiedad privada cumple o no la función social: ello puede estar sujeto a criterios subjetivos o de orden estrictamente ideológico.

El exceso referido podría ser salvado si en el texto se incluye que el cumplimiento de la función social será determinado sobre la base de los parámetros objetivos definidos en la Ley orgánica.

c) Otro exceso que presenta el proyecto de Constitución se ubica en el Capítulo Cuarto del Título II, con relación al tratamiento de las comunidades campesinas en la categoría de los pueblos indígenas; aunque cabe advertir que ese tratamiento es transversal y está presente en todo el contenido del Proyecto de Constitución.

En el art. 30, el proyecto de Constitución consagra los derechos colectivos o de los pueblos, referido a las naciones y pueblos indígena originarios; empero, reproduciendo el error de concepción que se presenta en el art. 2 del proyecto, se incluye en la categoría de pueblos originarios a las comunidades campesinas; lo cual constituye un exceso.

En efecto, el primer párrafo del art. 30, siguiendo lo previsto por el art. 1.b) del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, define lo que es una nación o pueblo indígena en los siguientes términos: “Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”. La definición, con relación a la nación y pueblo indígena originario resulta correcta, pues sigue los lineamientos básicos establecidos por el art. 1.b) del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo; pero no resulta correcta con relación a las comunidades campesinas que son indebidamente incluidas en esa categoría; ya que éstas no tienen una existencia anterior a la invasión colonial; al contrario muchas de ella se han constituido en las últimas décadas del Siglo XX.

Precisamente, partiendo de esa constatación, a los fines de aplicación de la Ley de Participación Popular, en el Decreto Supremo N° 23858, de 9 de septiembre de 1994, art. 1.II se definió la comunidad campesina como “la unidad básica de la organización social del ámbito rural, que está constituida por familias campesinas nucleadas o dispersas que comparten un territorio común, en el que desarrollan sus actividades productivas, económicas, sociales y culturales”.

Si se toma en cuenta que las naciones y los pueblos indígenas originarios, según la definición que subyace del art. 2 del proyecto de Constitución, las comunidades campesinas no pueden ser consideradas ni catalogadas como pueblos originarios; ahora, otra cosa es que como colectividad humana sean titulares de determinados derechos colectivos o de los pueblos, pero no de aquellos que, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se reconocen a los pueblos indígenas originarios. Así, por ejemplo, no puede sostenerse que las comunidades campesinas tienen dominio ancestral sobre sus territorios; pues muchas comunidades campesinas del trópico de Cochabamba, se han formado en la década del '80 del Siglo XX, con bolivianos y bolivianas que migraron de las minas hacia ese sector; entonces esas comunidades no tuvieron ni tienen dominio ancestral sobre sus territorios, las tierras que

ocupan fueron dotadas por el Estado conforme a las normas previstas por la Constitución vigente y la Ley de Reforma Agraria, así como la Ley INRA.

d) Finalmente, cabe señalar que el proyecto de Constitución incurre en un exceso cuando al consagrar los derechos del consumidor, en su art. 76.I, textualmente dispone lo siguiente: “El Estado garantiza el acceso a un sistema de transporte integral en sus diversas modalidades”. Esa norma, en una interpretación histórica y literal o gramatical podría llevar a la conclusión de que será el Estado el único proveedor de los servicios de transporte; de ser esa la intención del Constituyente, podría generar graves conflictos sociales, toda vez que, ante la falta de fuentes de empleo estable y permanente, una considerable cantidad de la población se ha dedicado a proveer y prestar servicios de transporte automotor en los ámbitos urbano, interprovincial e interdepartamental.

Este exceso pudo haber sido superado con una leve modificación del texto de la disposición constitucional; sin embargo no se ha corregido como parte de las modificaciones introducidas por el Congreso Nacional al texto aprobado por la Asamblea Constituyente.

4.1.3. Las contradicciones del proyecto de Constitución sobre los derechos fundamentales

Al margen de los errores y excesos referidos precedentemente, el proyecto de Constitución presenta algunas contradicciones que en la práctica se constituirán en graves limitaciones del ejercicio de los derechos fundamentales que, como un gran acierto, se los consagra. Contradicción que no fueron corregidas por el Congreso Nacional que, como ya se tiene referido, ha introducido más de cien “ajustes” al proyecto aprobado por la Asamblea Constituyente.

a) Una primera contradicción se presenta entre la prohibición de toda forma de discriminación y la configuración del ejercicio del derecho político de acceder a la función pública. En efecto, la norma prevista por el art. 14.II del proyecto de Constitución prevé que el Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de raza, cultura, nacionalidad, idioma; sin embargo, contradiciendo esa norma dogmática, la norma orgánica prevista por el art. 235.7) del proyecto, exige como requisito para desempeñar la función pública el hablar al menos dos idiomas oficiales del país, de los que expresamente están enumerados por el art. 5.I del proyecto.

Si se toma en cuenta que aproximadamente el 65% de los bolivianos y bolivianas no hablan al menos dos idiomas oficiales reconocidos por el art. 5.I del proyecto de Constitución, ello debido a que la educación, hasta la puesta en vigencia de la Ley N° 1565 de Reforma Educativa, fue monolingüe impartida en castellano; entonces, el requisito impuesto por el art. 235.7) del proyecto de Constitución constituye una discriminación por razón de idioma a ese sector poblacional que no podrá acceder a la función pública por no hablar al menos dos idiomas.

Cabe advertir que la Disposición Transitoria Décima del texto del proyecto ajustado por el Congreso Nacional prevé lo siguiente: “El requisito de hablar al menos dos idiomas oficiales para el desempeño de funciones públicas determinado en el Artículo 235.7 será de aplicación progresiva de acuerdo a Ley”⁷. Si bien esa disposición transitoria aminora

⁷ El texto del proyecto presenta un error material, ya que el art. 235 del texto final del Proyecto solamente consigna cinco numerales y prevé normas que definen las obligaciones de los servidores públicos; es el artículo 234 el que define los requisitos que deben ser

el efecto que podría producir la norma constitucional con una aplicación inmediata, no supera el espíritu discriminatorio de la norma prevista por el art. 234.7) del proyecto de Constitución.

b) Una segunda grave contradicción que presenta el proyecto de Constitución está relacionada con la prestación de los servicios de salud y el ejercicio del derecho a la huelga. En efecto, el art. 38.II del proyecto de Constitución prevé que “Los servicios de salud serán prestados de forma ininterrumpida”; conforme a la norma glosada no pueden suspenderse las labores y actividades cotidianas en el sector de salud por razón ni motivo alguno. Empero, el art. 53 del proyecto de Constitución, como parte de los derechos sociales, consagra el derecho a la huelga como el ejercicio de la facultad legal de las trabajadoras y los trabajadores de suspender labores para la defensa de sus derechos, de acuerdo con la ley; adviértase que no prevé excepción alguna como lo hacen otras constituciones en la legislación comparada; así, por ejemplo, la Constitución colombiana de 1991, que establece la excepción al ejercicio del derecho a la huelga los servicios públicos esenciales definidos por Ley.

No existiendo la excepción al ejercicio del derecho a la huelga en el sector de los servicios de salud, se presenta una grave contradicción; ya que los trabajadores del sector de salud tendrán el derecho a la huelga, pero por mandato del art. 38.II del proyecto los servicios de salud deben ser prestados de manera ininterrumpida; ante esa contradicción surge la pregunta obligada ¿cómo se cumplirá con ese mandato si los trabajadores de salud deciden suspender labores en ejercicio de su derecho a la huelga?.

c) Otra contradicción que presenta el proyecto de Constitución está referida al ejercicio del derecho político de participar libremente en la formación de los órganos del poder constituido, ejerciendo el derecho de sufragio; toda vez que en las normas previstas por los arts. 278.I y 284.II del proyecto de Constitución, implícitamente se reconoce el derecho al doble voto o derecho a sufragar dos veces a los ciudadanos y ciudadanas miembros de los pueblos indígena originario campesinos, con lo que, en contradicción de lo previsto por el art. 14.II del proyecto, que prohíbe la discriminación por razón de raza y origen, se discriminará a los ciudadanos y ciudadanas pertenecientes a las áreas urbanas.

En efecto, las disposiciones constitucionales citadas, disponen que la Asamblea Departamental, en los departamentos autónomos, y el Concejo Municipal, en los municipios donde existan naciones y pueblos indígena originario campesinos que no constituyen una autonomía indígena originario campesina, estarán compuestos por asambleístas departamentales, y concejales municipales elegidos por votación universal, directa, libre, secreta y obligatoria; y por los elegidos por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo a sus propias normas y procedimientos. Con relación a la participación de los ciudadanos y ciudadanas de los pueblos indígena originario campesinos en la elección de los representantes mencionados no define si solamente lo harán en la jurisdicción de su unidad territorial, a *contrario sensu*, se puede inferir que participarán en la elección por votación universal y también en la elección realizada dentro de su unidad territorial, lo que significará en la práctica el derecho a un doble voto; en cambio de los ciudadanos y ciudadanas de las áreas urbanas solamente

tendrán derecho a un voto, lo que significa una discriminación de éstos por razón de raza y origen.

d) Una enorme contradicción del proyecto de Constitución es que, entre tanto prevé una norma que prohíbe enfáticamente toda forma de discriminación fundada en razón de origen y raza, de manera contradictoria otorga un trato discriminatorio a los bolivianos y bolivianas de las áreas urbanas en el aprovechamiento de los recursos naturales renovables, con relación a los miembros de los pueblos indígena originario campesinos.

En efecto, en el Capítulo Cuarto del Título II, el art. 30.II.17) del proyecto de Constitución prevé lo siguiente: “En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: 17) A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento **exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio**” (las negrillas son del autor); en concordancia con la norma glosada el art. 388 del proyecto prevé lo siguiente: “Las comunidades indígena originario campesinas situadas dentro de áreas forestales serán titulares del derecho exclusivo de su aprovechamiento y de su gestión, de acuerdo con la ley”; el art. 374.II del proyecto dispone que “El Estado reconocerá, respetará y protegerá los usos y costumbres de las comunidades, de sus autoridades locales y de las organizaciones indígena originaria campesinas sobre el derecho, el manejo y la gestión sustentable del agua”; el art. 395 del proyecto dispone que “Las tierras fiscales serán dotadas a indígena originario campesinos, comunidades interculturales originarias, afrobolivianos y comunidades campesinas que no las posean o las posean insuficientemente”; finalmente, el art. 353 dispone textualmente lo siguiente: “El pueblo boliviano tendrá acceso equitativo a los beneficios provenientes del aprovechamiento de todos los recursos naturales. **Se asignará una participación prioritaria a los territorios donde se encuentren estos recursos, y a las naciones y pueblos indígena originario campesinos**” (las negrillas son del autor).

Como se podrá advertir las normas glosadas establecen un trato preferencial a los pueblos indígena originario campesinos y, en última instancia, a las personas que forman parte de esas colectividades humanas, en la medida en que les reconoce el derecho de uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos renovables que se encuentran en el territorio que ocupan; ello en franca contradicción con lo previsto por el art. 349.I del mismo proyecto, por cuyo mandato “I. Los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, y corresponderá al Estado su administración en función del interés colectivo”; pues entre tanto esta norma define la propiedad y dominio directo del pueblo boliviano sobre los recursos naturales, aquellas normas determinan el uso exclusivo de los recursos renovables a favor de los bolivianos y bolivianas que pertenecen a los pueblos indígena originario campesinos; lo que significa una clasificación de los bolivianos y bolivianas en dos categorías, unos de primer nivel, los que pertenecen a los pueblos indígena originario campesinos, y otros de segundo nivel, los que pertenecen a las áreas urbanas.

Si bien es cierto que las normas constitucionales objeto de análisis tienen su base en los antecedentes históricos de la sistemática exclusión y marginación de los pueblos indígena originarios; y pueden justificarse en el contexto social y político en el que se desarrolla el proceso constituyente, en el que los actores principales son esos pueblos indígena originarios, juntamente con las comunidades campesinas, obreros, mineros y otros sectores sociales, que pretenden reivindicar sus derechos; no es menos cierto que, por la forma en que están configuradas las normas constitucionales, se genera una

enorme contradicción entre lo que el propio proyecto proclama que los recursos naturales (renovables y no renovables) son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano que, según dispone el art. 3 del proyecto, está constituido por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas, de diferentes clases sociales, a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y a las comunidades interculturales y afrobolivianas.

Pero algo más grave aún que la contradicción, los excesos en el trato preferencial a los pueblos indígenas originario campesinos resultan siendo discriminatorios con relación a los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas, son de la clase baja y viven en extrema pobreza, en algunos casos hasta en la indigencia y que, al igual que los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones o pueblos indígena originario campesinos, no reciben la adecuada atención del Estado, porque no tienen acceso a fuentes laborales, a una vivienda, a los servicios de saneamiento básico, a la seguridad social, a la educación; por lo tanto, merecen también un adecuado trato y una participación prioritaria de los beneficios de la explotación de los recursos naturales.

Es importante señalar que, con relación a los recursos renovables de orden forestal, la Ley N° 1700 Forestal, en su art. 32.II, ya previó la garantía estatal para el aprovechamiento exclusivo de recursos forestales en las tierras comunitarias de origen; empero, las normas constitucionales objeto de análisis, van más allá, amplían ese derecho a todos los recursos renovables, como los recursos hídricos, pisícolas, entre otros.

e) De otro lado, el proyecto de Constitución, a partir de una confusión conceptual, en el Título IV de Garantías Constitucionales consigna normas que imponen la aplicación retroactiva de la Ley en materia penal. En efecto, el art. 123 del proyecto, al proclamar el principio de la irretroactividad de la Ley, establece como excepción a la regla la aplicación retroactiva de la Ley en determinadas materias, entre ellas la de persecución penal y sanción de la corrupción; pues textualmente dispone lo siguiente: “La ley sólo dispondrá para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; **en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado**; y en el resto de los casos señalados por la Constitución” (la negrilla es del autor).

En primer lugar, si bien tiene su base en uno de los elementos constitutivos de la crisis estructural del Estado que se pretende modificar, como son los elevados índices de corrupción y la falta de eficacia en la sanción de sus autores que genera una sensación de impunidad que repudia la población; la norma glosada, en la pretensión de sentar la bases para una lucha frontal contra la corrupción, contradice el principio universal de la irretroactividad de la Ley sancionadora, por el que a nadie le pueden aplicar una Ley posterior para sancionar una conducta que en el momento de ser asumida no era considerada delito; y también contradice el principio universal de la legalidad penal, por el que ninguna conducta humana puede ser objeto de persecución y sanción si en el momento de ser asumida no existe una ley vigente que la tipifique como delito; finalmente contradice la norma prevista por el art. 116.II del propio proyecto, la que, recogiendo los principios referidos, textualmente dispone que “Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible”.

En segundo lugar, contradice las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es decir, las normas de los tratados, convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos que han sido suscritos y ratificados por el Estado boliviano; las que, en resguardo de los principios de la irretroactividad de la ley penal y la legalidad penal, de manera uniforme prohíben la aplicación retroactiva de una Ley penal o de naturaleza sancionadora. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 11.2) prevé lo siguiente: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 15.1) prevé lo siguiente: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 9.1) dispone lo siguiente: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

La norma prevista por el art. 123 del proyecto de Constitución contradice las normas internacionales glosadas, en la medida en que al establecer como excepción a la regla de la irretroactividad la aplicación retroactiva de la Ley que persiga y reprima la corrupción, está abriendo una doble posibilidad. La primera, que recién se tipifiquen determinadas conductas como delito, sobre la base del criterio unilateral del actual gobierno, por lo que conductas que en el pasado no eran consideradas delitos ahora lo sean, y sobre esa base de inicien investigaciones y procesos judiciales contra ex funcionarios o servidores públicos por delitos de corrupción, de manera que se los pueda juzgar y enviar a la cárcel; ello contradice las normas internacionales referidas y los principios mencionados. La segunda, que una vez entrada en vigencia la Constitución se expida una Ley que fije penas más graves para aquellos delitos considerados de corrupción pública, de manera que a las personas que hubiesen desempeñado funciones públicas en el pasado y contra quienes se hubiesen iniciado acciones penales les apliquen esas penas graves que no estuvieron estipuladas en el momento de cometerse el delito; ello contradice las normas internacionales y los principios referidos.

Es posible afirmar que la norma prevista por el art. 123 del proyecto de Constitución en el fondo tiene una marcada intencionalidad política, la de eliminar la oposición desplegando una persecución penal a partir de la elaboración de una Ley que, sobre la base de los criterios del oficialismo, tipifique conductas que no lo estuvieron en el pasado como delitos de corrupción y agrave las penas, para que aplicando retroactivamente esa Ley se puedan abrir las acciones judiciales para neutralizar o eliminar la acción opositora de líderes nacionales, departamentales o municipales que no sean afines al gobierno.

En definitiva, la norma objeto de análisis vulnera el derecho al debido proceso de las personas, así como el derecho a la seguridad jurídica, y pone en amenaza de restricción el derecho político de participación en la conformación de los órganos del poder constituido y en el ejercicio de la función pública.

f) Partiendo de una confusión conceptual sobre la naturaleza de la Constitución y en un exceso de pretender regular hasta los mínimos detalles de la vida del Estado, el Constituyente ha consignado, en el art. 124 del proyecto de Constitución, normas de

naturaleza penal, tipificando el delito de traición a la patria. En ese contexto, las normas previstas por los numerales 2) y 3) del art. 124 constituyen un exceso que pone en grave amenaza el derecho político de participación en la conformación de los órganos del poder constituido y en la función pública, toda vez que su aplicación puede ser instrumentalizada para reprimir y eliminar la oposición política.

En efecto, el art. 124.I, en los numerales 2) y 3) prevé textualmente lo siguiente: “Comete delito de traición a la patria la boliviana o el boliviano que incurra en los siguientes hechos: 2) Que viole el régimen constitucional de recursos naturales; 3) Que atente contra la unidad del país”. Como se podrá advertir, los elementos constitutivos del delito están sustentados en factores subjetivos que, en la aplicación práctica de la norma, podrían dar lugar a una instrumentalización política, con fines estrictamente políticos para reprimir o eliminar al adversario político.

En efecto, los factores que configura el tipo jurídico del delito de traición a la patria, son abiertos e indeterminados, máxime en el sentido en que son empleados por la norma constitucional; así, en el numeral 2) se determina la violación del régimen constitucional de recursos naturales; ello implicaría a los legisladores, que en el marco de un modelo de desarrollo económico, y un plan de desarrollo nacional, elaboren una Ley que autorice la concesión de explotación de recursos naturales con dominio de los recursos explotados, no de la fuente ni el yacimiento; luego a los servidores públicos que intervengan en las licitaciones, negociaciones, elaboración y suscripción de contratos, todo ello valorado a partir de una diferencia en la concepción del modelo de desarrollo económico; también podría involucrar a aquellas personas que, desconociendo el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos al uso exclusivo de recursos naturales renovables, se ponga a explotar dichos recursos. De otro lado, el numeral 3) incorpora como elemento configurador el atentar contra la unidad del país; la pregunta es ¿a partir de qué elementos concretos y objetivos se determinará esa conducta?; pues bien puede definirse a partir de una visión política unilateral; así, por ejemplo, en la coyuntura actual, el oficialismo podría calificar como acciones que ponen en riesgo la unidad nacional las acciones de los sectores sociales, dirigentes cívicos y autoridades departamentales de los departamentos del oriente que exigen la adopción de un régimen autonómico pleno; en sentido contrario, esos mismos actores podrían calificar de atentar contra la unidad nacional, las acciones del oficialismo y de los sectores sociales afines al MAS, porque con su posición radical podrían provocar la ruptura entre los bolivianos.

4.1.4. Las omisiones, los riesgos y peligros

Si bien es cierto que el proyecto de Constitución tiene grandes virtudes en lo referido a los derechos fundamentales, cuyo catálogo ha ampliado de manera considerable consagrando derechos que no lo estuvieron en la Constitución vigente; no es menos cierto que también presenta deficiencias, entre ellas omisiones, al no haber incluido en el catálogo derechos fundamentales de vital importancia; de otro lado, presenta graves riesgos y peligros para el ejercicio de los derechos fundamentales consagrados.

Entre las omisiones se pueden nombrar muchos; así, entre los derechos civiles no se ha consagrado el derecho a la nacionalidad, el derecho al nombre, el derecho de acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva, el derecho a la objeción de conciencia, derecho a la rectificación de la información, el derecho a la igualdad; entre los derechos políticos no se ha consagrado el derecho de acceder a las funciones públicas, el derecho a participar

en la vida cívica de su comunidad; entre los derechos sociales no se han consagrado los derechos del genoma humano, como el de acceder y gozar de los descubrimientos científicos y tecnológicos del genoma humana, el derecho a no ser discriminado, derecho a no ser objeto de manipulaciones genéticas; los derechos de la mujer; los derechos de los jóvenes; los derechos culturales no han sido consagrados expresamente, pues el proyecto solamente consigna normas que imponen obligaciones positivas para el Estado, a objeto de garantizar el ejercicio de los derechos culturales pero que no están consagrados.

De los derechos omitidos, dos son de vital importancia, el derecho a la nacionalidad; y el derecho de acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva.

a) Derecho a la nacionalidad

De manera general, la nacionalidad se define como el vínculo jurídico y social que une a la persona con el Estado en el cual ha nacido o en medio de la cual vive considerándose su integrante y su partícipe, generando derechos y obligaciones para con ese Estado.

Partiendo del referido concepto, se puede concluir que la nacionalidad debe ser entendida desde un doble punto de vista. Desde el punto de vista sociológico, la nacionalidad es el vínculo social que une solidamente a todos los miembros de una sociedad y el Estado, que la integran por orden natural o que se han agregado a ella por alguna circunstancia artificial, como la adopción. Desde el punto de vista jurídico, la nacionalidad es el vínculo jurídico que liga o une a una persona con el Estado en el que ha nacido o en la cual vive y que ha adoptado como suya.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la jurisprudencia establecida en su sentencia de 30 de mayo de 1999, emitida en el caso Castillo Petruzzi y otros, ha definido en los siguientes términos: *"La nacionalidad puede ser considerada como el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática. Con distintas modalidades, la mayoría de los Estados han establecido la posibilidad de que personas que no tenían originalmente su nacionalidad puedan adquirirla posteriormente, en general, mediante una declaración de voluntad manifestada previo cumplimiento de ciertas condiciones. La nacionalidad, en estos casos, no depende ya del hecho fortuito de haber nacido en un territorio determinado o de nacer de unos progenitores que la tenían, sino de un hecho voluntario que persigue vincular a quien lo exprese con una determinada sociedad política, su cultura, su manera de vivir y su sistema de valores"*.

Dada su naturaleza y la importancia social, jurídica y política, la nacionalidad es reconocida como un derecho humano en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en el constitucionalismo contemporáneo la tendencia en los Estados es también consagrarla como un derecho fundamental.

En el contexto referido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 15, la consagra en los siguientes términos: "1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad". De otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 24.3., la consagra como un derecho humano de los niños de la siguiente forma: "3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad". La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. 19, la consagra así: "Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo

desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela". Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 20, la consagra de la siguiente forma: "1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla".

De lo referido se puede concluir que, en un Estado democrático constitucional de Derecho, la nacionalidad cumple una doble función. De un lado, como una institución jurídico – constitucional, se constituye en un factor de unidad e identificación común entre todos los individuos que han nacido en el territorio del Estado o han decidido pertenecer a él, a pesar de no haber nacido en él. De otro, como una cualidad subjetiva se constituye en un derecho fundamental de la persona, que le permite vincularse con el Estado al que pertenece como al conjunto de personas que son parte del mismo, generándole derechos y obligaciones para con el Estado.

En el primer ámbito, como factor de unidad e identificación común, la nacionalidad desempeña un papel de primera importancia, en la medida en que se constituye en el elemento de vinculación del individuo a la sociedad y el Estado a partir de su identificación con la cultura, la historia, lengua o idioma, usos y costumbres; le genera un sentido de pertenencia a la sociedad y al Estado nacional.

En el segundo ámbito, como derecho fundamental de la persona, la nacionalidad también cumple un papel importante, debido a que genera la capacidad y potestad en la persona para gozar de los demás derechos fundamentales y garantías constitucionales que consagra la Constitución, así como para gozar del reconocimiento de su personalidad jurídica, su identificación y la protección por parte del Estado.

Tan importante es la nacionalidad para una persona, que de carecer de ese vínculo jurídico social con el Estado, se encontraría en una situación anómala que daría lugar a que lo consideren como "apátrida", sin pertenencia alguna a un Estado, por lo tanto carente de derechos y obligaciones, casi muerto en vida; pues no tendría una personalidad jurídica al no existir un Estado que así la reconozca; no tendría una identificación legalmente reconocida, por lo que en el ámbito internacional no podría contar con un pasaporte, lo que le impediría poder movilizarse en la comunidad internacional; no podría ejercer su identidad cultural ni ubicarse en un escenario geográfico; en definitiva no contaría con la protección de un Estado. De manera que una persona sin nacionalidad estaría en una situación tan anómala y extraña, que sería como una cosa sin dueño.

Es en el marco de esa importancia, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando los alcances de la norma prevista por el art. 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su Sentencia de 30 de mayo de 1999, emitida en el caso Castillo Petruzzi y otros, ha establecido la siguiente jurisprudencia: *"El derecho a tener una nacionalidad significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado; y el de protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo"*.

Por lo referido, se puede afirmar que es una grave omisión el que el proyecto de Constitución no lo hubiese consagrado como un derecho fundamental de la persona a la nacionalidad.

a) El derecho de acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva

El derecho de acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva, es la potestad, capacidad o facultad que tiene toda persona para acudir ante la autoridad jurisdiccional competente para demandar que se preserve o restablezca una situación jurídica perturbada o violada que lesiona o desconoce sus derechos e intereses, a objeto de lograr, previo proceso, una decisión judicial que modifique dicha situación jurídica. Es un derecho de prestación que se lo ejerce conforme a los procedimientos jurisdiccionales previstos por el legislador, en los que se establecen los requisitos, condiciones y consecuencias del acceso a la justicia; por lo mismo, tiene como contenido esencial el libre acceso al proceso, el derecho de ser asistido por un abogado, derecho de controvertir, de producir prueba y objetar la del contrario, el derecho al pronunciamiento judicial sobre el fondo de la pretensión planteada en la demanda, el derecho a la ejecución de las sentencias y resoluciones ejecutoriadas, el derecho de acceso a los recursos previstos por ley.

Es un derecho de vital importancia para el resguardo y protección de los demás derechos fundamentales de la persona frente al ejercicio o uso indebido del poder estatal y del poder particular; tiene también importancia para la vigencia plena del Estado de Derecho; por ello está consagrado por el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cabe advertir que, a pesar de la importancia que tiene el derecho de acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva, de manera general es el derecho más vulnerado o restringido de manera ilegal e indebida; pues el formalismo jurídico o el ritualismo procedimental, de un lado, y las limitaciones estructurales del Estado, de otro, hacen que este derecho sea el más afectado. En efecto, de un estudio realizado por una consultora encargada por el órgano judicial, se ha establecido que al año 2005 de 327 municipios sólo 180 cuentan con juzgados, lo que implica que los bolivianos y bolivianas que habitan en los restantes municipios en los que no existen juzgado no tienen acceso a la justicia o tutela judicial efectiva. Sumado a lo anterior, los costos económicos referidos a la contratación de profesionales abogados, de tasas o valores judiciales, y el excesivo formalismo y ritualismo procedimental, hacen que el derecho no sea ejercido efectivamente. De ahí los altos índices de falta de credibilidad y confianza de los bolivianos y bolivianas en el sistema judicial estatal.

Por ello resulta relevante la omisión del Constituyente en no consagrar el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva en el catálogo de los derechos fundamentales.

Con relación a los riesgos y peligros que conlleva la técnica jurídica con la que ha encarado el Constituyente el tema de los derechos fundamentales en el proyecto de Constitución, cabe formular las siguientes consideraciones.

En primer lugar, en los 95 artículos del proyecto de Constitución referidos a los derechos fundamentales, no existe una clara diferenciación entre los que son genuinamente derechos con los que son los principios o directrices constitucionales de la política social, económica y cultural del Estado para garantizar el goce pleno y efectivo ejercicio de los derechos fundamentales prestacionales de orden social. En efecto, en la parte del

catálogo de los derechos fundamentales el proyecto incluye un conjunto de directrices constitucionales de la política social, económica y cultural que deberá asumir el Estado con relación a los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en la sección II del Capítulo Quinto, el art. 48 del proyecto, consigna norma que establecen un conjunto de directrices de la política social del Estado respecto al derecho al trabajo, muchas de ellas irrealizables en un corto plazo, como la obligación que impone al Estado de garantizar la incorporación de las mujeres al trabajo y de los jóvenes al sistema productivo; en el Capítulo Sexto, el proyecto consigna normas que, en materia del derecho a la educación y derechos culturales, establecen principios y obligaciones positivas para el Estado, algunos de ellos irrealizables, como el previsto por el art. 77.I; otras normas definen el contenido ideológico de la educación, como las normas previstas por el art. 78 ; otras que definen los objetivos, como las previstas por el art. 80; finalmente, en la sección III del Capítulo Sexto, el proyecto consigna un conjunto de normas que establecen directrices constitucionales sobre la política cultural, con especial énfasis a la cultura de los pueblos indígena originario campesinos.

En segundo lugar, el proyecto de Constitución ha consagrado derechos fundamentales que en la práctica no son realizables si el Estado no crea y produce las condiciones necesarias; pues la realización material de los derechos económicos, sociales y culturales, así como gran parte de los derechos colectivos o de los pueblos no depende solamente de su consagración normativa en la Constitución, requiere de la adopción de políticas legislativas, administrativas hasta jurisdiccionales para su realización, pero especialmente requiere asignaciones presupuestarias; que es la parte en la que el Estado tuvo y tendrá graves dificultades; se puede proclamar que todos los bolivianos y bolivianas tienen el derecho de trabajar, pero si no hay fuentes laborales por falta de políticas estatales que generen fuentes de empleo, el derecho se hace irrealizable.

No debe olvidarse que los derechos sociales y culturales, al ser derechos prestacionales, requieren de grandes inversiones económica – financieras, que de no ser cumplidas por el Estado, origina el peligro de generar frustraciones colectivas, con una pérdida de legitimidad y de credibilidad hacia la Constitución. De manera que el peligro está en que el proyecto consigna muchas proclamas con un Estado que nominalmente garantiza su ejercicio, pero que en su horizonte no está garantizado el ejercicio efectivo y goce pleno de esos derechos, si se toma en cuenta la realidad económica del Estado.

4.1.5. Las garantías constitucionales

Con relación a las Garantías Constitucionales, el proyecto de Constitución presenta graves errores conceptuales y de sistemática constitucional, así como imprevisiones e imprecisiones.

En primer lugar, el Constituyente incurrió en errores conceptuales respecto a las garantías constitucionales, pues no tuvo presente que las garantías constitucionales son los institutos jurídico – constitucionales que tienen la finalidad de garantizar el ejercicio efectivo y goce pleno de los derechos fundamentales, así como de proteger los derechos fundamentales contra las restricciones o supresiones ilegales e indebidas; por ello existen garantías normativas y garantías jurisdiccionales. Tampoco tuvo claridad respecto a que las garantías normativas son de dos clases; las garantías normativas que imponen al Estado y los particulares obligaciones negativas para no invadir la esfera de la autodeterminación personal, que se constituye en la base de los derechos civiles y políticos; y las garantías normativas que imponen al Estado obligaciones positivas para adoptar políticas de orden legislativo, administrativo y jurisdiccional

a objeto de crear las condiciones necesarias para la realización, el ejercicio efectivo y goce pleno de los derechos económicos, sociales, culturales y derechos colectivos o de los pueblos.

En segundo lugar, debido a los errores conceptuales anotados, el proyecto de Constitución reduce las garantías constitucionales a las jurisdiccionales, no otra cosa significa que el Título IV de la Primera Parte lleva el *nómen juris* de “Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa”; empero, en una reiteración de los errores conceptuales, en el Capítulo Primero del referido Título, con el *nómen juris* de Garantías Jurisdiccionales, consigna disposiciones constitucionales que consagran garantías normativas para garantizar el goce pleno de los derechos del ámbito de autodeterminación de la persona, es decir, los derechos individuales, imponiendo obligaciones negativas; omitiendo imponer obligaciones positivas para garantizar el pleno goce y ejercicio pleno de los derechos económicos, sociales y culturales, así como de los derechos colectivos o de los pueblos.

En el contexto descrito, el proyecto de Constitución consigna normas de naturaleza penal, cuya regulación corresponde al Código Penal. En efecto, el art. 112 establece la imprescriptibilidad de los delitos contra el patrimonio del Estado cometido por los servidores públicos; ello debe estar regulado por el Ley sustantiva penal y no por la Constitución. De otro lado, el art. 124 tipifica el delito de traición a la patria, desnaturalizando la esencia de la Constitución, ya que esa tipificación corresponde al Código Penal.

Debido a un error conceptual, el proyecto de Constitución proclama como garantía constitucional al debido proceso, repitiendo el error de la Constitución vigente, siendo así que en los tratados y convenciones internacionales ya se lo consagra como un derecho humano de las personas; además, el proyecto aborda el tratamiento del debido proceso de una manera desagregada en cuanto a sus elementos constitutivos, cuando lo correcto era consagrarlo como un derecho fundamental, en un solo artículo, describiendo su contenido esencial, y las garantías mínimas para el ámbito penal. El proyecto de Constitución proclama el derecho al debido proceso y sus elementos o contenido esencial de manera desagregada en los arts. 116.I, 117, 119 al 121; ello constituye un error, ya que en la aflicción de la Constitución conduce a errores.

De otro lado, en lo que concierne a las garantías jurisdiccionales, que son aquellos remedios jurídicos para restituir o restablecer los derechos fundamentales vulnerados, restringidos o suprimidos de manera ilegal o indebida, el proyecto de Constitución cambia innecesariamente la denominación de las acciones tutelares como el Hábeas Corpus, por Acción de Libertad, y el Hábeas Data por la Acción de Protección de Privacidad, lo que podría generar un efecto negativo de desorientación en los ciudadanos y ciudadanas que ya conocen a las acciones tutelares por los nombres originales.

Finalmente, si bien resulta importante la creación de nuevas acciones tutelares como la Acción de Cumplimiento y la Acción Popular, resulta que ese avance se ve afectado por el establecimiento de la legitimación activa popular para el recurso de inconstitucionalidad; lo que en la práctica significa que cualquier persona puede plantear el recurso para impugnar leyes, decretos o resoluciones no judiciales, ello generará una sobrecarga procesal, provocando la retardación de justicia que neutraliza la sustanciación de las acciones tutelares del amparo constitucional, el hábeas corpus o hábeas data. Esta afirmación tiene su sustento en datos fácticos, entre los que se pueden mencionar dos; en primer lugar, los datos estadísticos registrados por el Tribunal Constitucional que demuestran que en ocho años de ejercicio jurisdiccional el índice de crecimiento de los procesos constitucionales ingresados a ese órgano fue del orden del 20% anual, lo que implica que en cinco años se duplican el número de causas ingresadas, cuando existe restricción en la legitimación activa para recursos de inconstitucionalidad, y solamente se tramitaban dos acciones tutelares, el hábeas corpus y el

amparo constitucional, si se incorporan dos nuevas acciones tutelares como son la acción de cumplimiento y la acción popular, de un lado, y se concede legitimación activa popular, de otro, es posible concluir que el número de causas se incrementarán considerablemente provocando una retardación de justicia; en segundo lugar, la posición obstruccionista que asumen personas que circunstancialmente estén en oposición no estén de acuerdo con una política de gobierno aprobada por Ley, Decreto o Resolución no judicial; esas personas impugnarán las disposiciones legales mediante el recurso de inconstitucionalidad; entonces resulta razonable deducir que se generará un incremento en el número de recursos de inconstitucionalidad.

5. El proyecto de Constitución y el colectivo social

Una segunda perspectiva para efectuar el análisis del proyecto de Constitución es la referida al colectivo social como el elemento constitutivo del nuevo Estado que se pretende construir.

Cabe aclarar que, a los fines del presente trabajo, la alocución de colectivo social está referida a la población que pertenece al Estado boliviano; pertenencia que, conforme a lo referido en la primera parte de este estudio, puede ser natural por derecho de suelo o derecho de sangre; o derivada por naturalización.

La finalidad que se persigue en esta parte del trabajo es realizar un estudio y análisis de las normas proyectadas, para determinar cuál es el tratamiento que hace el proyecto de Constitución de la estructura social del nuevo Estado; verificar si lo proyectado responde a la necesidad histórica de construir la unidad nacional respetando la diversidad; si sienta las bases para una convivencia pacífica entre los bolivianos y bolivianas bajo los principios del pluralismo, la complementariedad, la reciprocidad y el respeto recíproco entre los diversos.

Para cumplir con la finalidad perseguida, se parte de un marco conceptual de la organización social del Estado; para luego hacer una referencia necesaria al contexto social, político y económico en el que se resolvió ejercer el proceso constituyente y en el que se desarrolló la Asamblea Constituyente, ello partiendo desde una revisión histórica del constitucionalismo boliviano, para concluir con un análisis de la definición y articulación de estructura social del Estado en el proyecto de Constitución. Sobre esa base se aborda el estudio y análisis del tratamiento que propone con relación a los colectivos sociales, organizados en dos elementos, en cuanto a su participación en el Estado, concretamente en el ejercicio del poder político, y en cuanto a la conformación de los órganos del poder constituido, ordenando el análisis, por razones pedagógicas, sobre la base de los escenarios de participación del colectivo social que incluye básicamente los siguientes: i) la representación política o, lo que también se podría denominar, los sistemas de mediación entre la sociedad civil y el Estado; ii) la participación y el control social; iii) la conformación de los órganos del poder constituido, como la Asamblea Legislativa Plurinacional, los gobiernos autónomos, y los Tribunales Electorales; iv) la organización del sistema judicial; v) la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional; y vi) la estructura económica – financiera del Estado.

5.1. La estructura social del Estado

Tomando en cuenta que la Constitución, desde la perspectiva jurídica, consigna normas que regulan el sistema constitucional, entendido como el modo y forma en que se organiza y estructura el Estado, queda claro que uno de los elementos básicos de la organización estatal es su estructura social.

Siendo la Constitución la norma fundamental del Estado, resulta de vital importancia que la misma defina cuál es el colectivo social que integra el Estado, cómo y bajo qué criterios se organiza ese colectivo social; qué derechos, deberes y obligaciones tiene reconocidos y constituidos ese colectivo social con relación al Estado.

En ese contexto, la calidad de un buen diseño constitucional se evalúa, entre otros factores, a partir de la definición de su estructura social. De ahí la importancia de abordar el estudio y análisis del proyecto de Constitución desde la perspectiva del colectivo social, para determinar cómo ha configurado la estructura social del nuevo Estado que propone.

5.1.1. Una necesaria introducción

Uno de los errores en los que incurrieron reiteradamente los líderes nacionales que fueron protagonistas en la creación del Estado y las reformas constitucionales, fue la pretensión de construir una sociedad homogénea, cuando esencialmente fue y es heterogénea. Ello dio lugar a la exclusión y marginación de los pueblos indígenas originarios, no sólo de la estructura social del Estado, sino del sistema constitucional en sí, lo que dio lugar a una lucha constante de los pueblos indígenas originarios exigiendo su integración al Estado boliviano, reconociendo su identidad cultural, sus derechos, usos y costumbres.

En efecto, el Constituyente que dio nacimiento al Estado boliviano en 1825 excluyó a los pueblos indígenas originarios que formaban parte del Alto Perú del sistema constitucional adoptado para el nuevo Estado, por lo mismo, de su estructura social, económica y política. En las normas previstas por los arts. 1, 2 y 7 de la Constitución no se proclamó la naturaleza multiétnica y pluricultural de la estructura social del Estado, pues las normas de referencia caracterizaron de la siguiente forma al nuevo Estado: “Artículo 1.- La Nación Boliviana es la reunión de todos los Bolivianos”; es importante tener presente que, si bien la norma hace referencia a todos los bolivianos su *ratio legis* estuvo referida a los bolivianos como grupo homogéneo sin reconocer la diversidad étnica y cultural; de otro lado, el Art. 2 de la referida Constitución determinó que “Bolivia es, y será para siempre, independiente de toda dominación extranjera; no puede ser patrimonio de ninguna persona, ni familia”; finalmente, el art. 7 definió el régimen político de la siguiente forma: “Artículo 7.- El Gobierno de Bolivia es popular representativo”; como se podrá advertir, en ninguna de las normas glosadas se reconoció el carácter heterogéneo de la estructura social del nuevo Estado, por lo mismo no se reconoció a los pueblos indígenas originarios, como parte de la estructura social, económica y política del Estado.

La no definición de la estructura social como heterogénea y la no inclusión de los pueblos indígenas originarios al sistema constitucional del Estado no se debió a una involuntaria omisión, sino a una determinación de la oligarquía minero-feudal de excluirlos y marginarlos; decisión que tuvo una motivación no solamente ideológica sino económica; ya que, si bien nominalmente proclamaron la libertad de todos los bolivianos y proscribieron la esclavitud, económicamente jamás liberaron a los indígenas originarios; al contrario, los sometieron a nuevas formas de explotación y servidumbre, a través del “pongueaje” y el “mitanaje”, incorporándolos a la producción minera o la agrícola.

La política de exclusión y marginación, además de la explotación económica, se mantuvo incólume durante todo el Siglo XIX y la primera mitad del Siglo XX; pues a

pesar del elevado número de reformas introducidas a la Constitución no se logró superar, ya que en el orden económico se mantuvo la servidumbre, en el plano político también se mantuvo la exclusión con un sistema electoral organizado sobre la base del voto calificado y voto censitario, y en el orden social no se reconoció a los pueblos indígenas originarios como parte constitutiva de la estructura social del Estado que de lugar a un reconocimiento de sus derechos colectivos, de sus derechos sociales, económicos y culturales, incluso de sus derechos civiles y políticos. Si bien es cierto que con la revolución del '52 se eliminó la explotación económica y la exclusión política, no es menos cierto que no se superó integralmente el problema, pues el sufragio universal fue una medida para eliminar las exclusiones y marginaciones, pero al margen de haber adoptado la referida medida no se crearon las condiciones materiales para superar esas exclusiones; razón por la que no se superó la visión patriarcal machista, que dio y aún da lugar a la discriminación de la mujer; tampoco se logró una inclusión material de los indígenas originarios al sistema constitucional del Estado.

Ante la situación referida, en la reforma constitucional del '94 se pretendió reparar esa injusticia histórica definiendo la estructura social del Estado como multiétnica y pluricultural. Ello significa que el Estado reconoció que en el territorio boliviano conviven, además de la institucionalidad formal de corte democrático occidental, diversas estructuras organizativas de la sociedad preindustrial y que tienen sus propias estructuras de mando, instrumentos de justicia, valores religiosos, etc.

Como se tiene referido en la obra Constitución Política del Estado. Comentario Crítico⁸, la condición de "multiétnica" es más completa y compleja que la de multirracial, pues no se limita a la constatación de diversos tipos humanos, sino que llega a recuperar la noción de que Bolivia es el producto del encuentro de múltiples raíces o matrices societales y que, por lo mismo, supone la coexistencia de diversas construcciones sociales tanto en lo referido a sus condiciones materiales, como a sus instituciones, valores y creencias. La condición "pluricultural" permite reconocer la coexistencia y retroalimentación que existe entre diversas cosmovisiones, ya no sólo provenientes de las diversas matrices étnicas, sino también de las distintas migraciones y del encuentro entre unos y otros.

Si bien no se superó integralmente los problemas de exclusión y marginación social y económica, la mencionada reforma constitucional constituyó un intento serio de establecer una política de inclusión, es decir, de una voluntad política del Estado para incorporar e integrar los pueblos indígenas originarios a la estructura social, económica, política y jurídica del sistema constitucional del Estado boliviano, a partir del reconocimiento, protección y respeto de sus derechos económicos, sociales y culturales (lengua materna, costumbres y tradiciones) y sus autoridades naturales, sin desconocer su pasado, su historia y tradición; sin transculturizarlos. En suma, aceptándolos tal como son, reconociendo lo que fueron y proyectando, con respeto, lo que serán.

Precisamente, sobre la base de la reforma constitucional es que el legislador emitió la Ley de Participación Popular, la que estableció las bases y mecanismos para una presencia real y efectiva de los pueblos indígenas originarios en la estructura social, económica y política del sistema constitucional boliviano, en el proceso de definición de las estrategias de desarrollo humano sostenible a través de la planificación participativa, así como el control social sobre el manejo de los recursos generados por el propio

⁸ Rivera Santivañez, José Antonio; Jost, Stefan; Molina Rivero, Gonzalo; y Cajías Velarde, Huascar. Constitución Política del Estado. Comentario Crítico. 3ª ed. La Paz – Bolivia. Ed. Fundación Konrad Adenauer. 2005. págs. 18 – 19.

pueblo, y permitió una presencia real y efectiva de los indígenas originarios en las esferas de poder.

5.1.2. La definición y articulación de la estructura social en el proyecto de Constitución

Se entiende que para superar integral y definitivamente esa histórica exclusión y marginación, el Constituyente ha reformulado la definición y articulación de la estructura social; misma que, según el preámbulo, tiene su base de sustentación en “(..) el respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra”.

Empero, en ese propósito de reparar la exclusión y marginación de la que fueron objeto los pueblos indígenas originarios, el Constituyente incurre en algunos excesos que, en vez de superar los errores históricos de los grupos de poder económico y político que lideraron el Estado en el pasado; pues introduce factores que darán lugar a tratos discriminatorios e incluso a exclusiones y marginaciones de los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas. Lo que implica que en el fondo el proyecto de Constitución no supera el problema histórico de la marginación y exclusión, solamente cambia de sujetos y actores, pues los que en el pasado fueron objeto de exclusión y marginación se consolidarán en el ejercicio del poder político, es más tendrán hegemonía, y los restantes bolivianos y bolivianas que fueron parte de la estructura social del Estado serán excluidos y marginados.

La hipótesis que antecede tiene su sustento en la forma en que el proyecto de Constitución ha configurado la estructura social del Estado, creando dos colectivos sociales, y el trato diferenciado que hace a esas colectivos en cuanto a su intervención y participación en el nuevo Estado. En efecto, la norma prevista por el art. 3 del proyecto de Constitución define la estructura social del nuevo Estado, en los siguientes términos: “La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”.

El texto de la norma glosada fue incorporado por el Congreso Nacional, en los ajustes realizados, en sustitución del que originalmente fue aprobado por la Asamblea Constituyente que textualmente disponía lo siguiente: “El pueblo boliviano está conformado por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos pertenecientes a las áreas urbanas de diferentes clases sociales, a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y a las comunidades interculturales y afrobolivianas”.

Como se podrá advertir, la sustitución del texto no soluciona el problema de fondo dividir a los bolivianos y bolivianas en dos grupos o colectivos sociales, a partir de su origen étnico y su pertenencia a una entidad territorial. Es más, en el intento de “ajustar” la norma aprobada por la Asamblea Constituyente, el Congreso Nacional ha introducido elementos que producen graves contradicciones internas a la norma constitucional glosada.

a) La caracterización de la estructura social con el concepto de pueblo

En su propósito de sustituir el Estado Republicano por un Estado Plurinacional, en el que ya no exista una unidad nacional sino una composición de varias naciones indígena originaria campesinas, la Asamblea Constituyente empleó el concepto de pueblo para definir la estructura social del nuevo Estado.

Por su parte, el Congreso Nacional, en su intento de mantener el Estado Nacional, hace referencia a la “nación boliviana”, para referir que está conformada por los colectivos sociales descritos, y concluye señalando que los mismos en su conjunto constituyen el pueblo boliviano. Pero en el texto final ha quedado definido que los dos colectivos sociales en los que se divide a los bolivianos y bolivianas conforman el pueblo boliviano.

Cabe señalar que, en una acepción general, pueblo proviene del latín *populus*, significa el conjunto de habitantes de una nación, aunque también puede entenderse como parte de ella, el de una región o el de un país. Empero, como advierten Fix-Fierro y López-Ayllón⁹, el término tiene diversos sentidos conforme se analice desde distintas perspectivas; así, se pueden referir los significados desde las siguientes perspectivas: i) la perspectiva geográfica, pueblo se refiere a un centro de población de pequeñas dimensiones; ii) la perspectiva demográfica, pueblo significa el conjunto de habitantes de un territorio; iii) la perspectiva sociológica, el pueblo se identifica con nación, es decir, el conjunto de seres humanos unidos por un sentimiento de pertenencia nacional, fundado en la pluralidad de factores como la comunidad de cultura, comunidad de destino, un pasado común; iv) la perspectiva jurídico – política, se entiende como una unidad titular de la soberanía y como elemento constitutivo del Estado.

Por las diferentes acepciones y los diferentes significados que se le asigna, la palabra pueblo es una de las que no tiene una definición clara, concreta y única, pues da lugar a diversas definiciones; especialmente en la perspectiva jurídico – política. Así, para Jellinek¹⁰ el pueblo es tanto sujeto como objeto de la actividad del Estado, éste tratadista, textualmente sostiene que “los individuos, en cuanto objeto del poder del Estado, son sujetos de deberes; en cuanto miembros del Estado, por el contrario, sujetos de derechos”. Por su parte, el célebre jurista Kelsen¹¹, considera que el pueblo está constituido por los seres humanos que residen en el territorio del Estado, considerados unitariamente. De otro lado, Sartori¹² considera que, en el ámbito de la teoría democrática, la palabra pueblo da lugar a varias definiciones, entre las que refiere las siguientes: “1º Pueblo, que significa literalmente todo el mundo; 2º Pueblo, como una gran parte indeterminada, un gran número; 3º Pueblo, como clase baja; 4º Pueblo como una entidad indivisible, como una totalidad orgánica; 5º Pueblo, entendido como la mayor parte, expresada por un principio de mayoría absoluta; 6º Pueblo, entendido como la mayor parte, expresada mediante un principio de mayoría limitada”.

En el ámbito del Derecho Internacional, se considera pueblo a la asociación de los hombres que habitan el mismo territorio y que viven bajo las mismas leyes, unidos con el vínculo de la comunidad de intereses civiles, económicos, sociales y políticos.

Suele confundirse los conceptos de población y pueblo, siendo así que se trata de dos conceptos absolutamente diferentes. El concepto de “población”, constituye un hecho natural o casi natural, que concierne a la totalidad de habitantes de un lugar, aun cuando no exista otro rasgo en común que el de co-habitarlo, y el de poseer, mayoritaria o centralmente, la misma lengua y quizás el mismo origen étnico. En cambio, el concepto de “pueblo”, configura una creación cultural, pues designa una ligazón de los habitantes

⁹ Fix-Fierro, Héctor, y López-Ayllón, Sergio “Pueblo”, en *Diccionario de Derecho Constitucional*. Miguel Carbonell (coordinador). México. Ed. Porrúa. 2005. Págs. 504- 506.

¹⁰ Jellinek, Jorge. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos Urruti. Buenos Aires. Ed. Albatros. 1943. Pág. 333.

¹¹ Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Trad. Eduardo García Máynez. 3ª Ed. México. Ed. UNAM. 1979. pág. 276.

¹² Sartori, Giovanni. *Teoría de la Democracia. El debate contemporáneo*. Trad. Santiago Sánchez Gonzáles. 4ª ed. México. Ed. Alianza. 1996. pág. 43.

de un país en torno a un objetivo común, un vínculo que conlleva implícitamente una voluntad de acción, o directamente un accionar conjunto.

De un análisis sistematizado de las normas previstas por el proyecto de Constitución, se puede inferir que el Constituyente empleó el concepto de pueblo en el significado demográfico y el jurídico – político; no así el sociológico; ello porque, en primer lugar, hace alusión al conjunto de habitantes asentados en el territorio del Estado; en segundo, porque ese conjunto de habitantes son el elemento constitutivo del Estado, pues se constituye en la estructura social; en tercer lugar, porque a ese conjunto de habitantes se reconoce la titularidad de la soberanía en el orden político; y, en cuarto lugar, porque no existe un sentido de pertenencia a un todo nacional, ya que en el diseño del nuevo Estado Plurinacional no existe un Estado nacional, sino uno compuesto por varias naciones y pueblos indígena originario campesinos.

b) La clasificación de los bolivianos y bolivianas

El proyecto de Constitución nominalmente clasifica a los bolivianos y bolivianas que conforman la estructura social del Estado en tres grupos; uno conformado por los que pertenecen a las áreas urbanas; otro, conformado por los que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos; y otro, conformado por los que pertenecen a las comunidades interculturales y afrobolivianas.

Aparentemente son tres grupos de bolivianos y bolivianas los que conforman la estructura social, pero en realidad solamente son dos colectivos sociales claramente diferenciados, uno del otro, sobre la base del origen étnico y del asentamiento territorial; ello se infiere de la revisión del texto íntegro del proyecto de Constitución.

En un primer colectivo social se incluye a los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas, aunque el texto señala a la totalidad de bolivianos y bolivianas, pero luego hace referencia a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que también son bolivianos, por lo tanto no es la totalidad sino los que pertenecen a las áreas urbanas, como se definió originalmente. Ello significa que en él se incluye a todas aquellas personas que se encuentran asentadas o domiciliadas en las capitales de Departamento, las ciudades intermedias, las capitales de provincias y de municipios.

En un segundo colectivo social se incluye a los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos; ello significa que en ese colectivo social se incluye a todas las personas que territorialmente se encuentran asentadas en las áreas no urbanas del territorio del Estado, sean estas personas indígenas originarios, que tienen una descendencia de las colectividades humanas cuya existencia es anterior a la colonización española; personas indígenas no originarios, es decir, aquellas que pertenecen a colectividades humanas cuya formación fue posterior a la colonización española; las personas que, sin ser indígenas, se encuentran asentadas en áreas rurales y se dedican a la producción agrícola y pecuaria, agrupándose en comunidades o sindicatos campesinos.

Una primera deficiencia de la clasificación descrita es que presenta omisiones indebidas; ya que en el primer colectivo social no se define la situación de los indígenas que, dada la creciente urbanización de la población boliviana, están asentados en las áreas urbanas y que desarrollan su vida en ambos espacios territoriales; así existen indígenas y campesinos que en determinadas épocas del año viven en los centros urbanos, pues en esos lugares poseen propiedades inmuebles, y en otra época del año viven en las áreas rurales donde desarrollan actividades agrícolas y pecuarias. De otro lado, en el

segundo colectivo social tampoco se incluyen a los campesinos no indígenas, es decir, a las colectividades humanas asentadas en el campo que desarrollan actividades agrícolas y pecuarias; así, por ejemplo, los menonitas, los japoneses de la colonia Okinawa en el oriente; las colonias rusas o los ex mineros relocalizados en el trópico cochabambino, para citar algunos casos.

Es probable que los autores del proyecto de Constitución sostengan que la observación que antecede no tiene sustento, porque el art. 3 del proyecto formalmente incluye un tercer grupo, conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las comunidades interculturales y afrobolivianas. Frente a ese argumento, como una confirmación de la hipótesis planteada, sobre que solamente se clasifica en dos grupos, corresponde expresar las siguientes consideraciones. En primer lugar, en el proyecto de Constitución no existe una definición clara y precisa de lo que debe entenderse por “comunidades interculturales”, tampoco existe una remisión al legislador para que se defina mediante Ley; por lo tanto, surge la pregunta obligada ¿qué alcance tiene el concepto de “comunidades interculturales”?, ¿será que la comunidad intercultural es aquella integrada por personas que provienen de diversas raíces y matrices culturales?; o deberá entenderse como aquella que está integrada por personas de diferentes culturas. En segundo lugar, tomando en cuenta que la base de la clasificación es el origen étnico y de asentamiento territorial, el proyecto no define en qué ámbito territorial se encuentran asentadas esas comunidades interculturales; entonces, también surge una pregunta obligada, ¿se trata de aquellas colectividades humanas asentadas en las áreas urbanas, que están integradas por personas que tienen diversas raíces culturales?, o ¿se trata de aquellas colectividades humanas asentadas en áreas rurales o el campo y están integradas por personas de diferentes étnias y culturas?. En una u otra posibilidad, los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las comunidades interculturales pueden ser incluidos en los dos colectivos sociales anteriormente descritos. Con relación a las comunidades afrobolivianas, que en realidad podría justificar la creación de un tercer colectivo dada la particularidad del origen de sus miembros, su estructura étnica y cultural; sin embargo en el proyecto de Constitución más parece simbólica la referencia a los bolivianos y bolivianas que pertenecen a esa comunidad, ya que en el resto del texto del proyecto no existe ninguna otra norma constitucional que los integre materialmente al sistema constitucional, en este caso, incluso con factores de ponderación positiva¹³.

Una segunda deficiencia de la clasificación efectuada por el proyecto de Constitución es que no resuelve el problema de las exclusiones y marginaciones de orden social mantenidas históricamente desde la creación del Estado boliviano; al contrario retrocediendo lo que se había avanzado a partir de la reforma constitucional del '94 y la implementación de la Ley de Participación Popular, tiende a perpetuar la exclusión y marginación, cambiando parcialmente de actores; toda vez que la clasificación formulada por el art. 3 del proyecto de Constitución, en el fondo es una categorización de los bolivianos y bolivianas, con una finalidad clara, la de construir un Estado corporativo, en el que el colectivo social constituido por las naciones y pueblos indígena originario campesinos tendrá una hegemonía en el ejercicio del poder político del Estado

¹³ Si bien es cierto que el art. 32 del proyecto de Constitución prevé que el pueblo afroboliviano -no la comunidad como refiere el art. 3- goza, en todo lo que corresponda, de los derechos económicos, sociales, políticos y culturales reconocidos en la Constitución para las naciones y pueblos indígena originario campesinos; no es menos cierto que en el resto del texto del proyecto no existe referencia alguna a esta comunidad en lo que respecta a los niveles de participación en el ejercicio del poder político, en la conformación de los órganos del poder constituido, o en la distribución de la riqueza social, como sí se lo hace con relación a los otros colectivos sociales.

y se constituirá en la nueva casta dominante con tendencias a perpetuarse en el poder, con discriminación del otro colectivo social que será excluido y marginado de la estructura económica – financiera, la estructura jurídica, la estructura política y, porqué no, de la estructura social.

Pareciera que para los autores del proyecto de Constitución y el Constituyente que lo aprobó en detalle, la principal contradicción social, política y económica es entre la ciudad y el campo, entre las áreas urbanas y las áreas rurales, y no entre los ricos y pobres, entre los propietarios de los medios de producción y los propietarios de la fuerza de trabajo, entre la clase alta y la clase baja. Pareciera que han olvidado que en las áreas urbanas existen colectivos sociales que viven en la extrema pobreza y la marginalidad, incluso existen sectores sociales que viven en la indigencia; de otro lado, pareciera también que han olvidado que en los pueblos indígenas y las comunidades campesinas, agrupados en el colectivo social único denominado “naciones y pueblos indígena originario campesinos” existen bolivianos y bolivianas que son propietarios de medios de producción y tienen una capacidad económica que podría dar lugar a clasificarlos como parte de la clase media – alta.

Entonces, la definición de la estructura social que hace el proyecto de Constitución, en el fondo no es sino una categorización de los bolivianos y bolivianas con un fuerte contenido de racismo; que no responde a la interpretación de la realidad social boliviana, caracterizada por la diversidad cultural y étnica, tampoco responde a la finalidad de integrar a los pueblos indígenas originarios al sistema constitucional del Estado en igualdad de condiciones y oportunidades; al contrario responde a una pretensión de lograr una captura del poder para perpetuarse en él, para someter a quienes, en su criterio, son los responsables de los “500 años de explotación”, desplazándolos del poder económico y político y, en su caso, aplastándolos definitivamente; pretensión que no nace de las bases sino de las cúpulas dirigenciales.

La hipótesis que antecede tiene su base de sustentación en el diseño y configuración del nuevo Estado de Derecho Plurinacional Comunitario, que reemplazará al Estado de Derecho, es decir, al gobierno de las leyes por un gobierno de los usos y costumbres; pues en esa configuración estatal, el colectivo social de bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos tienen niveles de participación preferencial, con factores de ponderación positiva, con absoluta discriminación a los bolivianos y bolivianas que pertenecen al otro colectivo social. Esta afirmación será demostrada más adelante.

c) Las contradicciones internas en la configuración de la estructura social

Si las hipótesis precedentemente referidas son descartadas por los autores del proyecto de Constitución, entonces otra interpretación de la norma prevista por el art. 3, expresa una contradicción; además de incurrir en un exceso en la referencia a los pueblos indígena originario campesinos.

Con relación a la contradicción, cabe señalar que la norma objeto de análisis, al definir la estructura social del Estado, hace referencia a la totalidad de las bolivianas y los bolivianos; la alocución “totalidad” involucra a todos los seres humanos que pertenecen a Bolivia por nacimiento o por naturalización, implica la inclusión de los que pertenecen a las áreas urbanas, las áreas rurales, a las naciones originarias, a los pueblos indígenas originarios, las comunidades campesinas, las comunidades interculturales. Empero, la norma objeto de análisis, en la modalidad de listado, luego de la referencia a la totalidad

de las bolivianas y los bolivianos, nombra a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas; ello constituye una grave contradicción.

La contradicción interna de la norma constitucional se produce por la forma en que define la estructura social, modalidad de listado, pareciera que las personas que pertenecen o conforman las naciones y pueblos indígena originarios, las comunidades interculturales y afrobolivianas no son bolivianas y bolivianos, ya que después de hacer referencia a la totalidad de bolivianas y bolivianos, después de una coma, las refiere por separado.

Por si fuera poco, la norma constitucional incurre en una imprecisión conceptual, cuando al definir la estructura social, que indudablemente está conformada por seres humanos, hace referencia a personas colectivas, como son las naciones y pueblos indígena originario campesinos, o las comunidades interculturales, concluyendo que en conjunto conforman el pueblo boliviano, no hace referencia a los seres humanos que pertenecen a esas colectividades humanas.

Lo referido demuestra que los denominados ajustes introducidos por el Congreso Nacional no han modificado el núcleo esencial del proyecto de Constitución, referida a su contenido ideológico, al diseño de Estado y su sistema constitucional, a la finalidad y los objetivos que persigue; simplemente se han introducido algunas modificaciones que atenúan los excesos, superan las contradicciones y aclaran algunas imprecisiones.

De otro lado, la norma constitucional objeto de análisis incurre en un exceso en la definición del colectivo social conformado por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, pues presenta graves distorsiones que no pueden ser entendidas sino a partir de la finalidad última que se persigue, cual es la de encumbrar en el poder político, económico y social a este colectivo social, garantizándole un ejercicio hegemónico del poder político del Estado y así perpetuarlo en el poder con total exclusión y marginación, si no es aplastando, al otro colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas.

La primera distorsión que presenta el proyecto de Constitución es que la norma prevista por el art. 3 agrupa en un solo colectivo social a las 36 naciones y pueblos indígena originario campesinos, dando por entendido que entre ellas y ellos no existen diferencias de clase social; además, como sostiene José Antonio Quiroga¹⁴, anulando las diferencias culturales, étnicas y sociales que existen dentro de las “naciones y pueblos indígenas” y entre cada uno de ellos y los campesinos que también son diversos. Ello significa que la demanda histórica del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural e incluso de “naciones” queda saldada o en el olvido, debido a una decisión de “homogeneizar” a este colectivo social con la finalidad de fortalecerlo para encumbrarlo en el poder político, social y económico desplazando al otro colectivo social.

La segunda distorsión consiste en que, con la finalidad de crear un colectivo social con los bolivianos y bolivianas asentados en el área rural, se incluye en la categoría de naciones y pueblos indígenas originarios a las comunidades campesinas, cuando éstas últimas constituyen colectividades humanas creadas con posterioridad a la colonización española. En efecto, en franca contradicción con la definición establecida por el art. 1.b) del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, respecto a los

¹⁴ Quiroga Trigo, José Antonio. “La Constitución y el Proyecto de Poder del MAS”, en *Comentarios a la propuesta constitucional aprobada por la Asamblea Constituyente boliviana*. La Paz – Bolivia. Ed. IDEA Internacional. Serie: Documentos de trabajo. 2008. pág. 60.

pueblos indígenas, que alude a la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas, incluye en el colectivo social a las comunidades campesinas, cuya formación es posterior a la conquista, e incluso al nacimiento de la República, en algunos casos. Así, por ejemplo, los productores de la hoja de coca en el Chapare, que si bien están afiliados a los sindicatos de trabajadores campesinos, no son originarios, tampoco son indígenas en su totalidad, ni habitan las tierras que ocupan desde antes de la colonización española, ni siquiera desde el nacimiento de la República; muchos sindicatos campesinos fueron creados en la década del '80 del Siglo XX.

Entonces, no resulta razonable que el Constituyente incluya a las comunidades campesinas a la categoría de “naciones y pueblos indígena originarios”, y a sus miembros al colectivo social conformado por bolivianos y bolivianas que pertenecen a esas naciones y pueblos indígenas originarios; toda vez que, a partir de esa distorsión, los hacen acreedores de los factores de ponderación positiva y del reconocimiento de derechos colectivos o de los pueblos que han sido consagrados para los pueblos indígenas originarios, como el derecho al ejercicio de la jurisdicción indígena originaria, que se sustenta en un sistema de valores y principios que forman parte del Derecho consuetudinario, con el que no cuentan las comunidades campesinas.

Es importante señalar que incluso entre los pueblos indígenas, no todos son originarios, toda vez que muchos tienen una formación posterior a la colonización española, o porque en la actualidad están asentados en tierras que no ocupaban originalmente, como ocurre con aquellos pueblos del occidente asentados originalmente en tierras altas, que protagonizaron procesos de colonización en tierras bajas del oriente.

En definitiva, al incluir a todos los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, en un colectivo social, con las distorsiones anotadas, el proyecto de Constitución no persigue otra finalidad que la de crear un Estado Comunitario, sustentado sobre la base de la hegemonía social, económica y política de ese colectivo social, con exclusión y marginación del otro colectivo social, para no decir con la liquidación; con franco desconocimiento de los valores supremos de la igualdad, la inclusión, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, proclamados por el propio proyecto de Constitución, en su art. 8.II.

5.2. Los escenarios de participación de los colectivos sociales

La clasificación de la estructura social en dos colectivos, el conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas, y el conformado por los que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, pareciera reconocer y constitucionalizar la tesis de Fausto Reynaga sobre “las dos Bolivias”; lo cual sería positivo para lograr la construcción de un Estado nacional con unidad reconociendo la diversidad, si su configuración estuviese sustentada en la igualdad de derechos y obligaciones, así como en la igualdad de oportunidades para acceder al ejercicio del poder político; sobre el valor supremo de la complementariedad de los opuestos que permita la convivencia pacífica de las dos civilizaciones a las que hace referencia Filemón Escobar¹⁵, como son la civilización

¹⁵ En la Carta abierta que remitió al Presidente constitucional de la República Juan Evo Morales Ayma, advirtiéndole de los peligros que corre Bolivia por la configuración del Estado Plurinacional que se adoptó en el proyecto de Constitución bajo la influencia de estalinistas y con fuerte influencia de los principios de la “Declaración de los derechos de los pueblos de Rusia”, sobre los que se configuró la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

andina y amazónica, y la civilización occidental, para lograr que entre ambas “Bolivias” conformen una sola nación y una sola Bolivia, como aspiraba Fausto Reynaga.

Empero, el fin perseguido por el Constituyente no es el de lograr una convivencia pacífica sobre la base de la complementariedad de los opuestos, y lograr la construcción de un Estado nacional unido en la diversidad, sino la de encumbrar a un colectivo social excluyendo y marginando al otro; por ello, el proyecto de Constitución concede derechos diferenciados, con factores de ponderación positiva, en algunos casos extrema, para el colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originarios campesinos, y con factores que permiten la discriminación del colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas. Ello se refleja en las vías y mecanismos de acceso al ejercicio del poder político, social y económico, así como en la configuración de los escenarios de participación de la colectividad social en la conformación de los órganos del poder constituido, que a continuación se describen.

5.2.1. La participación en la representación política

Un primer escenario en el que se constata el tratamiento diferenciado de los bolivianos y bolivianas es en la participación de los colectivos sociales en el sistema de representación política; toda vez que el colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos tiene un tratamiento preferencial con factores de ponderación positiva.

En efecto, el proyecto de Constitución, en su Segunda Parte, Título V, Capítulo Segundo, arts. 209 al 212, con el *nómen juris* “Representación Política”, define la titularidad del ejercicio de la representación ciudadana en el proceso de conformación de los órganos del poder constituido del Estado y del ejercicio mismo del poder público.

El sistema definido por el proyecto de Constitución tiene su base en dos elementos esenciales; el primero, la ruptura del monopolio de los partidos políticos sin prescindir de ellos; y el segundo, la expresión de la diversidad social del Estado boliviano, para garantizar la presencia efectiva de los diversos sectores sociales organizados en la estructura de los órganos del poder constituido estatal, departamental, regional y local, sin necesidad de pertenecer a un partido político. Tiene los siguientes elementos: a) tendrán titularidad para ejercer la representación política las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las agrupaciones ciudadanas y los partidos políticos (art. 209); b) la organización y funcionamiento de estas organizaciones que ejercen la representación, deberá ser democrática; c) elección interna de los dirigentes y los candidatos de las agrupaciones ciudadanas y de los partidos políticos, con participación democrática e igual de hombres y mujeres, bajo la fiscalización del Órgano Electoral Plurinacional; d) elección de candidatos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos de acuerdo con sus normas propias de democracia comunitaria; e) elección de representantes políticos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con sus formas propias de elección; y f) la singularidad de postulación a cargos electivos.

Tomando en cuenta el contexto social y político que dio lugar a la reforma constitucional, un contexto caracterizado por la profunda crisis de falta de credibilidad, representatividad y confiabilidad de los partidos políticos tradicionales, no cabe duda alguna que la reforma sería valorada como positiva. Sin embargo, lo positivo de la reforma se desmorona por la verdadera finalidad que persigue el Constituyente y que se infiere de

una adecuada interpretación sistemática del diseño del sistema propuesto. Esta hipótesis tiene su sustento en lo que a continuación se expone.

a) El orden de los organismos que tienen la titularidad para ejercer la representación; el proyecto de Constitución prevé un orden en el que el colectivo social conformado por las naciones y pueblos indígena originario campesinos ocupa el primer lugar, y los partidos políticos el último. No se trata de una mera inversión del orden, se trata de toda una visión de Estado y del papel central que en él deben jugar las naciones y pueblos indígena originario campesinos como actores centrales del nuevo régimen democrático, frente al papel secundario que debe jugar el otro colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas, que se organizarán en partidos políticos o agrupaciones ciudadanas. En definitiva, responde a la finalidad de construir un nuevo régimen de gobierno y sistema político con hegemonía del colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

b) Las modalidades diferenciadas de elección de los dirigentes y representantes políticos y los candidatos; el proyecto de Constitución prevé dos modalidades diferentes; una para las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que se realizará sobre la base de sus usos y costumbres; y otra para el colectivo social conformado por bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas y que se organizarán en partidos políticos y agrupaciones ciudadanas, que se realizará sujeto a la Constitución y las leyes, con fiscalización del Órgano Electoral Plurinacional.

Ese tratamiento diferenciado no resulta razonable ni legítimo, si se toma en cuenta el fin que persigue. El tratamiento diferenciado podría considerarse razonable si se tratase de la elección de las autoridades de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; pues se entiende que si son autoridades que ejercerán el poder al interior de ese colectivo social, su designación o elección debe ceñirse a sus propias normas, prácticas, usos o costumbres. Empero, cuando se trata de la elección de los candidatos a representantes nacionales (diputados), representantes departamentales; miembros de las Asambleas o concejos departamentales (asambleístas o consejeros departamentales); regionales (asambleístas), y municipales (concejales), el trato preferente y diferenciado con relación al otro colectivo social no es razonable ni se justifica, porque esos representantes, una vez elegidos, se constituirán en representantes nacionales, departamentales, regionales o municipales, y no solamente de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, al igual que los elegidos de las listas o candidaturas presentadas por los partidos políticos y agrupaciones ciudadanas; por lo tanto, esa selección de candidatos debe realizarse sujeto a las reglas generales que rigen la materia y bajo el control y fiscalización del Órgano Electoral Plurinacional, a objeto de garantizar que se realicen con igual participación de hombres y mujeres, además bajo los principios democráticos.

c) En la elección de representantes nacionales, departamentales, y municipales; el proyecto de Constitución brinda un tratamiento diferenciado y privilegiado al colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos; un trato diferenciado que no tiene fundamentos razonables, por lo que se constituye en una discriminación al otro colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas, que se organizarán en agrupaciones ciudadanas o partidos políticos para ejercer la representación ciudadana.

Con relación a la elección de los diputados, las normas previstas por el art. 147.II del proyecto de Constitución, prevén que se garantizará la participación proporcional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; asimismo que la ley determinará las circunscripciones especiales indígena originario campesinas. La selección o nominación de los candidatos a diputados a ser elegidos en esas circunscripciones especiales se realizará de acuerdo con sus normas propias de democracia comunitaria, en ella no intervendrán sino los miembros de los pueblos indígenas originario campesinas. Lo que no está expresamente definido es cómo se realiza la elección, si es a través del voto directo y sufragio universal en las elecciones programadas por el Órgano Electoral Plurinacional o, en su defecto, por los usos, costumbres y prácticas propias de los pueblos indígenas originarios y comunidades campesinas; de la norma prevista por el art. 147 del Proyecto se puede inferir que, se realizará a través de voto directo y sufragio universal con mayoría relativa de votos. Se entiende que de realizarse la elección por voto directo y sufragio universal los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos tendrán derecho a un doble voto; pues votarán en las circunscripciones uninominales generales, en los que tendrán derecho de postular sus candidatos al igual que los partidos políticos y agrupaciones ciudadanas, y votarán en la circunscripción uninominal especial, en el que solamente ese colectivo social tendrá derecho a postular al candidato; en cambio los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas sólo tendrán derecho a un voto, en la circunscripción uninominal general.

Respecto a la elección de los asambleístas departamentales, y los concejales municipales, el proyecto de Constitución, a través de las normas previstas en los arts. 278.I, y 284.II, otorga un tratamiento diferenciado y privilegiado a los pueblos indígenas originario campesinos, al reconocerles el derecho de elegir a una cantidad de asambleístas y concejales de acuerdo a sus propias normas y procedimientos; en cambio los demás asambleístas y concejales deberán ser elegidos en elecciones realizadas bajo la dirección del Órgano Electoral Plurinacional, con el voto directo y sufragio universal de todos los bolivianos y bolivianas asentados en el territorio del Departamento, o el municipio. No existe un fundamento razonable para realizar este trato diferenciado y privilegiado, toda vez que no se trata de autoridades naturales que ejercerán competencia dentro del pueblo indígena originario campesino, sino de autoridades que ejercerán competencia en todo el Departamento o Municipio; cabe recordar que los pueblos indígenas originario campesinos tienen reconocido el derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, en ejercicio de ese derecho constituyen su propio gobierno autónomo, cuyas autoridades son elegidas de acuerdo a sus usos, costumbres y prácticas; empero, también tienen derecho de integrarse a los niveles municipal, regional, departamental y nacional; por lo tanto, tienen derecho a participar del ejercicio del poder público en esos niveles, pero esa participación debe ser en igualdad de condiciones con los demás sectores sociales; de manera que el tratamiento diferenciado y privilegiado resulta ser discriminatorio para los otros sectores sociales.

5.2.2. La intervención de los colectivos sociales en la función de participación y control social

Otro escenario en el que se refleja el trato preferencial al colectivo social conformado por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, con discriminación del colectivo

social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas, es en el ejercicio de la función de participación y control social.

En la forma en que configura el ejercicio de la función de participación y control social el proyecto de Constitución introduce factores que garantizan la supremacía del colectivo social conformado por las naciones y pueblos indígena originario campesinos frente al otro colectivo social. Esos factores son, de un lado, el titular del derecho a ejercer la participación y control social; y, de otro, los mecanismos a través de los cuales se lo ejerce la función.

Con relación al titular del derecho, el proyecto de Constitución, en su art. 241.I, introduce sutilmente un factor que garantiza a un colectivo social el ejercicio de la función y lo excluye al otro colectivo. En efecto, el citado artículo prevé que “El pueblo soberano, por medio de la sociedad civil organizada, participará en el diseño de las políticas públicas”. De la norma glosada se infiere que, el titular del derecho es “la sociedad civil organizada”; surge la pregunta obligada ¿qué es y quienes la integran esa sociedad civil organizada?, la segunda pregunta es ¿bajo qué parámetros o reglas se determina si un grupo social determinado constituye una sociedad civil organizada?; en los artículos (241 y 242) en los que se consignan las normas que regulan la función de participación y control social no es posible encontrar una respuesta expresa, salvo a partir de una interpretación sistematizada de las normas, aplicando los principios de la concordancia práctica y la unidad de la Constitución; tampoco existe una remisión legislativa para pensar que el legislador ordinario pueda definir con claridad lo que es la sociedad civil organizada y quienes la integran. La norma prevista por el art. 241.IV del proyecto de Constitución, no resuelve el problema toda vez que la remisión normativa que consigna se refiere a la definición de las condiciones y formas en que se ejercerá el control social. En efecto, la referida norma textualmente prevé lo siguiente: “La Ley establecerá el marco general para el ejercicio del control social”; de lo que se concluye que la Ley no definirá quienes conforman la sociedad civil organizada, qué colectivo u organización; cómo se organiza, quienes la dirigen, por qué tiempo y bajo qué condiciones; pues la Ley regulará la forma en que se ejercerá el control, definiendo procedimientos para ello.

En el contexto referido, sin temor a equivocaciones se puede concluir que la norma constitucional prevista por el art. 241.I del proyecto, se refiere a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, a las organizaciones sociales orgánicas y los movimientos sociales; esta conclusión tiene su sustento en lo siguiente. Primero, porque son los que tienen una estructura orgánica sólida y permanente. Segundo, porque son los que tienen un funcionamiento permanente como colectividades sociales organizadas. Tercero, porque son lo que cuentan con mecanismos compulsivos para mantener la cohesión interna y asistencia permanente a sus actividades de participación corporativa, a diferencia de otras formas de organización de sectores sociales de las áreas urbanas, como los colegios profesionales o asociaciones; máxime si se toma en cuenta que con relación a los colegios de profesionales el gobierno ya ha iniciado una acción de desarticulación, partiendo de un estrangulamiento económico mediante la anulación del pago de las matrículas de inscripción y la fijación de límites a los aportes mensuales de los colegiados; la primera acción la inició con los Colegios de Abogados, ya que mediante Decreto Supremo 29783, de 12 de noviembre, ha determinado la anulación del pago de matrícula para inscribirse al Colegio y ha fijado límites a los aportes mensuales de los colegiados; esta acción se ampliará en el futuro a otros colegios de profesionales, al grado de que puede eliminarse la colegiatura obligatoria.

Como se tiene referido no existe una remisión legislativa para la definición de lo que es y se define como sociedad civil organizada, ya que la remisión prevista por el párrafo IV, no hace a la parte de la organización de esa sociedad civil sino a la parte los procedimientos para el ejercicio del control social. Sin embargo, para el hipotético de que esa remisión fuese para la definición integral, tanto de lo orgánico cuanto procedimental; habrá de tomar en cuenta que el colectivo social constituido por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a los pueblos indígena originario campesinos tendrá el control mayoritario de la Asamblea Legislativa Plurinacional; por lo que válidamente se puede presumir que esa Ley privilegiará al referido colectivo social en desmedro del otro colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas.

Respecto a los mecanismos a través de los cuales se ejerce la función de participación y control social, si bien los arts. 241 y 242 del proyecto no lo definen expresamente, una interpretación sistemática de las normas referidas, en concordancia práctica con las previstas por los arts. 7 y 11 del mismo proyecto de Constitución, conduce a la conclusión que los mecanismos son: de un lado, la deliberativa y resolutive por vía de la Asamblea y el Cabildo; y de otro, la acción directa mediante la presión y compulsión. Esta conclusión tiene su sustento en los siguientes fundamentos: en primer lugar, según lo previsto por el art. 7 del proyecto la soberanía, entendida como la capacidad de organizarse, gobernarse y dotarse de leyes y autoridades, reside en el pueblo boliviano y se ejerce de forma directa y delegada; en segundo lugar, por previsión del art. 11, el Estado adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria; y la democracia directa y participativa se ejerce por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa, entre otros; en tercer lugar, la función de participación y control social, según la definición establecida por el art. 241, constituye una participación directa del pueblo soberano; pero, como está demostrado el pueblo está organizado en dos colectivos sociales y la condición que impone el proyecto de Constitución es que la intervención del pueblo se realice mediante la sociedad civil organizada, no definida clara y expresamente; entonces en esa situación de indefinición serán las organizaciones sociales, y las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que aprovechando su capacidad organizativa, en Asambleas y Cabildos tomarán determinaciones sobre el diseño de las políticas del Estado, o sobre la elaboración de las leyes, mismas que tenderán a privilegiar a ese colectivo social; luego, acudirán a la acción directa para presionar a los órganos del poder constituido para que apliquen y ejecuten las políticas diseñadas, y formalicen la sanción y promulgación de las leyes adoptadas mediante la presión social y los cercos a la Asamblea Legislativa Plurinacional, como ya se ha mostrado a principios de año, o en la aprobación de la Ley de convocatoria al referéndum dirimitorio y al referéndum ratificatorio.

No cabe duda alguna que uno de los grandes avances en la construcción de la democracia en Bolivia es la planificación participativa y el control social en la gestión municipal, que se implementó a partir de la Ley de Participación Popular; pues se logró transferir el poder político de los núcleos funcionales a las organizaciones territoriales de base, se acercó el municipio al ciudadano y ciudadana; ello sentó las bases para que los pueblos indígenas y las comunidades campesinas alcanzaran el poder local, en principio, y el poder nacional, después; pero ese proceso se adoptó de manera institucionalizada y sobre la base de la igualdad en la distribución de los recursos de coparticipación y la igualdad de oportunidades para todos los bolivianos y bolivianas sin diferenciación de raza, sexo, creencia religiosa, opinión política, u otro factor; pues en

las áreas rurales las organizaciones territoriales de base son los pueblos indígenas o comunidades campesinas; y en las áreas urbanas son las juntas vecinales.

Empero, en el proyecto de Constitución lo que se consigna es una aparente cláusula abierta, que en el fondo orienta la articulación y el ejercicio del control social bajo la hegemonía de un solo colectivo social de los dos en que ha organizado y separado el proyecto de Constitución la estructura social del Estado. En efecto, la inclusión del concepto de sociedad civil organizada, sin definir qué se entiende por ella, cómo y bajo que parámetros se organiza la sociedad, en qué niveles, y cómo se representa, introduce una cláusula que en su aplicación dará lugar a que las organizaciones sociales y los pueblos indígenas originario campesinos se impongan, haciéndose de la participación y control social, para imponer su visión de Estado, su poder político, social y económico al otro colectivo social constituido por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas.

Lo grave del caso es que, entre los alcances de la participación y control social, el proyecto de constitución, en su art. 242, en su numeral 1) define que implica la participación en la formulación de las políticas de Estado; lo que significa que la sociedad civil organizada, participará en la formulación de la política económica, respecto a la distribución de la riqueza social, en la formulación de la política energética, en la política de desarrollo social y humano, la política de distribución de la tierra; si se toma en cuenta que los pueblos indígenas originario campesinos tendrán hegemonía en esa sociedad civil organizada, es obvio pensar que las políticas diseñadas privilegiarán a su colectivo social, en desmedro del otro colectivo social, e impondrán esas políticas para su aprobación en la Asamblea Legislativa Plurinacional con presiones sociales y el cerco al hemiciclo. Esta hipótesis tiene su sustento en la forma en que se plantea la estrategia de este colectivo social en la coyuntura actual, cuando proclaman que después de los “500 años de exclusión y marginación” al que los sometieron los “k’haras”, les corresponde por derecho ejercer el poder y lograr sus reivindicaciones, que se pague la deuda histórica; discursos en los que subyace un alto contenido racista.

De otro lado, el art. 242.2) del proyecto de Constitución, definiendo lo que implica la participación y control social, prevé que será “Apoyar al Órgano Legislativo en la construcción colectiva de las leyes”; lo que supone que la Asamblea Legislativa Plurinacional trabajará bajo la presión de las organizaciones sociales agrupadas en la sociedad civil organizada; es de esperar que la Ley, a que hace referencia, el parágrafo IV del art. 241 del proyecto, regule adecuadamente el ejercicio del control social, para evitar los excesos que, a título de control social, puedan liquidar la independencia de los órganos del poder constituido.

5.2.3. La participación en los órganos del poder constituido

Un tercer escenario en el que se refleja el trato discriminatorio al colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas, por el trato preferente que el proyecto de Constitución brinda al colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, es la conformación de los órganos del poder público, como la Asamblea Legislativa Plurinacional; los gobiernos autonómicos; y el Órgano Electoral Plurinacional.

Con la finalidad de garantizar una presencia hegemónica del colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena

originario campesinos, el proyecto de Constitución ha establecido un sistema de participación corporativa de ese colectivo social en los órganos del poder constituido.

Al efecto señalado, el proyecto de Constitución ha previsto sistemas y mecanismos que garantizarán la participación corporativa; desde la propia conformación del colectivo social anulando las diferencias étnicas, culturales y sociales que hay dentro de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; la configuración de circunscripciones especiales indígenas originario campesinas; la definición de constituirlo en un titular de la representación política para proponer candidatos y candidatas; el reconocimiento de una cuota mínima en el Tribunal Supremo Electoral, y una representación proporcional en el Tribunal Constitucional, asignación que se mantiene aún con las modificaciones introducidas en el Congreso Nacional al proyecto aprobado por la Asamblea Constituyente; la imposición del derecho de esta colectividad para acreditar un número de consejeros departamentales, y concejales municipales elegidos de acuerdo a sus usos o costumbres. Ello, en la práctica concreta constituye la implementación de la democracia comunitaria que sustituye a la democracia occidental; por lo tanto, desconoce los principios democráticos básicos, como el pluralismo, no sólo político sino social y cultural, de la diferencia y el disenso; del gobierno limitado.

Para lograr el objetivo de una participación corporativa que garantice la hegemonía de poder, el proyecto de Constitución establece factores de ponderación positiva a favor del colectivo social conformado por las naciones y pueblos indígena originario campesinos y en desmedro del otro colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas; generando una distorsión de los principios democráticos, e imponiendo una discriminación por razón de origen étnica y cultural y de pertenencia territorial.

5.2.3.1. En la conformación de la Asamblea Legislativa Plurinacional

Según las normas previstas por los arts. 145 al 148 del proyecto de Constitución, la Asamblea Legislativa Plurinacional estará compuesta por dos cámaras, la de Diputados y la Cámara de Senadores. La Cámara de Diputados estará conformada por 130 miembros elegidos; el 50% en circunscripciones uninominales; y los restantes 50% en circunscripciones plurinominales departamentales. La Cámara de Senadores estará conformada por cuatro senadores por Departamento, elegidos por circunscripción plurinomial departamental, aplicando el sistema proporcional.

El art. 147.II del proyecto de Constitución, prevé que en la elección de asambleístas se garantizará la participación proporcional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; para lograr ese propósito el proyecto de Constitución brinda un trato preferente, con un factor de ponderación positiva, al colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos y discrimina al otro colectivo social.

En efecto, para materializar esa participación proporcional, que en el fondo es una conformación mayoritaria en la Asamblea Legislativa Plurinacional, el párrafo III del art. 147 del proyecto de Constitución prevé que “La ley determinará las circunscripciones especiales indígena originario campesinas, donde no deberán ser considerados como criterios condicionales la densidad poblacional, ni la continuidad geográfica”; aunque de manera contradictoria el párrafo VII del art. 146 del proyecto, prevé lo siguiente: “Las circunscripciones especiales indígena originario

campesinas, se regirán por el principio de densidad poblacional en cada departamento. No deberán trascender los límites departamentales. Se establecerán solamente en el área rural, y en aquellos departamentos en los que estos pueblos y naciones indígena originario campesinos constituyan una minoría poblacional. El Órgano Electoral determinará las circunscripciones especiales. Estas circunscripciones forman parte del número total de diputados”.

La norma prevista por el art. 147.III del proyecto responde al espíritu de quienes elaboraron el proyecto y aprobaron en la Asamblea Constituyente; plantea la conformación de unas circunscripciones especiales sin tomar en cuenta el criterio de número de habitantes, ni la continuidad geográfica; lo que posibilitará conformar una circunscripción especial para el pueblo indígena Yuki, en el Departamento de Cochabamba, cuya población no supera los un mil habitantes, sin embargo, en aplicación de la norma constitucional podrá contar con una circunscripción especial, frente a otra circunscripción general, la que se conformará sobre la base del número de población, lo que significa que se constituirá una circunscripción, por ejemplo en el Departamento de Cochabamba, sobre la base de una población promedio no menor a los 120.000 habitantes.

En el propósito de racionalizar las normas del proyecto de Constitución aprobado por la Asamblea Constituyente en Oruro, el Congreso Nacional ha introducido modificaciones al texto del art. 146.VII, con relación a las circunscripciones especiales indígena originario campesinas; empero, en vez de corregir ha introducido elementos que provocan una grave contradicción entre las normas previstas por dicha disposición constitucional, con las previstas por el art. 147.III del mismo proyecto.

En efecto, el parágrafo VII del art. 146 del proyecto de Constitución introduce los siguientes elementos que contradicen a lo previsto por el art. 147.III; a) proclama el principio de densidad poblacional en cada departamento para la conformación de la circunscripción especial; en cambio el art. 147.III define que no se toma en cuenta ese principio b) delimita territorialmente el alcance de la circunscripción especial indígena originaria campesina, que no debe trascender los límites departamentales; en cambio el art. 147.III determina que no se tomará en cuenta la continuidad geográfica, lo que supone que puede trascender los límites departamentales; c) limita su conformación al área rural y a los departamentos en los que los pueblos indígenas originario campesinos constituyan una minoría poblacional; en cambio el art. 147.III no prevé ese límite; y d) determina que será el órgano Electoral el que conformará las circunscripciones especiales indígena originario campesinas; en cambio el art. 147.III prevé que será una Ley la que defina.

Como se podrá advertir, las modificaciones introducidas en el texto del art. 146.VII del proyecto, en vez de corregir los excesos contenidos en el proyecto original aprobado por la Asamblea Constituyente en Oruro, genera las contradicciones, y deja un conjunto de problemas para el momento en que se aplique la Constitución.

Pero más allá de las contradicciones y las dificultades que emergerán en el momento de la aplicación de la Constitución; las normas constitucionales referidas introducen factores de ponderación positiva que privilegiaran al colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y discriminará al otro colectivo social; el fin último de las normas previstas por el proyecto es garantizar una presencia hegemónica de las

naciones y pueblos indígena originarios en la Asamblea Legislativa Plurinacional, para plasmar el proyecto de ejercicio hegemónico del poder político que se propone en el proyecto de Constitución.

En primer lugar, si se aplica la norma prevista por el art. 146.VII del proyecto de Constitución, en apariencia no habría tal discriminación porque sólo se crearían circunscripciones especiales indígena originario campesinas sólo en el área rural y en los departamentos en los que las naciones y pueblos indígena originario campesinos constituyen una minoría poblacional; en la práctica sí habrá la discriminación por las siguientes razones:

a) El criterio de “minoría poblacional” resulta muy abierto y susceptible de diversas interpretaciones, de manera que en el momento de su aplicación dará lugar a que se llegue a la conclusión de que en cada Departamento las naciones y pueblos indígena originario campesino resulten siendo minoría poblacional; así, por ejemplo las naciones araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu’we, guarayu, itonama, leco, machajuyaikallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco; en el respectivo Departamento en el que se encuentra su territorio, se constituyen en minoría poblacional; por lo tanto habrá que crear 34 circunscripciones especiales para esas naciones. Con relación a los quechuas, por ejemplo, según el censo nacional de 2001, en el Departamento de Cochabamba, de una población total de 1.455.711; solamente 601.895; lo que significa que son el 41.35% de la población, ello incluyendo a aquellos bolivianos y bolivianas que radican en las áreas urbanas y hablan el idioma quechua, por lo que se los ha incluido a la nación quechua; entonces, la población quechua que vive en el área rural no es la mayoría sino una minoría poblacional con relación al otro colectivo social; podrán legítimamente exigir la conformación de la circunscripción especial.

b) Si se aplica la norma prevista por el art. 147.III del proyecto de Constitución, no existe limitación alguna para la conformación de las circunscripciones especiales indígena originario campesinas; pues todas las naciones y pueblos indígena originarios podrán exigir válidamente su circunscripción especial.

c) De aplicarse las normas del art. 146.VII del proyecto de Constitución, la creación de las circunscripciones especiales indígena originario campesinas reducirá el número de circunscripciones uninominales generales, ello en razón a que según la norma referida éstas circunscripciones especiales forman parte del número total de diputados.

d) Tomando en cuenta que la representación política se ejercerá por las naciones y pueblos indígena originarios, agrupaciones ciudadanas y partidos políticos; el colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originarios podrán postular sus candidatos a diputados por las circunscripciones uninominales generales, así como por la circunscripción plurinominal departamental, pues considerable cantidad de ciudadanos que pertenecen a ese colectivo social radican en las áreas urbanas; con lo que se garantizarán el ingreso a la Asamblea Legislativa Plurinacional por triple vía, por las circunscripciones plurinominales departamentales, por las circunscripciones uninominales generales, y por las circunscripciones especiales indígena originario

campesinas; en cambio los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas solamente podrán ingresar por las circunscripciones plurinominales departamentales y por las circunscripciones uninominales generales cuyo número será reducido como consecuencia de la creación de las circunscripciones especiales.

e) La creación de las circunscripciones especiales indígena originario campesinas generará el fenómeno de la sub y la sobre representación; ya que los diputados elegidos en esa circunscripción representaran a una menor a la que representarán los diputados elegidos por las circunscripciones uninominales generales; a partir de ello, el voto de los ciudadanos y ciudadanas que pertenecen a las áreas urbanas y que elegirán a sus diputados en las circunscripciones uninominales generales tendrá un valor menor al de los ciudadanos y ciudadanas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, cuyo voto tendrá un valor superior.

f) Pero lo significativo del trato diferenciado de los colectivos sociales se genera en la emisión del voto para la elección de los asambleístas, dada la configuración de las circunscripciones. En efecto, tomando en cuenta que para la elección de los diputados se constituirán dos clases de circunscripciones, la general y la especial, las normas del proyecto de Constitución no definen si los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos emitirán su voto sólo en su circunscripción especial o también podrán hacerlo en la circunscripción general. A *contrario sensu*, no estando definido, menos prohibido que los miembros de este colectivo puedan presentar su candidatura en las circunscripciones generales como en las especiales, válidamente exigirán el derecho al doble voto, lo que implica que, no por omisión sino por manifiesta intención el Constituyente brinda un trato preferencial a este colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, cuyo fin último es garantizar que en la Asamblea Legislativa Plurinacional tenga una representación superior a la mitad más uno, para así desplazar del ejercicio del poder político al otro colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas.

5.2.3.2. En la conformación de los gobiernos autónomos

El tratamiento preferencial al colectivo social conformado por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, con discriminación de la otra colectividad social, se presenta también en la conformación de los gobiernos autónomos del nivel departamental, y del nivel municipal.

Con relación al nivel departamental, la norma prevista por el art. 278 define que la Asamblea Departamental estará compuesta por asambleístas departamentales elegidos por votación universal, directa, libre, secreta y obligatoria; y por asambleístas departamentales elegidos por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo a sus propias normas y procedimientos.

Como se podrá advertir el proyecto de Constitución introduce el factor de ponderación positiva; cuando, de un lado, determina el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, como colectivo social, a elegir un número, no definido que podría ser el 50%, de concejales departamentales de acuerdo a sus propias normas y procedimientos, en cuya elección no intervienen los bolivianos y

bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas; asimismo, de manera implícita, reconoce el derecho que tienen los miembros de ese colectivo social a intervenir como elegibles y electores en la elección de los concejales departamentales que deben ser elegidos por voto directo y sufragio universal; y, de otro, en el art. 289 instituye la autonomía indígena originaria campesina, como una expresión del derecho al autogobierno, y como un ejercicio de la autodeterminación de las naciones y los pueblos indígena originarios, y las comunidades campesinas.

Con relación al gobierno municipal autónomo, según lo previsto por el art. 284, el Concejo Municipal estará compuesto por concejales y concejales elegidas y elegidos mediante sufragio universal; las naciones y pueblos indígena originario campesinos de territorio ancestral ubicados en la jurisdicción municipal que no conformen autonomía indígena, podrán elegir de forma directa concejales y concejales mediante normas y procedimientos propios.

Las normas constitucionales referidas incorporan un factor de ponderación positiva para el colectivo social conformado por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y un trato discriminatorio para el colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas. En efecto, el primer colectivo social tiene derecho a participar en la elección de los asambleístas departamentales, asambleístas regionales y concejales municipales postulando a sus candidatos a través de su organización, ya que según la norma prevista por el art. 210 del proyecto, las candidatas y los candidatos a los cargos públicos electos serán postuladas y postulados a través de las organizaciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las agrupaciones ciudadanas y los partidos políticos; por lo tanto podrán también votar por sus candidatos y lograr la elección de un número importante de concejales departamentales, asambleístas regionales y concejales municipales. De otro lado, ese mismo colectivo social elegirá un número de asambleístas departamentales, asambleístas regionales y concejales municipales de acuerdo con sus normas y procedimientos propios; y en esa elección no podrá participar el colectivo social conformado por bolivianos y bolivianas de las áreas urbanas, lo que dará lugar a que en la conformación final de las asambleas departamentales, asambleas regionales y concejos municipales tendrá una representación minoritaria frente al otro colectivo que tendrá garantizada una representación mayoritaria; con lo que desplazará del nivel de gobierno a este colectivo social.

5.2.3.3. En el órgano judicial

En el sistema judicial configurado por el proyecto de Constitución, existen distorsiones que en la aplicación de la Constitución otorgan ventaja a las comunidades campesinas frente al otro colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas.

La hipótesis precedente se demuestra a partir de la configuración del órgano Judicial que prevé el proyecto de Constitución y los mecanismos previstos para el funcionamiento del sistema judicial en el nuevo Estado.

Como reflejo del nuevo modelo de Estado que se pretende adoptar, el proyecto de Constitución, en su art. 178, define que el sistema judicial se configura sobre la base de los principios del pluralismo jurídico, la interculturalidad, la equidad, la igualdad

jurídica, la independencia, la seguridad jurídica, de servicio a la sociedad, la participación ciudadana, la armonía social y el respeto a los derechos.

Sobre la base de los principios referidos, el proyecto de Constitución define que la función judicial se la ejerce a través de la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, mismas que tienen igual jerarquía. La primera es ejercida por el Estado, a través de los tribunales y jueces establecidos por la Constitución y las leyes. La segunda es ejercida por las autoridades naturales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; así lo prevé el art. 179.II del proyecto de Constitución.

Un primer tratamiento diferenciado a favor del colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, se da en la forma en que se ha integrado al sistema constitucional del Estado la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina.

Si bien es cierto que, dada la coexistencia de diversas construcciones sociales tanto en lo referido a sus condiciones materiales, como a sus instituciones, valores, principios y creencias, en el Estado boliviano existen diversos sistemas jurídicos que rigen en los pueblos indígenas originarios y que deben ser reconocidos e implementados oficialmente; no es menos cierto que la función judicial estatal debe y tiene que ser ejercido exclusivamente por el Estado; claro está, reconociendo a la vez el derecho de los pueblos indígenas originarios a ejercer su jurisdicción comunitaria sobre la base de su sistema jurídico; por lo que la Constitución debe prever que el Estado reconoce, promueve y garantiza el ejercicio de esa jurisdicción comunitaria. Empero, el proyecto de Constitución, bajo la definición de que la función judicial es única, incluye la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina en el órgano judicial del Estado, a pesar de que esta jurisdicción es ejercida directamente por las autoridades u organizaciones naturales de los pueblos indígenas; ello significa que esta jurisdicción ya no es solamente de los pueblos indígenas originarios sino de todo el Estado y aplicable a toda la colectividad social, pero no es ejercicio con aplicación de la legislación estatal sino el sistema jurídico de un determinado pueblo indígena originario, y tampoco interviene el Estado en la designación de las autoridades que ejercen esa jurisdicción.

Esa forma de integrar la Jurisdicción Indígena Originario Campesina, que en esencia es una Jurisdicción Comunitaria¹⁶, constituye un tratamiento diferenciado y privilegiado que hace el proyecto de Constitución a favor del colectivo social conformado por las naciones y pueblos indígenas originario campesinas; ello por las siguientes razones. La primera, porque permite a este colectivo social ejercer su jurisdicción con rango estatal imponiendo su sistema jurídico en cuya creación no interviene el Estado. La segunda, tomando en cuenta la conformación de éste colectivo social y lo previsto por el art. 190.I del proyecto de Constitución, reconoce el derecho a ejercer la Jurisdicción Indígena Originario Campesina a las Comunidades Campesinas, cuya formación es posterior a la colonización española e incluso de las últimas décadas del Siglo XX como es el caso de las Comunidades Campesinas del

¹⁶ Según la doctrina, la Justicia Comunitaria es la institución jurídica que permite sancionar las conductas reprobadas de los individuos de una Comunidad pero sin la intervención del Estado, sus jueces y el Derecho positivo oficial, sino directamente dentro la Comunidad con la intervención de sus autoridades naturales y la aplicación del Derecho Consuetudinario. Es un medio de solución de los conflictos entre personas que pertenecen a una misma comunidad, que funciona y se ejerce sobre la base del sistema jurídico de un determinado Pueblo Indígena originario, estructurado sobre el Derecho Consuetudinario.

Trópico Cochabambino, que no cuentan con un sistema jurídico que tenga su base en el Derecho consuetudinario, lo que no se encuadra en la naturaleza jurídica de la Justicia Comunitaria, al contrario la distorsiona; por lo tanto, constituye un privilegio para los bolivianos y bolivianas que conforman las Comunidades Campesinas, que podrán crear su propio sistema jurídico y ejercer su propia jurisdicción, a partir de este reconocimiento y no a partir de un Derecho consuetudinario preexistente.

5.2.4. La participación de los colectivos sociales en la estructura económica - financiera

Finalmente, un escenario en el que el proyecto de Constitución presente factores de trato diferenciado entre los colectivos sociales, con factores de ponderación positiva extrema en algunos casos para el colectivo social conformado por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, es en la participación que tendrán en la estructura económica – financiera del Estado.

Cabe señalar que, para entender a cabalidad la configuración de la estructura económica que propone el proyecto de Constitución, resulta necesario tener presente que el contexto social y político en que se resolvió ejercer el poder constituyente reformador, y en el que se elaboró y aprobó en detalle el proyecto objeto de análisis, está caracterizado, entre otras, por la exigencia de los sectores sociales de la recuperación de los recursos naturales de las transnacionales extranjeras a favor del Estado y de una distribución equitativa de la riqueza social. Ello, debido a que uno de los elementos constitutivos de la crisis social y política que ha enfrentado y viene enfrentando el Estado boliviano es la desigual distribución de la riqueza social; y la imposición de políticas económicas, como la implementada mediante el DS 21060, que ha dado lugar a que la riqueza se concentre en pocas manos, cuando las mayorías nacionales se debaten entre la pobreza y la indigencia; políticas estatales que han motivado que en Bolivia existan ciudadanos de primera y ciudadanos de segunda clase; que existe un desequilibrio en el desarrollo humano y el crecimiento económico entre las regiones.

En el contexto descrito resumidamente, es innegable que el Constituyente tiene que configurar la estructura económica sobre la base de los principios de justicia social, la equidad y la igualdad de oportunidades, para garantizar que los bolivianos y bolivianas se desarrollen en el marco del respeto de su dignidad humana; debe entonces adoptar sistemas y mecanismos que garanticen una distribución equitativa de la riqueza social entre los bolivianos y las bolivianas, pero también entre las unidades territoriales que conforman el Estado, para que a su vez éstas puedan generar las condiciones necesarias para lograr un desarrollo humano sostenible y sustentable, sobre la base del principio de justicia social, la equidad y la igualdad de oportunidad. Empero, debe evitar caer en el error de sólo cambiar de actores y arrastrar la inequidad, incurrir en actos de sobre proteccionismo de unos colectivos sociales y abandono total de otros colectivos sociales.

No cabe duda que el Constituyente ha introducido en el proyecto de Constitución normas básicas que garantizarán, no sólo la recuperación de los recursos naturales a favor del Estado, sino una administración estatal orientada al aprovechamiento sostenible y sustentable de dichos recursos superando las inequidades. Empero, en ese propósito incurre en algunos excesos y equívocos, que en la práctica generarán distorsiones y

reproducirán las inequidades y desigualdades en los bolivianos y bolivianas que pertenecen a los dos colectivos sociales.

El error tiene su origen precisamente en la conformación de los colectivos sociales sobre la base del origen étnico y del asentamiento territorial, reduciendo a dos que han sido reiteradamente descritos y nombrados. Debido a ese error, el proyecto de Constitución, si bien en su art. 306 define que el modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos, y que esa economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa; sucede que en la determinación de las obligaciones y acciones del Estado respecto a la protección y promoción, la inversión pública, la organización estatal de la economía, la adopción de políticas económicas estatales, y políticas sectoriales, así como el uso y aprovechamiento de recursos naturales centra su atención a la economía comunitaria; pero algo más grave aún, reduce el alcance de la economía comunitaria al colectivo social conformado por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, olvidando que en el otro colectivo social conformado por bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas, existen personas que viven en la extrema pobreza y la indigencia; además olvidando que en ese colectivo social existen otras formas de economía comunitaria.

Al respecto es muy ilustrativa la definición prevista por el art. 307 del proyecto de Constitución, que textualmente prevé lo siguiente: “El Estado reconocerá, respetará, protegerá y promoverá la organización económica comunitaria. Esta forma de organización económica comunitaria comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida social, fundados en los principios y visión propios de las naciones y pueblos indígena originario y campesinos”; adviértase que la disposición constitucional glosada consigna dos normas. La primera, define la obligación del Estado de reconocer, respetar, proteger y promover la organización económica comunitaria, lo cual resulta muy encomiable en el propósito de acortar las brechas entre unos que acumulan gran parte de la riqueza social y otros que apenas cuentan con su fuerza de trabajo. La segunda, define lo que comprende la organización económica comunitaria, rediciéndola a los sistemas de producción y reproducción desarrollados por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, excluyendo las otras formas de organización económica comunitaria que se desarrollan en las áreas urbanas.

En ese mismo contexto, el art. 336 del proyecto de Constitución prevé que “El Estado apoyará a las organizaciones de economía comunitaria para que sean sujetos de crédito y accedan al financiamiento”; tomando en cuenta la definición de la economía comunitaria, prevista por el art. 307 del proyecto, se identifica un factor de ponderación positiva solo a favor de un colectivo social, excluyendo a los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas y que tienen organización de economía comunitaria que requieren también de apoyo, promoción y protección del Estado; sin embargo, dada la configuración adoptada por el proyecto de Constitución es de suponer que no recibirán ese apoyo del Estado.

De otro lado, con relación al uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, el proyecto de Constitución nuevamente introduce factores de tratamiento diferenciado a los colectivos sociales, con un factor de ponderación positiva extrema hacia el colectivo conformado por las naciones y pueblos indígena originario campesinos. En efecto, el art. 374.II del proyecto, prevé que “El Estado reconocerá, respetará y protegerá los usos y costumbres de las comunidades, de sus autoridades

locales y de las organizaciones indígena originaria campesinas sobre el derecho, el manejo y la gestión sustentable del agua”; la norma glosada constituye un exceso que en su aplicación concreta generará graves problemas y conflictos por las siguientes razones. En primer lugar, en todo Estado los recursos hídricos son de dominio originario del Estado, por lo tanto es éste el que define mediante Ley el uso y aprovechamiento por los particulares, que son las personas naturales o físicas y las colectivas o jurídicas; ello en razón a la importancia vital que tienen estos recursos para la vida de la humanidad en general. En segundo lugar, debido al calentamiento global de la tierra uno de los grandes problemas que deberá enfrentar la humanidad en el futuro es la escasez del agua; por lo tanto, los futuros conflictos entre los Estados y entre colectividades humanas serán por el uso del agua. En tercer lugar, los centros urbanos que tienen considerable concentración humana requieren de volúmenes importantes de agua para la subsistencia de la población, y esos volúmenes de agua son aprovisionados de presas constituidas en territorios de pueblos indígenas y comunidades campesinas y, en su caso, de pozos ubicados en esos mismos territorios, es el caso de la ciudad de Cochabamba que se aprovisiona de agua potable de fuentes que se encuentran ubicados en territorios de pueblos indígenas y comunidades campesinas. En cuarto lugar, en ejercicio del derecho que les reconoce la norma constitucional glosada y objeto de análisis, los pueblos indígenas y comunidades campesinas, a través de sus autoridades locales y en el marco de sus usos y costumbres, podrían disponer la aplicación de turnos para el aprovechamiento del agua, y en su caso disponer el corte del suministro, dejando sin este recurso elemental a los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas.

Con relación a la distribución de la tierra destinada a la producción agrícola y pecuaria, el art. 395 del proyecto de Constitución prevé lo siguiente: “Las tierras fiscales serán dotadas a indígena originario campesinos, comunidades interculturales originarias, afrobolivianos y comunidades campesinas que no las posean o las posean insuficientemente, de acuerdo con una política estatal que atienda a las realidades ecológicas y geográficas, así como a las necesidades poblacionales, sociales, culturales y económicas”; con esa previsión nuevamente se privilegia a un colectivo social y se discrimina a los miembros del otro colectivo social conformado por bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas. En efecto, la norma objeto de análisis reconoce el derecho exclusivo a la dotación de la tierra a los miembros de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales originarias y comunidades afrobolivianas; por lo tanto, excluye a los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas pero que viven en la extrema pobreza, a los mestizos que no son propiamente indígenas pero requieren trabajar la tierra, como una posibilidad de generarse el sustento diario para sí y su familia. La pregunta elemental es ¿cuál la razón valedera para excluir estos sectores sociales de la dotación de la tierra?; ¿acaso ellos son bolivianos y bolivianas de segunda categoría?

5.3. El tema de la equidad de género como parte del colectivo social

Un tema que recibe un tratamiento inadecuado es el referido a la equidad de género, como parte del colectivo social que propone el proyecto de Constitución.

Tomando en cuenta que la construcción societal boliviana está caracterizada por un alto contenido patriarcal y, por lo tanto, un machismo extremo; un reto que tuvo en mano el constituyente fue cambiar esa lógica introduciendo la equidad de género como un principio

fundamental, y a partir de ello tomar como un eje transversal el tema en la configuración del sistema constitucional; imponiendo obligaciones negativas y positivas al Estado, para garantizar la eliminación de las desigualdades ancestrales con relación a la mujer. Las obligaciones negativas que signifiquen prohibiciones expresas, bajo pena de sanción, de acciones estatales plasmadas en el ámbito legislativo, administrativo o jurisdiccional que discriminen a la mujer por razón de género. Las obligaciones positivas para que adopte políticas legislativas, administrativas y jurisdiccionales que generen las condiciones materiales para superar las diferencias ancestrales.

Empero, el proyecto de Constitución reduce el tema de la equidad de género a los siguientes ámbitos: la proclamación de la equidad de género en la participación (art. 8); el uso del género en las referencias a las personas, autoridades o representantes, empleando tanto el masculino como el femenino; así, por ejemplo, bolivianos y bolivianas, Presidente y Presidenta de Estado; Diputado y Diputada; Magistrado y Magistrado; el derecho a la maternidad segura, como parte del derecho a la seguridad social (art. 45); el fuero de la inamovilidad laboral de la mujer durante el embarazo y de los progenitores hasta que el hijo o la hija cumpla un año de edad (art. 48.VI); y la garantía del Estado al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos (art. 66).

El Constituyente, en una falta de coherencia y verdadera voluntad de superar la construcción social patriarcal, no ha dado un correlato a esa proclamación formal del valor supremo de la equidad de género en la participación, toda vez que no ha incorporado normas expresas que garanticen el respeto de la equidad de género en el proceso de conformación de los órganos del poder constituido; en el uso y aprovechamiento de los recursos naturales; en la formulación de las políticas económicas; en la formulación de los planes y programas de desarrollo humano sostenible; en el ejercicio de los derechos fundamentales, como el acceso a la fuente laboral en igualdad de oportunidades sin sufrir discriminación alguna por razón de género, o el derecho a la distribución de la tierra destinada a la producción agrícola o pecuaria.

En el ámbito de la conformación de los órganos del poder constituido, el proyecto de Constitución no tiene previsiones expresas que generen las condiciones necesarias para garantizar una inclusión de la mujer sin que sea objeto de discriminación por razón de género.

Con relación al órgano Legislativo, en el art. 147.I del proyecto de Constitución se dispone que en la elección de asambleístas se garantizará la igual participación de hombres y mujeres; la pregunta lógica es ¿cómo garantizar la igual participación de hombres y mujeres en la elección de Diputados, si un 50% de ello elegidos en circunscripciones uninominales?; si se toma en cuenta que, a pesar de haber impuesto la cuota de género, en la práctica no sólo los partidos políticos sino las agrupaciones sociales no respetaron las reglas previstas por la Ley respecto al tema. No existe una norma que garantice que en la elección de los diputados y senadores se respetará la igualdad de acceso de hombres y mujeres; por lo tanto, la norma constitucional referida no deja de ser una mera proclama formal.

Respecto al órgano Ejecutivo, al margen de la alocución Presidenta o Presidente del Estado, Vicepresidenta o Presidente del Estado; no existe ninguna norma que genere las condiciones materiales para que la mujer pueda acceder a esos altos cargos; ni siquiera existe una norma que garantice que la mujer pueda ser designada Ministra de Estado sin ser objeto de discriminación por razón de género.

Con relación al órgano Electoral, cabe señalar que el proyecto de Constitución, al margen de garantizar la presencia mínima de los indígena originario campesinos, no prevé norma

alguna que garantice el acceso de la mujer al Tribunal Supremo Electoral o a los Tribunales Departamentales Electorales; la omisión es tan grande que ni siquiera las menciona.

En el ámbito del órgano Judicial se repite la omisión, pues al margen de la alocución de magistradas o magistrados, el proyecto de Constitución no incluye ninguna norma que genere las condiciones necesarias para eliminar las desigualdades y garantizar el acceso de la mujer a las funciones jurisdiccionales.

Respecto a la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, cabe señalar que el proyecto de Constitución no prevé norma alguna que garantice el acceso de la mujer al desempeño de la función, toda vez que en algunas naciones originarias o pueblos originarios la visión patriarcal está muy arraigada, entonces no existen mujeres ejerciendo la función de autoridades originarias; por lo tanto, éstas no tendrán las facilidades del caso para acceder al ejercicio de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina.

Lo propio sucede con relación a los órganos de función del Estado, como el Ministerio Público, la Contraloría General del Estado, la Defensoría del Pueblo; la Procuraduría del Estado; y con relación a los órganos de los gobiernos autónomos; pues no existe previsión alguna en el proyecto de Constitución que garantice el acceso de la mujer a dichas funciones sin ser objeto de discriminación por razón de género.

En resumen, se puede afirmar que el Constituyente no ha entendido que la discriminación de género no se supera con el uso del apelativo masculino y femenino para referirse a las altas autoridades o servidores públicos, ni con la incorporación de ciertos derechos, sino con la generación de las condiciones materiales y necesarias para eliminar las desigualdades ancestrales. Como quiera que no se crearon esas condiciones, por los resultados que podemos anticipar, la Constitución perpetuará la discriminación de las mujeres.

6. El proyecto de Constitución y el nuevo Estado

Una tercera perspectiva para efectuar el análisis del proyecto de Constitución es la referida al nuevo Estado boliviano que se pretende construir.

La finalidad que se persigue en esta parte del trabajo es realizar un estudio y análisis crítico valorativo de las normas consignadas por el proyecto de Constitución en torno la forma de Estado y su caracterización; el régimen de gobierno propuesto para ese nuevo tipo de Estado; la estructura de los órganos del poder constituido, a través de los cuales se ejercerá el poder político del Estado en el nivel nacional; ello para determinar si el nuevo diseño responde a la necesidad de cambiar ese viejo Estado centralizado constituido sobre una lógica de construcción homogénea de la sociedad esencialmente heterogénea, y con una distribución inequitativa de la riqueza social, ese Estado que fue duramente interpelado en la crisis social y política de octubre de 2003.

Con la misma finalidad, en esta parte del trabajo, también se desarrolla un estudio y análisis crítico del modelo de distribución territorial del ejercicio del poder político que propone el proyecto de Constitución aprobado en detalle por la Asamblea Constituyente; lo que supone un análisis del régimen autonómico que plantea el proyecto; a objeto de verificar que ese modelo responde a la voluntad ciudadana expresada en el referéndum popular de julio de 2006, en el que los ciudadanos y ciudadanas de los departamentos de Santa Cruz, Beni, Tarija y Pando se pronunciaron mayoritariamente por adopción de un régimen de autonomías departamentales.

Finalmente, se efectúa un análisis del procedimiento de reforma constitucional previsto en el proyecto de Constitución, con la finalidad de determinar si el mismo garantiza el equilibrio y balance entre las necesidades de estabilidad constitucional y los requerimientos de adecuación de la normativa constitucional que conllevan los procesos de cambio social, político y económico; o, al contrario, deja a la Constitución expuesta a los vaivenes políticos y la voluntad arbitraria de mayorías circunstanciales que pretenderán cambiarla para adecuarla a sus propósitos de legitimarse, consolidarse y perpetuarse en el poder.

6.1. El nuevo diseño del Estado boliviano

No cabe duda alguna que uno de los grandes desafíos que tiene el presente proceso Constituyente es el transformar el viejo Estado centralista con una estructura social excluyente, una estructura económica que generó inequidad y desequilibrios en el desarrollo humano; una estructura política en crisis con total falta de credibilidad, de legitimidad y representatividad del viejo sistema político.

Es importante recordar que las demandas de reforma total de la Constitución expresadas en la crisis social y política que enfrentó y enfrenta Bolivia, tuvo su origen, entre otros, en; i) el agotamiento del viejo modelo de Estado unitario centralizado, adoptado a partir de su fundación en 1825, mediante la Ley de 13 de agosto de 1826, consolidado en la Constitución “bolivariana” de noviembre de 1826 y mantenido hasta el presente con algunas pequeñas modificaciones orientadas a implementar una descentralización administrativa no la política; ii) la no integración material de los pueblos indígenas originarios al sistema constitucional; y iii) el agotamiento del modelo económico adoptado en agosto de 1985, como parte del denominado proceso de “Reformas estructurales del Estado”, que si bien estabilizó la economía e intentó el ingreso a una economía de mercado no resolvió los problemas de la extrema pobreza en la que se encuentran los sectores sociales mayoritarios y profundizó las diferencias, manteniendo elevados índices de pobreza, desocupación, falta de cobertura de servicios esenciales de salud, saneamiento básico, educación y seguridad social.

Entonces, la Asamblea Constituyente tenía la misión de diseñar un nuevo Estado con una estructura social basada en la inclusión que genere la unidad nacional reconociendo y respetando la diversidad; con una estructura económica productiva y competitiva, sobre la base del aprovechamiento sostenible, y racional de los recursos naturales, para garantizar una distribución equitativa de la riqueza social; una estructura política con una sólida legitimidad, representatividad y credibilidad, configurada sobre la base de la separación de funciones y la distribución territorial del ejercicio del poder político, para lograr un gobierno democrático limitado; y una estructura jurídica que, sobre la base del principio de supremacía constitucional, determine las condiciones de validez de las leyes y los actos o decisiones de los gobernantes, garantizando la plena vigencia de los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas, como base esencial de la convivencia pacífica entre los bolivianos, y la construcción democrática de la sociedad boliviana.

Ante ese desafío, la Asamblea Constituyente tomó la decisión de diseñar un nuevo modelo de Estado que, según se proclama en el preámbulo del proyecto de Constitución, estará basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; un Estado que se sustentará en el respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes

de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Para hacer viable ese nuevo modelo de Estado, la Asamblea Constituyente, por decisión mayoritaria, ha resuelto sustituir el Estado Republicano por un Estado unitario social de Derecho Plurinacional Comunitario; una determinación que, según se proclama en el preámbulo del proyecto de Constitución, tiene el propósito de superar el pasado colonial y neoliberal, y avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Sobre la base de esas definiciones de contenido principista, que marcan el espíritu de la Constitución, la Asamblea Constituyente decidió adoptar un *“Estado unitario social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías; fundado en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico”*. Así se define y caracteriza a la nueva Bolivia en el artículo 1º del proyecto de Constitución.

6.1.1. La eliminación de la República como base de la organización del Estado

En el propósito antes referido, la Asamblea Constituyente ha resuelto eliminar la República como la base de organización del sistema político del nuevo Estado que proyecta; ello es posible constatar en el cuarto párrafo del preámbulo del proyecto de Constitución; en el que se proclama expresamente lo siguiente: *“Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos”*.

La proclama antes referida se constituye en un principio ideológico y espíritu de la Constitución; por lo tanto, será el presupuesto lógico y criterio rector de la organización y funcionamiento del nuevo Estado; lo que significa que ese principio debe y tiene que estar expresado en la parte normativa de la Constitución, como que en efecto así lo está, pues la República, como base jurídica y política de la organización del Estado, está eliminada definitivamente en la parte normativa del proyecto de Constitución.

Para comprender la magnitud de la declaración principista antes referida, cabe señalar que el preámbulo, según la doctrina constitucional, es la declaración del Poder Constituyente inserta en la parte inicial de la Constitución que pone de manifiesto el sentido último de todo el texto, los presupuestos filosóficos e ideológicos de que parte; en suma, es la parte que expresa el espíritu de la Constitución. El preámbulo, desde el punto de vista político, desempeña tres funciones principales: la primera, sintetiza la “decisión política fundamental”, en que toda Constitución consiste; la segunda, afirma el techo ideológico del régimen político, en la medida en que recoge los principios configuradores del Estado; y la tercera, contribuye a la potenciación del sentimiento constitucional. Desde el punto de vista jurídico, el preámbulo cumple la función de integrar la Constitución, constituirse en el canon de interpretación de las normas en ella insertas, así como de las normas subconstitucionales, convirtiéndose en un marco de constitucionalidad para estas últimas.

De lo referido se concluye que, lo expresado en el preámbulo del proyecto de Constitución, con relación a la República, no es una mera proclama, sino una toma de

posición del Constituyente en torno al tema, y expresada en un principio rector que orienta la configuración del sistema político del nuevo Estado que se proyecta.

6.1.1.1. Una introducción necesaria a la naturaleza de la República

Partiendo del origen semántico de la palabra, se puede afirmar que la República es un sistema político caracterizado por tener su base en la representación de toda su estructura mediante el derecho a voto; lo que implica que el electorado constituye la raíz última de la legitimidad y soberanía del sistema político adoptado por el Estado.

Tradicionalmente se ha definido la República como la forma de gobierno de los países en los que el pueblo tiene la soberanía o facultad para el ejercicio del poder, puesto que a través de su representación, las autoridades ejercen las funciones de los órganos estatales, y estos representantes son responsables ante sus mandantes.

Cabe señalar que, según la doctrina constitucional, la República no es la forma primitiva de organización del Estado, pues se trata de un modo de organización del sistema político del Estado que se adoptó en oposición a una organización monárquica, que existió anteriormente; aunque su estudio se remonta a la antigua Grecia en la que ya Platón y Aristóteles la conceptualizaron y la describieron.

La República tiene los siguientes principios: a) los hombres nacen y son libres e iguales en lo que atañe a sus derechos; b) el fin de toda asociación política es la preservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; y c) el pueblo es esencialmente el origen de toda soberanía; ningún individuo ni grupo de personas puede ser investido de otra autoridad que la que emane directamente del pueblo.

De los conceptos y principios referidos, siguiendo la doctrina constitucional, se puede identificar las siguientes características de República democrática moderna:

La ausencia de dinastías y de derecho hereditario al gobierno, puesto que en el sistema republicano cualquier persona, sin más restricción que las condiciones y los requisitos previstos por la Constitución y las leyes, puede acceder al ejercicio del gobierno.

El ejercicio del poder político está sometido a la condición básica de la legitimación democrática; lo que implica que todo poder político y la función pública, deriva de la voluntad ciudadana expresada directa o indirectamente.

Libre acceso a las funciones públicas para toda persona que reúna los requisitos y condiciones de la capacidad e idoneidad.

La responsabilidad de los actos en el ejercicio del gobierno; lo que significa que los gobernantes, y los servidores públicos deben responder de sus actos realizados ante el Estado y sus mandantes; responsabilidad de orden política, que deriva del incumplimiento de sus promesas electorales o los errores políticos en la conducción del Estado; y de orden jurídico, que deriva del incumplimiento o la infracción de las normas previstas por la Constitución y las Leyes.

El límite temporal al ejercicio de los cargos gubernamentales y la alternabilidad en el ejercicio del gobierno, sumada a las atribuciones limitadas.

Finalmente, los bienes del Estado son patrimonio de la comunidad en general, no de disponibilidad del gobernante. Los bienes de la comunidad política son inviolables, inalienables e imprescriptibles.

De lo referido se puede concluir que, más allá del origen cultural del término, en el constitucionalismo moderno y contemporáneo la República se constituye en la base esencial de organización del sistema político democrático del Estado, el cual se sustenta en la voluntad ciudadana como fuente de legitimación del ejercicio del poder público; que sustituye al sistema político monárquico o, en su caso, autocrático del Estado se sustenta en la voluntad omnipotente del monarca o soberano personal.

La República significa, por lo tanto, un sistema político democrático constitucional que se configura sobre la base de la separación y distribución de funciones del Estado; la distribución territorial del ejercicio del poder político; la plena vigencia y resguardo de los derechos fundamentales y libertades ciudadanas; el sometimiento de los actos y decisiones de los gobernantes a la Constitución; la legitimación democrática de la función pública, especialmente de los gobernantes; la periodicidad y alternabilidad en el ejercicio del gobierno; y, fundamentalmente, los sistemas de control del ejercicio del poder político, para lograr un gobierno limitado.

6.1.1.2. La República ya no es la base de organización del nuevo Estado

En el proyecto de Constitución, la República ya no es la base de organización del sistema político del nuevo Estado unitario social de Derecho Plurinacional Comunitario; pues ello está expresamente definido en el preámbulo del proyecto, ya que la deja atrás –entiéndase elimina- por identificarlo con un resabio del Estado colonial.

Como no podía ser de otra manera, en coherencia con el espíritu definido en el preámbulo, la parte normativa del proyecto de Constitución elimina la República como base esencial del sistema político del nuevo Estado.

En efecto, el art. 1. del proyecto de Constitución, al caracterizar al nuevo Estado boliviano, no hace referencia alguna a su cualidad republicana, sino a la de un Estado social de Derecho Plurinacional Comunitario. Tomando en cuenta la naturaleza jurídica de la República, contrastando con la de Estado Comunitario, y considerando el contexto político y social en que se aprobó el proyecto, además del espíritu de la Constitución, se entiende que se trata de un nuevo modelo que, eliminando la cualidad de lo colectivo o lo público –entendido como el de todos-, pretende construir lo comunitario, pero peligrosamente reducido a lo indígena originario campesino.

La hipótesis que antecede tiene su sustento en lo que se tiene ya referido en la primera y segunda parte de este trabajo; pues como se tiene referido en esas partes, el proyecto de Constitución ha agrupado a los bolivianos y bolivianas en dos colectivos sociales, el primero conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las áreas urbanas, y el segundo, constituido por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos; empero, en el reconocimiento de derechos fundamentales, el diseño de la estructura política y la configuración de los órganos del poder constituido y los sistemas de ejercicio de la función de participación y control social; así como en el diseño de la estructura económica, existen factores de ponderación positiva que reflejan el sentido teleológico del proyecto de Constitución que expresa un proyecto de ejercicio hegemónico del poder político a favor de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que se desplazará al orden económico, social y cultural; no otra cosa reflejan los tratos preferenciales a las naciones y pueblos indígena originario campesinos en el derecho exclusivo a la dotación de la tierra, el derecho

exclusivo del uso de recursos naturales renovables, los estímulos e incentivos económicos a su economía comunitaria, etc. Un trato preferencial que en el fondo no es tanto a los pueblos indígena originarios, como a las comunidades campesinas, que en ese propósito de tomar el control hegemónico del poder político, social y económico, se les ha otorgado la categoría de originarias, siendo así que, en esencia, las comunidades campesinas no son originarias.

De otro lado, la eliminación de la República, como base de organización del sistema político del nuevo Estado, se constata en todo el texto del proyecto de Constitución; así en la parte orgánica, al referir a las autoridades del órgano Ejecutivo, sustituye la figura del Presidente de la República y Vicepresidente de la República por el de Presidente y Vicepresidente del Estado (arts. 166 al 174); la Contraloría General de la República por el de la Contraloría del Estado (art. 213), y el Contralor General de la República por el de Contralor General del Estado (arts. 214, 215 y 216); el Fiscal General de la República por el Fiscal General del Estado (arts. 226, 227 y 228); se crea la Procuraduría General del Estado, ejercida por el Procurador General del Estado. No se trata de un problema de mera nomenclatura o de exquisitez conceptual; se trata de una encarnadura de los principios proclamados en el preámbulo de abandonar y dejar atrás el Estado Republicano, para reemplazarlo con el Estado de Derecho Plurinacional Comunitario; pues esas autoridades no son expresión de un Estado Republicano, sino de un Estado Comunitario.

Si bien es cierto que en las modificaciones introducidas y aprobadas por el Congreso Nacional, se ha modificado el texto del art. 11.I del proyecto aprobado por la Asamblea Constituyente, respecto al régimen de gobierno, pues el texto final prevé lo siguiente: *“La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres”*; no es menos cierto que esa modificación no restituye la República como la base de organización del nuevo Estado; toda vez que no se ha modificado el principio básico proclamado en el preámbulo; menos se ha modificado la caracterización del Estado prevista por el art. 1º del proyecto de Constitución, ni las partes del proyecto en las que se concretiza el principio de eliminación de la República.

La Asamblea Constituyente expone como fundamento de la eliminación de la República, como base de la organización del Estado, su supuesto origen colonial. El fundamento no resulta convincente; toda vez que del propio texto del proyecto de Constitución se puede inferir que la comprensión del término colonial está asociada a la invasión de España en el imperio incaico; así, al caracterizar a la nación y pueblo indígena originario, en su art. 30, el proyecto señala que *“...es nación y pueblo indígena originario campesino toda colectividad humana (...) cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”*. Si ello es así, no resulta coherente asociar la República o asignarle su origen a la invasión española; pues habrá de recordar que, no sólo durante la invasión sino durante todo el período que abarcó el dominio español, España era un Estado monárquico no republicano; fue en la constitución del Alto Perú como un nuevo Estado libre, soberano e independiente que se adoptó el régimen republicano, bajo la influencia del liberalismo francés.

En consecuencia, la razón para eliminar la República no es propiamente su supuesto origen colonial, sino el propósito de construir un nuevo modelo de Estado Comunitario, con hegemonía social, política y económica de un colectivo social, como es el conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos

indígena originario campesinos; una hegemonía que le permita imponerse sobre el otro colectivo social.

Pero en definitiva ¿qué alcances tiene esta determinación de la Asamblea Constituyente?. Dejar atrás el Estado republicano, significa renunciar a las bases que sustentan un régimen constitucional democrático, las que podríamos mencionar, de manera enunciativa no limitativa, como sigue: a) el principio de la soberanía popular, como el modo específico y peculiar de concebir el poder en el Estado, en el que el referente último es la voluntad del pueblo; b) la concepción plural de la sociedad, lo que supone una comprensión de la sociedad como un entramado en el que se interaccionan los diferentes grupos sociales, situados en un plano de igualdad, grupos que responden a la propia libertad del ser humano y que, a la par, proporcionan a éste la posibilidad de desarrollar libremente y en plenitud su personalidad; y c) la democracia como principio de convivencia, que significa la formación de todos y cada uno de los ciudadanos en un espíritu de respeto y tolerancia.

6.1.2. El Estado Social de Derecho Plurinacional Comunitario

Como se tiene ya referido, al caracterizar a la nueva Bolivia, el proyecto de Constitución, en las normas previstas por el art. 1º, la define como un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario. Si bien no es propiamente original, se trata de un modelo de organización política, social, económica y cultural muy particular que, a pesar de incluir elementos del constitucionalismo clásico y el constitucionalismo contemporáneo, no se encuadra en los cánones ni moldes de la teoría constitucional ni la teoría política.

Por la redacción de la norma constitucional referida se podría mencionar que la definición del nuevo modelo de Estado puede dar lugar a dos lecturas e interpretaciones con resultados diferentes. La primera, desde una perspectiva esencialmente jurídica – constitucional, sobre la base de la teoría constitucional; y la segunda, desde una perspectiva esencialmente política, sobre la base del contexto social y político en el que se ha elaborado y aprobado el proyecto, así como el espíritu de la Constitución adoptada por la Asamblea Constituyente.

Desde la perspectiva jurídico – constitucional, la lectura e interpretación de la norma constitucional prevista por el art. 1º del proyecto de Constitución, puede conducir a la conclusión de que se trata de un nuevo modelo de Estado atípico, aunque no original, que en su redacción refleja la configuración del Estado en sus diferentes dimensiones; la del sistema político y consiguiente definición de la distribución del ejercicio del poder político a nivel territorial (lo Unitario); la referida a la configuración de su estructura económica y las bases o criterios para la adopción de las políticas estatales en el orden social y económico (lo Social); la de su estructura jurídica, referida al sometimiento del Estado a un ordenamiento jurídico (lo de Derecho); la de su estructura social, política y cultural, referida a la concurrencia de diversas naciones en la conformación del Estado (lo Plurinacional); y la referida a los niveles de participación social en la gestión pública (lo Comunitario).

El modelo recoge elementos del constitucionalismo clásico en cuanto concierne al ejercicio del poder político al definir como unitario el Estado; lo que implica que Bolivia asumirá una organización estatal sobre la base de la unidad política y administrativa, lo que significa que el Estado asumirá una estructura piramidal en la que las órdenes

desciendan hasta la base y los recursos ascienden desde la base hacia el vértice. Según la doctrina constitucional clásica el Estado Unitario, es aquel en el que el ejercicio del poder político queda centralizado territorialmente, es decir, el gobierno central asume toda la autoridad para regir la actividad interna del Estado, a través de un ordenamiento legal único que rige en todo su territorio; se caracteriza por la centralización de sus poderes, es decir, esta dotado de un centro único de impulsión política, que acumula la totalidad de las atribuciones y funciones que corresponden a la persona jurídica estatal y consta de un solo aparato gubernamental, que lleva acabo toda las funciones del Estado; ello implica una soberanía única, por lo mismo un Poder Constituyente único; lo que en el plano jurídico se manifiesta en una Constitución y legislación única que rigen los destinos de todo el Estado. Esta forma puede tener su variable caracterizada como Estado Unitario complejo, aquel en el que se hace compatible la unidad constitucional y política con la desconcentración y la descentralización político administrativa, que puede darse por diversas formas, entre ellas la modalidad de las autonomías regionales o departamentales.

En el marco de la doctrina del constitucionalismo contemporáneo, el Estado Social significa un modelo de organización social, política y económica que tiene su base en los valores supremos de la dignidad humana, la igualdad y la justicia, en el que la política estatal esté orientada a garantizarle a su población las condiciones básicas para una existencia digna de seres humanos, como seres dotados de un fin propio, y no cual simples medios para fines de otros; lo que significa que el papel del Estado no debe reducirse a resguardar el orden público y no interferir ni vulnerar las libertades de las personas, sino principalmente a contrarrestar las desigualdades sociales existentes y ofrecer a todos sus nacionales las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar las necesidades materiales. Ello implica que, el Estado debe desplegar políticas orientadas, entre otras, a proteger y atender de manera especial a los sectores sociales con mayores desventajas, como aquellas que tengan debilidad manifiesta por su condición económica, por carencia de trabajo, o por la disminución de su capacidad física, prestándoles asistencia y protección necesarias en el marco de las posibilidades económicas que estén a su alcance.

De otro lado, cabe señalar que según la doctrina constitucional, el Estado de Derecho significa que la actividad estatal se rige por un ordenamiento jurídico que obliga por igual a todos, gobernantes y gobernados; un ordenamiento jurídico en cuya cúspide se encuentra la Constitución en la que se consagran los valores fundamentales como los máximos ideales de la sociedad; los principios fundamentales como los criterios rectores de la política interna y externa del Estado informando el ordenamiento jurídico y político; los derechos fundamentales y garantías constitucionales, como el límite natural al poder del Estado, así como del propio poder individual de las personas frente a las otras. Un Estado de Derecho tiene por finalidad mantener un clima de convivencia pacífica y armonía social, sobre la base del respeto y protección de los derechos fundamentales de las personas, asegurando al individuo una esfera de libertad y protección contra la violencia, tanto estatal como particular, reprimiendo, incluso con la fuerza, las actividades violentas de los demás individuos que vulneran esa órbita de libertad y ponen en riesgo la vida, la salud y la dignidad humana.

Con relación al Estado Plurinacional, corresponde señalar que no es posible encuadrarlo en la doctrina constitucional clásica ni contemporánea; pues se trata de una nueva modalidad de organización política de la sociedad que, como manifiestan sus impulsores, se trata de “un modelo de organización social y política para la descolonización de las

naciones y pueblos, reafirmando, recuperando y fortaleciendo la autonomía territorial". De manera que siguiendo los fundamentos expuestos en los debates de la Comisión de Visión de Estado por quienes lo sustentan, podríamos inferir que se trata de un modelo de Estado que se organiza política, social y jurídicamente sobre la base de la unión de varias naciones y pueblos indígenas originario campesinos bajo una misma Constitución y Gobierno estatal, pero con el reconocimiento a esas naciones de su territorio propio, su régimen económico, su idioma, su sistema jurídico y el derecho de autogobernarse, con competencias administrativas, económicas y culturales; lo que implica que, en este modelo de Estado se parte del concepto de nación política, y no solamente del concepto de nación cultural; de lo que podría concluirse que se trata de un Estado compuesto o asociado próximo a un Estado Federativo - autónomico, ya no de un Estado uninacional.

Respecto al Estado Comunitario, cabe señalar que según la doctrina se sustenta en la escuela social y política del comunitarismo, que como sugiere Amitai Etzioni, en su libro *La Nueva regla de Oro*, pasa por encima de la vieja discusión entre pensamientos de izquierda o de derecha y sugiere una tercera filosofía social. La razón básica que hace indispensable este reordenamiento es que el mapa izquierda-derecha se centra en el papel del gobierno en contraposición con el sector privado y en la autoridad del Estado en contraposición con el individuo"; de manera que el eje de reflexión para el comunitarismo, más allá del dualismo Izquierda-Derecha, es la relación entre la persona y la comunidad, las necesarias autonomías y libertades para la persona en un proyecto democrático y el necesario orden para que la comunidad logre formas de justicia integral. Entre algunas de las características del comunitarismo se pueden identificar las siguientes: su visión central es la digna distribución de riqueza económica, poder político y poder cultural; propone una concurrencia del Estado, del mercado y de un fuerte sector de empresarialidad social y solidaria en la gestión del bien común; supera la visión dualista privado vs público, y reconoce la necesaria concurrencia de estos dos sectores, con sus respectivas lógicas económicas y formas jurídicas en la gestión del bien común; en la perspectiva comunitarista, el mercado, el Estado y los emprendimientos solidarios han de contribuir en la generación de riqueza económica, en su justa distribución y en el desarrollo de capital social de toda comunidad; afirma la necesidad de entender la democracia no sólo como un procedimiento sino también como la construcción cotidiana de actitudes y hábitos que permitan hacer trámite creativo de la diversidad, de la complejidad de intereses y conflictos que transitan por la trama social de las comunidades contemporáneas; tiene un fundamento antropológico, la persona, que supera la visión individualista de estirpe liberal privatista y también trasciende aquella visión que reduce al ser humano a ser solo un ciudadano preocupado por la construcción de lo público estatal; en la perspectiva comunitarista, la solidaridad, y el acto de solidarizarse, se lee como un derecho que tiene toda persona u organización, el cual se puede ejercer de manera autónoma y gozosa, satisfaciendo los intereses propios y de los otros, llegando a ella por persuasión y seducción. Esta modalidad de Estado fue propuesta por el Presidente de Colombia Alvaro Uribe, como parte de lo que denominó como "Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006. Hacia un Estado Comunitario", para lograr la "seguridad democrática" en Colombia.

Ahora bien, corresponde señalar que el Estado Comunitario, asumido en el Proyecto de Constitución difiere en absoluto del modelo referido precedentemente; se trata de un modelo particular, pues se entiende que en la concepción de los autores del Proyecto de Constitución y de quienes la aprobaron, implica un modelo de Estado que institucionaliza *"(..) la fuerza participativa de las colectividades sociales: sindicatos, gremios, movimientos sociales, comités cívicos, como un segundo piso de la institucionalidad*

democrática”, de manera que “(..) esas organizaciones, en lugar de ir por fuera de las instituciones, se canalicen en las propias instituciones”, convirtiéndose “(..) en un nivel de consulta para tratar asuntos estratégicos del país con estas organizaciones sociales de manera institucionalizada”, y de esa forma “(..) la sociedad civil organizada tenga una participación permanente en las grandes decisiones del Estado”¹⁷. Según sostienen, Comunitario no es agrario, tampoco es un regreso al Tahuantinsuyo; Comunitario es reconocimiento de las colectividades de la sociedad civil en su lógica y dinámica política y democrática; de manera que, en la dimensión que se propone, el Estado Comunitario podría ser el equilibrio perfecto entre la sociedad política totalizadora y la sociedad civil democratizadora.

Desde la perspectiva esencialmente política, la lectura e interpretación de la norma prevista por el art. 1º del proyecto de Constitución puede dar lugar a una conclusión diferente a la anterior; en el sentido de que la alocución “Estado unitario social de Derecho Plurinacional Comunitario”, denota la caracterización de un nuevo sistema político que, abandonando su condición de Estado Uninacional, se configura como un Estado compuesto; y, abandonando su condición de Estado republicano, se convierte en Estado Comunitario, cuya estructura jurídica se sustenta en el pluralismo jurídico y, esencialmente, en el Derecho Comunitario, entendido éste como el producido por las naciones y pueblos indígena originario campesinas. Esta hipótesis tiene su sustento en lo siguiente:

En primer lugar, tomando en cuenta el contexto social y político en que se elaboró y aprobó el proyecto, así como el fin último que persigue el Constituyente, del propio texto del proyecto se puede inferir que el nuevo Estado se organiza política, social y jurídicamente sobre la base de la unión de varias naciones, que tienen su territorio, un sistema propio y particular de organización política, una estructura económica, un sistema jurídico propio, y el derecho a la libre determinación, que implica un autogobierno. Por lo tanto, ya no se trata de un Estado Uninacional, de un Estado único, sino de un Estado compuesto.

En segundo lugar, la forma en que está redactada la norma objeto de análisis da lugar a que se entienda que la estructura jurídica es de Derecho Plurinacional y Comunitario, es decir, aquel sistema jurídico creado o construido por las naciones y pueblos indígena originario campesinas, no así por un Derecho Estatal. En efecto, en el texto de la norma analizada, después de la alocución “de Derecho”, referida a la definición de la estructura jurídica y el sometimiento del Estado a dicha estructura, no existe una coma que separe esa cualidad de las otras cualidades del Estado, es decir, de lo “Plurinacional” y lo “Comunitario”; por lo tanto, la frase “de Derecho Plurinacional Comunitario”, da lugar a que se entienda en el sentido antes referido, de que se trata de un Estado que se configura sobre la base de un sistema jurídico plural creado y generado por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, antepuesto al Derecho estatal.

De ser ese el espíritu de la Constitución proyectada, la pregunta obligada es ¿cuál es el sistema jurídico de las Comunidades Campesinas, es decir, cuál es el Derecho creado y generado por éstos colectivos humanos?. Se entiende que los pueblos indígenas originarios cuentan con un sistema jurídico propio, dada su preexistencia a la colonización española; un sistema que, entre sus elementos, tiene un verdadero Derecho consuetudinario que, en algunos casos, ya ha sido contaminado con el Derecho

¹⁷ Los fundamentos glosados han sido extraídos de una entrevista conferida por el Vicepresidente de la República, Álvaro García Linera, al matutino La Prensa, el 21 de febrero de 2007, para explicar el modelo de Estado que proponía el MAS, para que se adopte en la nueva Constitución.

Estatal; pero no es posible entender que las Comunidades Campesinas, muchas de ellas creadas recién hacen dos décadas atrás, cuenten con un verdadero sistema jurídico, ni siquiera con un Derecho consuetudinario. La única posibilidad que cuenten con uno particular es que en adelante vayan creando sus normas jurídicas que se constituirán en Derecho consuetudinario, paralelamente vayan creando una jurisdicción, para que se constituya un sistema jurídico de esas Comunidades Campesinas; en cuyo caso se tratará de un Derecho particular de un colectivo social impuesto como un Derecho Estatal al otro colectivo social.

Como una forma de dar contenido al nuevo Estado Plurinacional el proyecto de Constitución ha consagrado la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, definiendo el alcance de la misma, entre otros, a la consolidación de sus entidades territoriales, sobre la base del dominio ancestral de sus territorios. En efecto, el proyecto de Constitución, en su art. 2, prevé expresamente lo siguiente: *“Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”*.

La norma constitucional que, parece tener su fuente de inspiración en la “Declaración de los Derechos de los Pueblos de Rusia¹⁸”, post revolución de octubre de 1917, más que en la necesidad de integración e inclusión de los pueblos indígenas originarios, incurre en una grave omisión; la de no definir con claridad y precisión cuáles son esas naciones y pueblos indígena originario campesinos; no especifica si existen diferencias entre naciones y pueblos originarios; entre pueblos originarios y pueblos no originarios y las comunidades campesinas.

Entendemos que no todas las colectividades humanas asentadas en las áreas rurales del territorio del Estado boliviano son naciones originarias, ni siquiera pueblos indígenas originarios; pues existen pueblos indígenas no originarios; además que las comunidades campesinas no son originarias. Empero, dada la forma en que se ha estructurado el texto constitucional, pareciera que todas las esas colectividades humanas son catalogadas por el proyecto de Constitución como naciones y pueblos indígena originario campesinos; pues el texto del art. 5 del proyecto, conduce a esa conclusión, cuando en él se nombran los idiomas oficiales del Estado, el castellano y 36 idiomas originarios; de lo que podría inferirse que si cada idioma pertenece a una nación, existen 36 naciones; empero, habrá de tenerse presente que, como nos recuerda Filemón Escobar¹⁹, citando la obra “Sobre el Problema Nacional y Colonial de Bolivia” de Jorge Obando, en la década del '50 se hacía referencia sólo a cinco naciones principales como los Aymaras, Quechuas, Chiquitos, Moxos y Chiriguano; ocho naciones pequeñas como los Chapacuras, Itonamas, Canichanas, Movimas, Cayuvavas, Pacaguaras, Iténez y Guarayos; y varias “varias tribus y grupos etnográficos” que, en total, suman veintiún

¹⁸ En la mencionada Declaración el nuevo régimen de gobierno prometió la emancipación de las minorías soviéticas prometió sobre la base de los siguientes principios básicos: “La igualdad y la soberanía de los pueblos de Rusia; el derecho de los pueblos de Rusia a la libre autodeterminación, incluso hasta el grado de separación y la formación de estados independientes; la abolición de todos los privilegios y restricciones nacionales y nacional-religiosos y el libre desarrollo de las minorías nacionales y los grupos etnográficos que habitan en Rusia”.

¹⁹ El connotado líder minero, fundador y ex militante del MAS, en una Carta abierta dirigida al Presidente Evo Morales Ayma, hace un extraordinario análisis documentado sobre las fuentes del nuevo modelo de Estado Plurinacional, que, según sostiene en el referido documento, “es una copia de un viejísimo pensamiento de la vieja izquierda tradicional”, concretamente del Partido Comunista de Bolivia que plasmó la idea en su Primer congreso Nacional, inspirado en los principios proclamados en la Declaración de los Derechos de los Pueblos de Rusia de 1917.

grupos. Entonces surge la pregunta obligada ¿cuáles son las 36 naciones que constituyen el Estado Plurinacional?; la identificación de las mismas resulta de trascendental importancia; pero el proyecto de Constitución incurre en la grave omisión de no identificarlas.

De otro lado, cabe señalar que si bien es cierto que la norma prevista por el art. 2 del proyecto de Constitución se encuadra en la naturaleza de un Estado Plurinacional, y en lo concerniente al derecho de las naciones y pueblos indígenas originarios a la consolidación de sus entidades territoriales, sobre la base del dominio ancestral, podría ser entendida como una forma de dar cumplimiento al compromiso internacional asumido por el Estado boliviano en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o a la última declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Septiembre de 2007; no es menos cierto que conlleva un exceso en sus alcances en cuanto concierne a las Comunidades Campesinas; ello por las siguientes razones:

En primer lugar, porque, como se tiene ya referido en la segunda parte de este trabajo, las Comunidades Campesinas no son originarias, ya que su existencia no es anterior a la invasión colonial española, ni se trata de colectividades humanas que compartan una identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión; pues muchas comunidades campesinas han sido creadas en la segunda mitad del Siglo XX, y están integradas por personas que provienen de diferentes raíces culturales y tradiciones, además hablan diferentes idiomas; así, por ejemplo, se podría mencionar el caso de las Comunidades Campesinas del Trópico Cochabambino. Habrá de recordar que el Convenio 169 de la OIT, en su art. 1.1.b) define los pueblos indígenas son considerados “(..) *por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o de la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas*”.

En segundo lugar, porque las comunidades campesinas no tienen dominio ancestral sobre territorio alguno; toda vez que, de un lado, como Comunidad Campesina no cuentan con territorio alguno que se encuentre bajo su dominio, salvo casos excepcionales en los que, por dotación del Estado en el marco de la reforma agraria, sus integrantes cuentan con propiedades colectivas; y, de otro, en el caso de los miembros de las Comunidades Campesinas, si bien ocupan tierras que las producen, las mismas les fueron dotadas por el Estado en el marco de las normas previstas por la Constitución, dotación que fue realizada a partir de la Reforma Agraria al presente; de manera que no podría sostenerse que tienen un dominio ancestral sobre sus territorios.

En consecuencia, como ya se tiene referido en otras partes de este trabajo, no resulta razonable que catalogue a las comunidades campesinas como pueblos indígenas originarios, y se les reconozca el derecho a la libre determinación, y con ello el derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales sobre la base del dominio ancestral sobre territorios que no lo han tenido ni poseído. Cabe señalar que ese reconocimiento del derecho de libre determinación a las comunidades campesinas tendrá consecuencias de orden político, jurídico y económico. En el ámbito jurídico, con relación a la tierra implica la no afectación de las tierras que ocupan sus integrantes, lo que supone una sustracción de la regla básica para la adquisición y conservación de la propiedad sobre la tierra, como es el trabajo; pues aún en el caso de que no trabajen la tierra no podrán

ser revertidas al dominio del Estado. En el ámbito económico, implica el derecho al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales existentes en el territorio en el que se encuentran asentadas las comunidades campesinas y las tierras que sus integrantes poseen en propiedad por dotación del Estado.

Otra consecuencia del reconocimiento del derecho a la libre determinación que incluye el derecho a la consolidación de las entidades territoriales de las comunidades campesinas será la generación de conflictos entre comunidades campesinas y de éstas con las naciones y los pueblos indígena originarios, en el proceso de delimitación territorial, que será necesario e imprescindible realizar para determinar los alcances de la jurisdicción y competencia de cada una de las naciones y pueblos indígena originarios, así como de las comunidades campesinas; pues el derecho a la autonomía y el autogobierno, y el derecho de ejercer la Jurisdicción Indígena Originario Campesina, obliga a realizar una clara y precisa delimitación territorial. Esa tarea obligará al Estado a definir los criterios poblacionales y espaciales para el reconocimiento de espacios geográficos mínimos para cada nación, pueblo indígena originario y comunidad campesina; de otro lado, definir criterios de agrupamiento de naciones, pueblos, y comunidades aisladas o afines en comunidades regionales, porque algunas naciones, cuya población es ya muy reducida, por sí solas no podrán encarar un desarrollo humano sostenible y sustentable en el marco del ejercicio de su derecho de autodeterminación.

La tarea de la delimitación territorial presentará dificultades concretas, debido a que en el caso de las dos naciones más grandes, como son la nación quechua y la nación aymara, sus territorios no tienen una continuidad geográfica, pues existen interrupciones por la creación de centros urbanos hoy asentados por una población no necesariamente aymara o quechua, sino mestiza o de otras culturas; también existen enclaves quechuas entre los aymaras o viceversa. La otra gran dificultad será delimitar el territorio de una comunidad campesina con relación a una nación indígena originaria, pues existen superposiciones territoriales que, al momento de realizar la delimitación, generarán conflictos de orden social y político entre esas colectividades humanas.

Como parte del Estado Plurinacional el proyecto de Constitución, ha definido expresamente los idiomas oficiales, enumerando en su art. 5 un total de 36 idiomas de las naciones y pueblos indígena originarios, lo que significa que, incluyendo el idioma español, el Estado boliviano tiene 37 idiomas oficiales. Ese reconocimiento tendrá grandes implicaciones en la vida institucional del Estado. En primer lugar, en el funcionamiento del órgano legislativo tendrá que implementarse sistemas de traducción de la documentación (proyectos de leyes, tratados internacionales, contratos que deben ser autorizados y aprobados, etc.), asimismo implementar sistemas de traducción simultánea para las sesiones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, a los 37 idiomas oficiales del Estado; ello tendrá altos costos económicos para el Estado. En segundo lugar, el órgano judicial y la jurisdicción constitucional, deberán adoptar como idiomas de trabajo los 37 idiomas oficiales del Estado, lo que significa que las sentencias judiciales debieran ser traducidas a los idiomas oficiales, cuando menos a los que corresponden al Distrito Judicial Respectivo, cuando se trata de Autos de Vista y sentencias de instancia; pero a todos los idiomas cuando se trata de un Auto Supremo emitido por el Tribunal Supremo de Justicia, o de Sentencia Agraria emitida por el Tribunal Agroambiental; y sentencia constitucional emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional. En tercer lugar, el sistema educativo del Estado tendrá que insertar en los diseños curriculares la enseñanza de los idiomas oficiales del Estado, cuando menos del o los idiomas existentes en cada Departamento; ello por su carácter de idiomas oficiales y, además,

porque uno de los requisitos para acceder a la función pública es hablar cuando menos dos idiomas oficiales.

6.2. El régimen de gobierno

Respecto al régimen de gobierno, el proyecto de Constitución, en su art. 11 modificado en el Congreso Nacional, haciendo referencia a la República de Bolivia, no así al Estado republicano, define que será el democrático participativo, representativo y comunitario, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. De otro lado, la referida disposición constitucional define las formas en que se ejercerá el régimen de gobierno democrático. Con relación a la democracia Directa y participativa, define que se la ejercerá por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Respecto a la democracia representativa, determina que se la ejercerá por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley. Con relación a la democracia comunitaria, define que se la ejercerá por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley.

Según la doctrina constitucional contemporánea el régimen democrático entraña distintas características del régimen político. De un lado, que los titulares del poder público ejercen esa calidad en virtud de la voluntad de los ciudadanos, expresada a través de las elecciones basadas en el sufragio universal; y de otro, la relación de los ciudadanos con el poder político no se reduce a la emisión del voto para elegir a sus representantes y gobernantes, sino que también se exprese en una participación activa y efectiva en la toma de decisiones, a través de mecanismos como el referéndum popular, la planificación participativa, así como el control social y la iniciativa legislativa; y, finalmente, que la democracia sea expresada como la capacidad de respeto a los demás, la capacidad del diálogo y el respeto por la discrepancia, de manera tal que la voluntad de las mayorías no pueda llegar al extremo de desconocer los derechos de las minorías ni los derechos fundamentales de las personas.

El régimen de gobierno democrático definido en el proyecto de Constitución tiene sus particularidades; toda vez que se trata de una democracia compuesta, ya que combina las formas tradicionales del ejercicio de la democracia, como son la democracia indirecta o representativa y la democracia semidirecta o participativa, con una forma particular y propia de ejercicio democrático, como es la democracia comunitaria. Se trata de un régimen que combina las instituciones del Estado demoliberal con las de un nuevo modelo de Estado Plurinacional Comunitario.

Según la doctrina constitucional, la democracia participativa o semidirecta es el régimen de gobierno en el que el pueblo ejerce directamente una parte de su soberanía, al concurrir a la toma de decisiones políticas trascendentales para el Estado mediante mecanismos e instituciones creadas para el efecto, y delega el ejercicio de otra parte de su soberanía a sus mandatarios o representantes. Es un régimen de gobierno en el que, si bien el pueblo elige a sus mandatarios y representantes, la relación de los ciudadanos con el poder político no se reduce a la emisión del voto para elegir a sus representantes y gobernantes, sino que también se expresa en una participación activa y efectiva en la toma de decisiones, a través de mecanismos previstos por la Constitución, como son el referéndum popular, el plebiscito, la planificación participativa y el control social, la iniciativa legislativa, la revocatoria de mandato, y otras formas particulares que crea cada Estado.

En cambio, la democracia indirecta o representativa, es un régimen de gobierno en el que el pueblo, como titular de la soberanía, delega el ejercicio de la misma a sus mandatarios y representantes elegidos en elecciones libres, pluralistas e igualitarias. Es un régimen contrapuesto a la democracia directa, que se instituyó y practicó en las Ciudades - Estado de la antigua Grecia. Es el régimen de gobierno adoptado en el Estado Liberal, sustentado en el valor libertad que implica la autodeterminación individual, y tiene como elementos constitutivos, de un lado, las elecciones como mecanismo para la delegación del ejercicio de la soberanía; y, de otro, la responsabilidad de los mandatarios y representantes ante el elector.

Según la doctrina constitucional, la democracia comunitaria es el régimen de gobierno en el que la toma de decisiones es compartida entre el Estado y la sociedad, donde prima el consenso en la toma de decisiones; es un régimen de gobierno que pone énfasis en procedimientos que aseguran la participación en las decisiones que conciernen a todas las personas situadas en una sociedad y su control sobre quienes las representen. No se basa en la competencia partidista sino en el principio del acuerdo. Su idea regulativa es evitar la exclusión. Frente al individualismo competitivo de la democracia liberal, esta alternativa de democracia consolidaría los lazos que constituyen una comunidad.

En la visión de los autores del Proyecto, se entiende que democrático comunitario es aquel régimen de gobierno que se configura sobre la base del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural; por lo mismo, en el reconocimiento de los sistemas y mecanismos de intervención, procedimientos propios y particulares de gestión de los pueblos indígenas o comunidades campesinas, reconociendo sus valores y principios propios y exclusivos que no pueden ser desconocidos ni suplantados; en suma, es un régimen de gobierno estructurado y practicado sobre la base de los usos y costumbres, así como los principios y valores, de los pueblos indígenas originario campesinos.

La reforma introducida por el proyecto de Constitución al régimen de gobierno, es lo referido a la democracia comunitaria; pues habrá de recordar que en la reforma constitucional de 2004 ya se modificó el régimen de gobierno adoptando la democracia representativa y participativa, introduciendo mecanismos de participación popular como la iniciativa legislativa ciudadana, y el referéndum popular.

El nuevo régimen de gobierno democrático participativo, representativo y comunitario, se configura sobre las siguientes bases:

a) La hegemonía social y política del colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos frente a los otros sectores sociales; porque más allá del merecido e innegable reconocimiento de las prácticas democráticas propias de los pueblos indígena originarios, que tienen base en sus usos, costumbres, principios y sistemas de valores, que se expresa en la definición de la democracia comunitaria; el proyecto de Constitución objeto de análisis establece mecanismos y sistemas especiales y cualificados de participación de los indígenas originarios, así como de los campesinos, en el ejercicio de la democracia participativa y representativa; por lo tanto, en los procesos de conformación de los órganos del poder constituido, y en la toma de decisiones políticas trascendentales a través de los mecanismos de participación ciudadana que prevé el proyecto de Constitución, tales como el referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa.

En efecto, según la norma prevista por el art. 2 del Proyecto de Constitución se reconoce a las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, entre otros, el derecho a la

autonomía y al autogobierno; luego, según la norma prevista por el art. 289 del proyecto, el autogobierno de las autonomías indígenas originario campesinas se ejercerá de acuerdo a sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos, conforme a las atribuciones y competencias propias; lo que implica que los ciudadanos y ciudadanas que pertenecen al colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, tendrán un ejercicio democrático directo, sobre la base de sus usos y costumbres, con el exceso de que se incluye en ese colectivo a los miembros de comunidades campesinas que no son originarias; pero de otro lado, tendrán también una participación cualificada en el ejercicio del poder político en los niveles municipal, departamental y nacional, lo cual inicialmente es correcto y legítimo, pero esa participación tiene un factor de ponderación positiva que provoca el desequilibrio con relación al otro colectivo social conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a los otros sectores sociales, como los que pertenecen a las áreas urbanas. Esos factores de ponderación positiva en exceso han sido descritos detalladamente en la segunda parte de este trabajo.

b) Una segunda base del nuevo régimen de gobierno es la consolidación de la ruptura del monopolio de los partidos políticos en el ejercicio de la representación ciudadana. Para superar la crisis del sistema político tradicional, caracterizada por la pérdida de legitimidad y representatividad de los partidos políticos. El proyecto de Constitución consolida la ruptura del monopolio de los partidos políticos en el ejercicio de la representación ciudadana establecida en la reforma constitucional de 2004; pues sin eliminar los partidos políticos refuerza los medios alternativos para la mediación entre la sociedad civil y el Estado; concretamente incorpora a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y a las agrupaciones ciudadanas; cambiando el orden de los mismos a diferencia de lo previsto en la Constitución vigente, consignando en primer lugar a las naciones y pueblos indígena originario campesinos y al final a los partidos políticos; y ello no se trata de un mero y formal cambio del orden, sino que tiene un contenido y finalidad específica de establecer una hegemonía de clase, que fue analizado y explicado anteriormente.

c) Participación y control ciudadano en el ejercicio del poder político, en general, y la gestión pública, en particular, es otra de las bases del nuevo régimen de gobierno. En efecto, como una expresión del régimen democrático participativo, el proyecto de Constitución institucionaliza la participación y control ciudadano, que no se reduce a la toma de decisiones trascendentales para el Estado en el orden legislativo o político administrativo, a través de los mecanismos clásicos de participación popular como el referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, o la revocatoria de mandato; se trata de un sistema novedoso de participación directa de la sociedad civil organizada, a través de la Asamblea y el Cabildo, en los siguientes ámbitos: la formulación de políticas de Estado; el apoyo a la Asamblea Legislativa Plurinacional en la construcción colectiva de las leyes; el manejo transparente de la información y el uso adecuado de los recursos en todos los espacios de la gestión pública; la elaboración de informes para activar la revocatoria de mandato; de otro lado, se trata de una participación en el control social de la gestión pública en todos los niveles del Estado. Así está previsto por los arts. 241 y 242 del Proyecto de Constitución.

d) La aplicación de una mayoría no cualificada en la legitimación democrática de altos dignatarios de Estado, como se demuestra a continuación.

En el ámbito del órgano Ejecutivo, según la norma prevista por el art. 166.I del proyecto de Constitución, el Presidente y Vicepresidente del Estado serán elegidas o elegidos por sufragio universal, obligatorio, directo, libre y secreto, con la mayoría absoluta de votos, o con el 40% de votos, cuando la diferencia con relación al segundo sea cuando menos del

10% de votos; tomando en cuenta el fraccionamiento de votos que se origina en el pluripartidismo y, en adelante, con la participación de agrupaciones ciudadanas, además de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la probabilidad de que la candidatura que ocupe el primer lugar en las elecciones generales solamente alcance el 40% de votos, teniendo una diferencia del 10% con relación al segundo, es alta y de esa manera resulta elegido sin reunir una votación cualificada que lo legitime.

En el órgano Judicial, según las normas previstas por los arts. 182.V, 188.I, 194.I, y 198 del proyecto de Constitución, a elección de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Agroambiental y del Tribunal Constitucional, así como del Control Administrativo y Disciplinario de Justicia, con simple mayoría de votos.

El proyecto de Constitución que fue aprobado por la Asamblea Constituyente en Oruro tenía prevista la mayoría absoluta de votos para la designación de los miembros del Consejo Electoral Plurinacional, hoy Tribunal Supremo Electoral; para la designación del Fiscal General del Estado; el Congreso Nacional ha modificado dichas previsiones estableciendo la votación cualificada de los dos tercios de votos para la designación de las mencionadas autoridades del Estado.

e) La atenuada división horizontal del ejercicio del poder político o, lo que es lo mismo, la organización del ejercicio del poder político en el nivel nacional sobre la base del principio de separación de funciones, aunque de manera muy relativizada, por la tendencia de concentración del poder en el Presidente del Estado.

Para entender esta hipótesis, resulta necesario recordar que uno de los ejes centrales del proceso de construcción de un Estado democrático de Derecho, fue y es el de establecer sistemas y mecanismos de freno al ejercicio del poder político, para preservar las libertades ciudadanas y los derechos humanos frente al eventual ejercicio despótico, abusivo y arbitrario del poder político. Ahora bien, conforme enseñan la teoría política y la teoría constitucional, una manera de evitar el ejercicio arbitrario, despótico o tiránico del poder político es evitando la concentración del poder del Estado en pocas manos o en una sola corporación; por lo tanto, una vía para lograr el objetivo es distribuir el ejercicio del poder político horizontalmente entre diferentes órganos del poder constituido, como también vertical o territorialmente, entre distintos niveles de gobierno. Es en esa perspectiva que surgió la teoría de la división de poderes y, a la postre, el principio de separación de funciones, que tuvo su origen en las teorías del filósofo griego Aristóteles, y fue planteada y desarrollada, como un mecanismo para preservar la libertad y evitar el abuso de poder que se originaba en la concentración y confusión de poderes, por Montesquieu; pues como sostiene Karl Loewenstein²⁰ *“la separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político”*.

En consecuencia, una de las características del constitucionalismo contemporáneo es que el Estado democrático de Derecho se configura sobre la base de los valores supremos y los principios fundamentales, y uno de los principios fundamentales esenciales, además del principio de soberanía popular, es el principio de separación de funciones, el que desde una perspectiva jurídica - política, se entiende como la distribución de competencias y potestades entre diversos órganos estatales para el ejercicio del poder político del Estado, de manera que esa distribución se constituya en una limitación para cada órgano de poder, el que sólo puede ejercer las potestades que formen parte de su competencia; esta distribución de competencias tiene la finalidad de eliminar el peligro de que un órgano del

²⁰ Loewenstein, Karl. Teoría de la Constitución. 2ª ed. Ed. Ariel. Barcelona – España. 1979. Pág. 55.

Estado absorba las funciones de otro convirtiendo el gobierno en absolutista; pues al distribuir las competencias entre distintos órganos se puede obtener un equilibrio o balance de los órganos de poder, en el cual cada uno sirva de freno y control a los demás, de manera que se ejerza el poder político sobre la base de los frenos y contrapesos.

En el proyecto de Constitución se ha configurado un régimen democrático de gobierno sobre la base del principio de separación de funciones, así lo prevé el art. 12 del proyecto, que expresamente dispone lo siguiente: “*El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. La organización del Estado está fundamentada en la **independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos***”; más allá de la defectuosa redacción, la norma glosada deja entrever que el ejercicio del poder político se configura sobre la base del principio de separación de funciones, no de los órganos. Empero, ese principio no está debidamente reflejado en el diseño del régimen de gobierno, el que tiene su base en un sistema presidencialista, con algunos signos de mayor concentración del ejercicio del poder político en el órgano Ejecutivo, lo que atenúa en la práctica el principio de separación de funciones. Esta hipótesis tiene su sustento en lo siguiente:

i) Conforme a las normas previstas por los arts. 165 y 172 del proyecto de Constitución el Presidente del Estado es el Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, que conduce la nave estatal asumiendo la máxima dirección política, económica y administrativa del Estado con el apoyo de un gabinete ministerial constituido por Ministros de Estado designados por el Presidente del Estado, sin intervención ni participación alguna del Parlamento. Como quiera que el Presidente del Estado deriva su investidura de la voluntad ciudadana expresada en las urnas, no tiene responsabilidad política alguna ante el Parlamento; por lo tanto, en una eventualidad de que el Presidente del Estado incurra en errores políticos, el Legislativo no podría destituirle del cargo; en contrapartida el Presidente tampoco podría disolver el Parlamento.

ii) El Presidente del Estado tiene potestad *cuasi* legislativa al estarle reconocida la iniciativa legislativa y la potestad de promulgar la Ley sancionada por el Legislativo; por otro lado, tiene como mecanismo de freno y contrapeso al Legislativo la potestad de vetar un Proyecto de Ley sancionado por éste, conforme está previsto por el art. 163.10) del proyecto de Constitución; además de ello, para el caso de que la Asamblea Legislativa Plurinacional rechace el veto el Presidente del Estado podrá impugnar la Ley mediante el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad, a cuyo efecto se le reconoce legitimación activa; pero en contrapartida, el órgano Legislativo no tiene potestad de influir en la conformación del gabinete ministerial; si bien es cierto que puede ejercer control sobre el accionar de los ministros de Estado por vía de peticiones de informe y, en su caso, la interpelación que podría concluir en una censura que implicará la destitución del Ministro censurado, ello no significa necesariamente una crisis de gabinete; pues siendo potestad exclusiva del Presidente del Estado la designación y remoción de los Ministros de Estado, éste podría rechazar la censura y ratificar en el cargo al Ministro censurado; por consiguiente continuar con la política errónea que motivó la censura.

De otro lado, cabe resaltar que el principio de separación de funciones se ve atenuado con la asignación de la potestad judicial al órgano Legislativo que hace el proyecto de Constitución. En efecto, según las normas previstas por los arts. 159.11^a y 160.6^a del proyecto, la Asamblea legislativa Plurinacional, a través de sus cámaras legislativas, ejercerá la potestad judicial, juzgando penalmente a los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo, del Tribunal Agroambiental y del Consejo de la Magistratura; con lo que, de un lado se menoscaba el principio de separación

de funciones; y de otro, se afecta gravemente la independencia del órgano Judicial, en general, y de los magistrados, en particular.

6.3. Los órganos del poder constituido

Según la norma prevista por el art. 12 del proyecto de Constitución el ejercicio del poder político del Estado en el nivel nacional está encomendado a cuatro órganos del poder constituido, como son el Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral; además de organismos autónomos creados bajo la figura de funciones estatales, como son la de Control, la de Defensa de la Sociedad y la de Defensa del Estado.

Con relación a los órganos del poder constituido, las reformas introducidas por el proyecto de Constitución no afectan el núcleo esencial de la configuración prevista por la Constitución vigente; toda vez que con relación al órgano legislativo mantiene su configuración; lo propio con relación al órgano Ejecutivo, al margen de haber acentuado el presidencialismo e institucionalizar la vicepresidencia, no introduce mayores cambios; con relación al órgano Judicial, la modificación se centra en la incorporación de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina al sistema judicial, y la modalidad de elección de las altas autoridades del órgano Judicial. La reforma importante que introduce el proyecto de Constitución es la de haber elevado al rango de órgano del poder constituido al organismo Electoral, que en la Constitución vigente simplemente es calificado como organismo autónomo.

La otra reforma introducida es la relacionada con el cambio a la categoría de funciones del Estado a los organismos de control gubernamental, de defensa a la Sociedad, y de defensa de la persona; así como del Estado, como funciones del Estado. El proyecto de Constitución, en su Título V, de la Segunda Parte, arts. 213 al 231, catalogan a los referidos órganos como funciones del Estado, creando como un nuevo órgano constitucional a la Procuraduría General del Estado.

6.3.1. El órgano Ejecutivo en el marco del régimen presidencialista

Como se tiene ya referido anteriormente, el órgano Ejecutivo, según las normas previstas por el art. 165 del proyecto de Constitución, se ejerce por el Presidente del Estado, el Vicepresidente del Estado y los Ministros de Estado; a los que indudablemente se integrarán los demás funcionarios y servidores de las unidades o estructuras creadas y definidas por la respectiva Ley Orgánica del órgano Ejecutivo, aunque el Constituyente omitió hacer la remisión legislativa para definir la estructura completa del mencionado órgano del poder constituido.

Esa configuración se inscribe en el Régimen de Gobierno Presidencialista, toda vez que el Presidente concentra para sí todo el poder político en la conducción del Estado, pues es a la vez el Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, su investidura deriva directamente de la voluntad ciudadana expresada en las elecciones populares por voto directo; por lo tanto, no tiene responsabilidad política ante la Asamblea Legislativa Plurinacional; lo que significa que ésta no puede destituirle del cargo, quien puede revocarle el mandato es el pueblo que lo eligió; en contrapartida, el Presidente del Estado no puede disolver la Asamblea Legislativa Plurinacional.

En el marco de ese Régimen Presidencialista, según las normas previstas por los arts. 165, y 172, es el Presidente del Estado el que representa al Estado boliviano ante la comunidad internacional, por lo tanto asume la dirección de la política externa e internacional del Estado; también es él quien asume la máxima Jefatura del Estado, pues es él quien propone y dirige las políticas de gobierno y de Estado, dirige la

administración pública y coordina la acción de los Ministros de Estado, a cuyo efecto designa, remueve o destituye a éstos, sin ninguna participación o intervención de la Asamblea Legislativa Plurinacional; por añadidura, por previsión expresa del art. 176 del proyecto de Constitución, uno de los requisitos para ser designado Ministro de Estado es no formar parte de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Es importante señalar que, si bien es cierto que entre las atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, el proyecto de Constitución en su art. 158.18ª, con una imprecisa redacción, consigna la de interpellar y censurar a los Ministros de Estado y que la censura implicará la destitución de esa autoridad; no es menos cierto que no es directamente la Asamblea Legislativa Plurinacional la que destituye, sino es el Presidente, como Jefe de Estado, quien lo destituye y, en su caso, le ratifica la confianza; no podría interpretarse de otra manera la norma prevista por el art. 158.18ª del proyecto de Constitución, toda vez que tomando en cuenta que los Ministros de Estado son designados por el Presidente sin el voto de confianza del parlamento, no resultaría coherente que los Ministros de Estado tengan responsabilidad política ante el Parlamento, de manera que éste pueda destituirlos directamente desconociendo la voluntad política del Presidente del Estado.

Otro elemento caracterizador del régimen Presidencialista es la asignación de atribuciones que hace el proyecto de Constitución, toda vez que como una forma de personalizar el órgano Ejecutivo en el Presidente del Estado, en su art. 172 asigna atribuciones a esta alta autoridad y no al órgano Ejecutivo, como debiera ser correctamente; pues siendo así que el órgano Ejecutivo se ejerce por el Presidente del Estado, Vicepresidente del Estado y Ministros de Estado lo coherente es definir de manera general las atribuciones del órgano, para luego recién definir las atribuciones específicas de las autoridades que ejercen la función Ejecutiva del Estado.

Con relación al sistema político, en general y, el órgano Ejecutivo, en particular, la reforma introducida en el proyecto de Constitución, no tiene mayor trascendencia; pues no se trata de una verdadera reforma orientada a superar uno de los componentes de la crisis del Estado, como es el régimen Presidencialista que ha dado lugar, de un lado, a la construcción de un caudillismo en torno al Presidente que se constituye en el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Jefe del Partido Político o del Movimiento Político Social, que ha contribuido a la crisis de los partidos políticos, y contribuirá también a la crisis de las agrupaciones ciudadanas y, a la larga, de los movimientos político – sociales; y, de otro, a que en situación de una grave crisis política y social, no se pueda encontrar una solución democrática sin afectar a la unidad nacional ni la seguridad jurídica, removiendo simplemente al Jefe de Gabinete Ministerial.

Tomando en cuenta esa realidad de la crisis del sistema político y el régimen de gobierno, era de esperar que se introduzca una profunda reforma; sin que ello signifique que se asimilen modelos que no son aplicables a nuestra realidad, como es el parlamentarismo; pues el reto era configurar un sistema particular, a partir de una distribución de funciones entre el Jefe de Estado y el Jefe del Gabinete Económico – Social, función que muy bien se pudo haber asignado al Vicepresidente del Estado; de manera que, abandonando el régimen Presidencialista, sin llegar al régimen Parlamentario, se hubiese configurado un régimen apropiado a la realidad nacional.

Cabe destacar que, si bien es cierto que el proyecto de Constitución institucionaliza la Vicepresidencia del Estado como parte de la estructura orgánica del órgano Ejecutivo, no es menos cierto que las funciones que le asigna son subsidiarias de reemplazo al Presidente del Estado en casos de ausencia temporal o acefalía definitiva, de colaboración con el Jefe de Estado realizando labores de coordinación entre el

Legislativo y el Ejecutivo, y en la formulación de la dirección de la política general; no son funciones principales de participación activa en el desempeño de las potestades y competencias asignadas al órgano Ejecutivo.

Según la norma prevista por el art. 168 del proyecto de Constitución, el Presidente y el Vicepresidente del Estado tendrán un período de mandato de cinco años, y el derecho a la reelección de manera continua por una sola vez. Al respecto cabe señalar que, en primer lugar, la reforma responde a la tendencia generalizada en América Latina en los últimos tiempos, pues en la mayoría de los casos se han encarado reformas para introducir la reelección del Presidente de la República; en segundo lugar, responde a la principal preocupación del entorno presidencial, cuya preocupación principal es la de garantizar que su líder Juan Evo Morales conduzca el Estado por el mayor tiempo posible; empero, la coyuntura política no era favorable para introducir la reelección indefinida.

A partir de una interpretación literal y aislada de la norma constitucional referida, se podría concluir que la reforma resulta normal, en la medida en que aplicando el sistema de control vertical del ejercicio del poder político, el pueblo como titular de la soberanía reelegirá al Presidente del Estado que desempeñó una buena gestión gubernamental, y castigará al que tuvo una mala gestión no reeligiéndolo; empero, realizando la interpretación sistemática, aplicando el principio de la unidad de la Constitución y el principio de la concordancia práctica, se puede inferir que se trata de una reforma que conlleva una intencionalidad implícita, de modificar en el futuro la norma para reemplazarla por la elección indefinida; esta hipótesis tiene su fundamento en lo siguiente:

i) Como ya está definido, ratificado que sea el proyecto de Constitución en el referéndum popular a realizarse el 25 de enero de 2009, se convocará a elecciones generales para Presidente y Vicepresidente del Estado, Diputados y Senadores, el actual Presidente de la República, Juan Evo Morales estará habilitado para postularse en las elecciones, lo que significa que la prohibición prevista en la Constitución vigente, con la que fue elegido y debió primar, no le será aplicada.

ii) La norma prevista por el art. 411 del proyecto introduce dos mecanismos para la reforma de la Constitución; la reforma total o la que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, encarada mediante la Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria; y la reforma parcial encarada mediante la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante Ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios de votos del total de los miembros presentes; o por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; en ambos casos, la reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio.

iii) El período constitucional del Presidente y Vicepresidente del Estado, no se encuentra en el ámbito de las bases fundamentales del Estado, por lo tanto es un tema que concierne a la reforma parcial de la Constitución. En consecuencia, si fuera parte de una estrategia política del oficialismo el lograr que el actual Presidente de la República gobierne el mayor tiempo posible para consolidar sus reformas estructurales del Estado, es posible afirmar que, en el siguiente período constitucional encaren una reforma parcial del art. 168 de la Constitución, para introducir la reelección indefinida del Presidente y Vicepresidente del Estado; ahí está el riesgo de esta reforma.

Algo que llama la atención en el proyecto de Constitución, es el requisito de la residencia obligada en el territorio del Estado, cuando menos los cinco años anteriores a la realización de las elecciones, para ser elegido Presidente o Vicepresidente del Estado, previsto por el art. 167 del proyecto; ese requisito aplicado a la realidad política del país, puede constituirse en un poderoso instrumento de anulación de la oposición o de un líder opositor al régimen de gobierno.

En efecto, tomando en cuenta que la inestabilidad política ha sido casi una constante en la vida institucional de Bolivia, en situaciones excepcionales en los que el gobierno de turno inicie una acción de persecución política, los líderes políticos y cívicos nacionales podrían verse obligados a abandonar el territorio del Estado, acogiéndose al asilo, en algunos casos, o con una salida obligada para evitar la persecución política, como sucedió, por ejemplo, durante la vigencia de los regímenes dictatoriales del pasado. Para el caso de que esos líderes fuesen postulados por determinados sectores sociales y políticos a la candidatura de Presidente o Vicepresidente del Estado, no estarían habilitados; a partir de ello, el gobierno de turno podría desplegar acciones sistemáticas de persecución política para provocar que los líderes nacionales abandonen el territorio del Estado; con lo que, indirectamente, éstos se inhabilitarían para una futura postulación al cargo de Presidente o Vicepresidente del Estado.

Con relación a la sucesión presidencial, la norma prevista por el art. 169 del proyecto de Constitución introduce un sistema que, en su aplicación concreta, generará conflictos e inseguridad jurídica.

En efecto, según la norma prevista por el art. 169 del proyecto de Constitución, en caso de impedimento o ausencia definitiva del Presidente, lo reemplazará el Vicepresidente del Estado; a falta de éste lo hará el Presidente de la Cámara de Senadores y, a falta de éste reemplazará el Presidente de la Cámara de Diputados; en este último caso se convocarán a nuevas elecciones en el plazo máximo de noventa días. Como se podrá advertir, la norma referida introduce cambios importantes al sistema de sucesión presidencial previsto en la Constitución vigente; pero se trata de modificaciones no en el sentido positivo, sino en el sentido negativo, que en su aplicación concreta generarán problemas de orden político y jurídico que se refieren a continuación.

En primer lugar, se excluye de la línea de sucesión presidencial al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, lo cual se constituye en un grave error, ya que la inclusión de esa alta autoridad judicial en la línea de sucesión, en los regímenes presidencialistas de América Latina tiene su razón de ser. Siendo la inestabilidad política e institucional, una característica de los Estados latinoamericanos en general, y de Bolivia, en particular, pueden generarse situaciones de crisis social y política extrema, que culminen con una renuncia obligada del Presidente de la República, así como del Vicepresidente de la República, y los presidentes de las cámaras legislativas; en esas situaciones extremas, caracterizadas por la polarización y la confrontación de los actores políticos, en las que la salida es la renuncia de los dignatarios de Estado, no cabe duda que la alternativa de pacificación es entregar la conducción del Estado al Presidente de la Corte Suprema de Justicia que, se entiende no es un actor político directo; a objeto de que pueda convocar a nuevas elecciones y conducir el proceso de transición. Así sucedió en Bolivia el año 2005, cuando se produjo una situación de crisis social y política extrema ante la renuncia al Cargo de Presidente de la República de Carlos Mesa, y los sectores sociales y políticos del país se opusieron rotundamente a que asumiera el cargo el Presidente de la Cámara de Senadores, y luego el Presidente de la Cámara de Diputados, a quienes les obligaron a renunciar a la sucesión; entonces asumió el cargo el Presidente de la Corte

Suprema de Justicia, para convocar a nuevas elecciones generales como una salida a la crisis. Al haberse excluido de la lista de sucesores al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en el futuro no habrá posibilidad de una salida pacífica a situaciones de crisis política extrema que pueda generarse.

En segundo lugar, la norma prevista por el art. 169.I del proyecto de Constitución, para el supuesto de que en la sucesión presidencial sea el Presidente de la Cámara de Diputados que asuma el cargo, prevé que éste “convocará a nuevas elecciones”; la norma conlleva una cláusula abierta que estará sujeta a una interpretación acorde con la coyuntura política; toda vez que no precisa los alcances de esas “nuevas elecciones”.

De la forma en que está redactada la norma, en el momento de su aplicación podrían surgir dos posibles interpretaciones.

La primera, que las nuevas elecciones a convocarse son generales, lo que significa la elección del Presidente y Vicepresidente del Estado, los senadores y diputados de la Asamblea Legislativa Plurinacional; empero, esa interpretación podría ser cuestionada, en razón a que se estaría revocando el mandato de los legisladores que, según la norma prevista por el art. 156 del proyecto de Constitución es de cinco años, y sólo se pierde el mandato conferido en elecciones por fallecimiento, renuncia, revocatoria de mandato, sentencia condenatoria ejecutoriada en causas penales o abandono injustificado de sus funciones por más de seis días de trabajo continuos y once discontinuos en el año, así lo define el art. 157 del proyecto; y la acefalía definitiva del cargo de Presidente del Estado no es causal para la pérdida de mandato del legislador; en consecuencia, para evitar los cuestionamientos que podrían surgir, la Constitución tendría que haber definido de manera clara y precisa, estableciendo la cesación extraordinaria del mandato de los legisladores para posibilitar la convocatoria a elecciones generales.

La segunda, que las nuevas elecciones solamente sean para el Presidente y Vicepresidente del Estado; interpretación que, en lo concreto, también generaría graves conflictos de orden político referidos a la gobernabilidad; pues en ese supuesto de que solamente se elija al Presidente y Vicepresidente del Estado, podría darse lugar a que sean elegidos ciudadanos que no pertenecen a las fuerzas políticas que tienen representación en la Asamblea Legislativa Plurinacional; por lo tanto, se daría el caso de tener dos altas autoridades del Ejecutivo con una oposición grande en el órgano Legislativo, lo que generaría una ingobernabilidad y provocaría una crisis política. Además, la norma constitucional objeto de análisis, para el supuesto de que las nuevas elecciones sólo serán para el Presidente y Vicepresidente del Estado, no define si las nuevas autoridades elegidas completarán el período constitucional de los que dejaron el cargo o tendrán un nuevo período constitucional. Finalmente, tampoco define si los renunciantes quedan habilitados para postularse en las nuevas elecciones, ello si se toma en cuenta que existe el derecho a la reelección.

6.3.2. El órgano Legislativo bicameral

Según las normas previstas por los arts. 145, 146 y 148 del proyecto de Constitución, el órgano legislativo residirá en la Asamblea Legislativa Plurinacional, configurada bajo el sistema bicameral; lo que significa que estará conformada por dos cámaras, la Cámara de Diputados, integrada por 130 diputados; y la Cámara de Senadores, integrada por 36 miembros, con cuatro senadores por cada Departamento.

Cabe señalar que, con relación al órgano legislativo, el proyecto de Constitución no introduce modificaciones profundas que respondan al desafío de enfrentar la crisis estructural del Estado; ni siquiera introduce las reformas que demandaba la ciudadanía en general. Por una parte, mantiene la configuración prevista en la Constitución vigente, sin realizar los ajustes necesarios al nuevo sistema de distribución territorial del poder político, es decir, al régimen de las autonomías; por lo tanto, no redefine las funciones y competencias de las cámaras legislativas para adecuarlas a la descentralización política que propone el proyecto mediante al régimen de las autonomía. Por otra parte, con relación al número de miembros del órgano Legislativo, siendo así que la demanda ciudadana era la reducción del número, el proyecto lo incrementa de 157 a 166 miembros. Por lo demás, la modificación introducida en el proyecto de Constitución, es la referida a la creación de las circunscripciones especiales indígena originario campesinas.

6.3.2.1. La configuración del órgano Legislativo

A objeto de una mejor comprensión del problema referido a la configuración del órgano Legislativo; resulta necesario señalar que el sistema que cada Estado adopte, sea unicameral o bicameral, ya no responde a criterios de clase social, como fue en los orígenes del Parlamento en el constitucionalismo Inglés; responde a dos razones esenciales. La primera, la modalidad de distribución territorial en el ejercicio del poder político; de ahí que en los Estados que asumen una modalidad concentrada del ejercicio del poder político (Estado Unitario Centralizado) el Legislativo debe ser unicameral, pues no tiene sentido contar con una segunda Cámara; en cambio, en los Estados que adoptan una modalidad de distribución territorial del ejercicio del poder político (Estado Federal o Estado Descentralizado) el Legislativo debe ser bicameral, con una Cámara de representación nacional y poblacional, con competencias sobre los asuntos nacionales o estatales; y una segunda Cámara de representación territorial, con competencias sobre los asuntos regionales. La segunda, la necesidad de establecer sistemas de controles intraórganos, para lograr pesos y contrapesos, de manera que, en la delicada tarea de legislar, exista una Cámara Revisora que pueda corregir los errores de la Cámara de Origen; y, además establecer un mínimo equilibrio político en la toma de decisiones trascendentales.

En el caso de la configuración adoptada en el proyecto de Constitución, pareciera que no responde precisamente a las razones expuestas, sino al posicionamiento de algunos sectores sociales; así se infiere de la distribución de competencias y atribuciones a las cámaras legislativas por los arts. 159 y 160 del proyecto de Constitución. En efecto, la distribución de las competencias entre las cámaras legislativas no responde a esa nueva configuración de la distribución territorial del poder político, es decir a ese Estado “descentralizado y con autonomías”, como lo caracteriza el art. 1º del proyecto de Constitución; al contrario, casi reproduce la distribución efectuada en la Constitución vigente, con pequeñas variaciones.

En un Estado descentralizado con autonomías, se entiende que la Cámara de Diputados debe constituirse en la Cámara de representación poblacional y nacional; en cambio la Cámara de Senadores, debe constituirse en la Cámara de representación territorial y regional. En consecuencia, las funciones y atribuciones deben ser distribuidas en función a esa nueva cualidad de las cámaras; lo que

significa que la Cámara de Diputados debe desempeñar las funciones de control y fiscalización sobre los órganos constitucionales de carácter nacional; cumplir funciones de gestión y representación en el nivel nacional; tomar decisiones políticas relacionadas con los temas del nivel nacional; en cambio la Cámara de Senadores, debe desempeñar las funciones de control y fiscalización sobre los órganos constitucionales del nivel subnacional, es decir, los órganos constitucionales de los gobiernos autónomos de los departamentos, regionales, municipios, así como las naciones y pueblos indígena originario campesinas; desarrollar las funciones de gestión y representación en los niveles subnacionales; tomar decisiones políticas en ese nivel subnacional. La función legislativa nacional debe ser desempeñada por ambas cámaras.

Con relación al número de integrantes de cada una de las cámaras legislativas; si bien es cierto que se han introducido algunos cambios, como el de incrementar el número de integrantes de la Cámara de Senadores, no es menos cierto que esa reforma no responde a las demandas ciudadanas.

En efecto, una de las observaciones formuladas de manera reiterada por la ciudadanía fue la del elevado número de miembros del órgano Legislativo; a partir de ello, se demandó se reduzca la cantidad de integrantes de las Cámaras; en cumplimiento de esa demanda ciudadana pudo haberse introducido la modificación que, además de reducir el número pueda equilibrar la relación entre la Cámara de Diputados y la de Senadores, para la realización de las sesiones conjuntas entre ambas cámaras. Empero, desatendiendo la demanda ciudadana la Asamblea Constituyente mantuvo el número de 157 miembros del órgano legislativo, reduciendo el total de miembros de la Cámara de Diputados a 121 e incrementando el total de la Cámara de Senadores a 36; El Congreso Nacional, mediante las modificaciones introducidas al proyecto original, ha repuesto a 130 el número total de miembros de la Cámara de Diputados; y ha mantenido la propuesta de incrementar a 36 el total de miembros de la Cámara de Senadores, con lo que el total de miembros del legislativo se incrementa a 166; con lo que no se corrige la falta de proporción existente entre ambas Cámaras en las sesiones conjuntas, ya que la Cámara de Diputados seguirá teniendo supremacía; pues lo ideal era equilibrar con una proporción de un tercio de Senadores frente a dos tercios de Diputados.

Respecto a la distribución de escaños o diputaciones por Departamento, con las modificaciones introducidas en el Congreso Nacional se han repuesto los criterios de distribución previstos por el art. 60 de la Constitución vigente, con la modificación de que la distribución será determinada por el órgano Electoral, a diferencia de la vigente en la que se determina mediante Ley, lo que implica que la distribución define el Legislativo.

El principal criterio de distribución, como no podía ser de otra manera, es el número de habitantes de cada Departamento; ello tomando en cuenta que la composición de la Cámara de Diputados expresa la representación poblacional; por lo tanto, debe distribuirse a cada Departamento un número de escaños proporcional al número total de habitantes; empero, ese criterio queda relativizado por la introducción de otros dos criterios, como el de equidad y el de menor grado de desarrollo económico; dos criterios absolutamente subjetivos que se constituyen en cláusulas abiertas y dan lugar a que la distribución rompa con la proporcionalidad, generando los fenómenos de sobre representación para unos departamentos que tienen menor

población, lo que en el fondo significa que los ciudadanos de ese Departamento tienen un voto cualificado con relación a los otros; y la sub representación para los departamentos que tienen mayor población. Esa solución no es razonable, ya que la Cámara de Diputados es de representación poblacional, para lograr el equilibrio de las regiones está la Cámara de Senadores que es de representación territorial, por ello el número de senadores por Departamento es uniforme. Entonces, la distribución de diputaciones por Departamento debe responder a su número de habitantes.

6.3.2.2. El sistema electoral de los miembros del órgano Legislativo

En lo que concierne al sistema electoral previsto por el proyecto de Constitución para la elección de los asambleístas, cabe señalar que adopta dos sistemas; una para la elección de los asambleístas de la Cámara de Diputados, el sistema del doble voto; y otra para la elección de los asambleístas de la Cámara de Senadores, el sistema proporcional.

El sistema electoral adoptado para la elección de los diputados no ha variado con relación al sistema vigente; pues se mantiene el sistema del doble voto, que consiste en elegir una mitad del total de miembros de la Cámara de Diputados en circunscripciones uninominales por simple mayoría de votos; y la otra mitad en circunscripciones plurinominales departamentales, por el sistema de representación que establece la Ley, se entiende será el sistema proporcional, con aplicación del método D'hondt, así se infiere de la norma prevista por el art. 146.IV del proyecto de Constitución, que prevé que *“el número de Diputados debe reflejar la votación proporcional obtenida por cada partido, agrupación ciudadana o pueblo indígena”*; se entiende que al final del proceso electoral y efectuadas las adjudicaciones de escaños a los partidos políticos, agrupaciones ciudadanas o naciones y pueblos indígena originarios, el número de escaños adjudicado a cada organización participante debe ser proporcional al número de votos obtenidos.

La modificación que se introduce en el proyecto de Constitución al sistema electoral de Diputados es la referida a la creación de circunscripciones especiales indígena originario campesinas, se entiende que será para garantizar que aquellas naciones y pueblos indígenas originario campesinas que constituyen la minoría poblacional en el Departamento respectivo tengan una representación efectiva en la Cámara de Diputados. Empero, esa reforma, al margen de constituir un factor de ponderación positiva, cuya finalidad es garantizar la hegemonía de las naciones y pueblos indígena originario campesinos en el ejercicio del poder político, en su formulación dispositiva conlleva un conjunto de imprecisiones, contradicciones e imprevisiones que en la aplicación de la constitución generarán graves conflictos.

En primer lugar, la disposición constitucional prevista por el art. 146.VII del proyecto de constitución no define cuántas circunscripciones especiales podrán constituirse en cada Departamento; deja una cláusula abierta o indeterminada; lo que a la hora de aplicar la disposición constitucional dará lugar a diversas interpretaciones, en función a la coyuntura política y el intérprete. Uno de los sentidos que podría asignarse a la disposición es que por cada nación o pueblo indígena originaria campesino se constituirá una circunscripción especial; de ser así se presentarán graves problemas, ya que las circunscripciones especiales desplazarán a las circunscripciones generales, como las uninominales; así, por ejemplo, en el

Departamento del Beni, con el criterio referido tendrían que constituirse circunscripciones especiales para las siguientes naciones y pueblos indígena originario campesinos: mojeño-trinitario, moré, mosetén, movima, sirionó, y tacana; ello significaría desplazar a la totalidad de circunscripciones uninominales, que solamente son cinco, frente a las seis especiales que tendría que crearse; en consecuencia, el resto de los ciudadanos y ciudadanas que habitan el Departamento y no pertenecen a ese colectivo social se verían privados de elegir a su representante.

En segundo lugar, en la disposición constitucional existe una imprevisión u omisión normativa, ya que no define si los bolivianos y bolivianas que pertenecen a la circunscripción especial que vaya a crearse tendrán derecho a voto sólo en la circunscripción o también tendrán derecho a voto en la circunscripción general.

En tercer lugar, al definir los criterios sobre los que se crearán las circunscripciones especiales indígena originario campesinas, la disposición constitucional refleja un grave error, ya que introduce el principio de densidad poblacional en cada departamento, que significa el número de habitantes por unidad de superficie, como hectárea, kilómetro cuadrado, etc.; cuando lo correcto era emplear el criterio de un número mínimo de habitantes que debe determinarse para constituir la circunscripción.

En cuarto lugar, la disposición constitucional prevista por el art. 146.VII, contradice las normas previstas por el art. 146.III del proyecto de Constitución; contradicciones que se pueden identificar en los siguientes ámbitos: i) respecto a la autoridad competente para crear las circunscripciones especiales; la disposición prevista por el art. 146.VII prevé que será el órgano Electoral, se entiende mediante una Resolución Administrativa Electoral; en cambio la norma prevista por el art. 147.III, define que el órgano competente será el Legislativo, pues dispone que las circunscripciones especiales indígena originario campesinas serán creadas por Ley; ii) con relación a los criterios sobre los que deben configurarse las circunscripciones especiales; la disposición constitucional prevista por el art. 146.VII define que será sobre la base del principio de densidad poblacional y no trascender de los límites departamentales; en cambio las normas previstas por la rt. 147.III determinan que se tomará como base para la configuración no deberán ser considerados los criterios de la densidad poblacional ni la continuidad geográfica, lo que supone que pueden trascender los límites departamentales. Esta contradicción es muy seria, pues cuando se tenga que aplicar la Constitución causará graves problemas de orden político y social.

En quinto lugar, con relación al tema de las circunscripciones especiales indígena originario campesinas, el proyecto de Constitución presenta graves imprecisiones, toda vez que; al incluir las normas que regulan el tema en dos artículos que tienen finalidad diferente, genera confusiones respecto a los alcances de las circunscripciones especiales; vale decir, sobre si las mismas sólo se aplican para la elección de Diputados o también para la elección de los senadores. De un lado, se incluye la regulación del tema en el art. 146 cuya finalidad es la de regular la elección de los Diputados, de lo que se podría inferir que se aplica solamente para la elección de esos representantes nacionales, con la duda sobre si se aplica a la totalidad de los diputados o solamente a aquellos que deben ser elegidos en circunscripciones uninominales. De otro, se incluye en el art. 147, cuya finalidad es la de fijar normas generales y comunes para la elección de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional, lo que incluye a los Diputados y Senadores;

pues en el primer párrafo de dicho artículo se incluye una norma que garantiza la participación proporcional de varones y mujeres en la elección de los asambleístas; en el segundo párrafo se consigna una norma que garantiza la participación proporcional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos en la elección de los asambleístas; y en el tercer párrafo se incluyen las normas relacionadas a las circunscripciones especiales; de lo que podría inferirse que esas circunscripciones se organizan para la elección de Diputados y de Senadores. Empero, se entiende que ese no es el espíritu del proyecto de Constitución; pues si se toma en cuenta que la Cámara de Senadores es una representación territorial, no puede crearse circunscripciones especiales para garantizar la representación poblacional; entonces, se entiende que solamente se aplica las circunscripciones especiales para la elección de Diputados.

Respecto al sistema electoral aplicable a la elección de los asambleístas de la Cámara de Senadores, el proyecto define el sistema proporcional, aquel en el que los escaños se distribuyen entre los partidos en función a la proporción de los votos obtenidos en la votación en la respectiva circunscripción electoral. Este sistema es más democrático por cuanto permite la participación de las mayorías y minorías en la adjudicación de los escaños, de manera que garantiza el acceso al parlamento de aquellos partidos, agrupaciones ciudadanas o pueblos indígenas originario campesinos que en determinada coyuntura podrían ser minoritarios. Empero, este sistema es aplicable cuando en la respectiva circunscripción el número de escaños a elegir es numeroso, pues en la medida en que sea mayor el número de escaños a distribuir se produce la proporcionalidad, pero si el número es relativamente pequeño, la distribución se reduce a las dos o, cuando mucho, a las tres candidaturas que se ubican en los primeros lugares, excluyendo a las minorías.

En el caso del sistema diseñado en el proyecto de Constitución en las circunscripciones plurinominales departamentales el número de escaños a elegir es pequeño, son cuatro escaños en cada Departamento, lo que implica que la distribución se efectuará entre las dos o tres candidaturas que se ubiquen en los primeros lugares. Con la aplicación de este sistema, el partido, movimiento, agrupación ciudadana o pueblo indígena originario campesino que obtenga la victoria en las elecciones generales fortalecerá su mayoría en la Asamblea Legislativa Plurinacional, ya que también logrará la mayoría en la Cámara de Senadores, además de la que obtenga en la Cámara de Diputados, corrigiendo el actual sistema que en la práctica ha dado lugar a distorsiones, como el que en las elecciones generales de 2005, el MAS con una votación del 54.3% sólo tenga el 44.44% de representantes en el Senado, y PODEMOS, con un 28% de votos tenga 48.14% de representantes en el Senado.

Algo que llama la atención en el proyecto de Constitución con relación a la conformación de la Asamblea Legislativa Plurinacional, es el tema de la equidad de género; toda vez que abandona su concepción reduccionista de pretender lograr un contenido con equidad de género utilizando la nomenclatura en femenino y masculino para designar a las altas autoridades del Estado; en lo que concierne a los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional, ya no hace referencia a diputadas y diputados, senadores y senadoras. En compensación a ese abandono, de una manera incorrecta e impropia, en su art. 147.I, incluye una proclama formal que, en criterio del Constituyente, garantizará la equidad de género en la conformación del órgano Legislativo; la norma constitucional de referencia

expresamente prevé lo siguiente: *“En la elección de assembleístas se garantizará la igual participación de hombres y mujeres”*; la redacción del texto demuestra que la intención del constituyente no fue el imponer la equidad de género como principio rector, pues ello no se logra proclamando que en la elección se garantiza la igual participación; de lo que se trata es de prever mecanismos que garanticen que en la conformación del órgano Legislativo habrá una presencia igual de varones y mujeres; y dada la configuración del sistema electoral para la elección de Diputados no será posible lograr ese fin, ya que en las circunscripciones uninominales, dada la cultura machista, los partidos políticos, agrupaciones ciudadanas y las naciones y pueblos indígena originario campesinos inscribirán candidatos varones, y en las circunscripciones plurinominales inscribirán mujeres no en la franja de seguridad.

6.3.2.3. La distribución y asignación de competencias

Respecto a la asignación y distribución de funciones y competencias, a la Asamblea Legislativa Plurinacional, en general, y a las Cámaras legislativas, en particular, el proyecto de Constitución no introduce modificaciones importantes con relación a la Constitución vigente; al contrario, mantiene los errores de distribución de funciones entre las Cámaras legislativas, y presenta algunas imprevisiones, y excesos.

Como ya se mencionó anteriormente, tomando en cuenta la finalidad que se persigue con la adopción de un sistema bicameral en un Estado con descentralización política, bajo la modalidad de las autonomías; las funciones y competencias de las Cámaras legislativas tienen que ser distribuidas de tal manera que expresen esa nueva realidad de distribución territorial del ejercicio del poder político; así, una Cámara debe encargarse de los asuntos nacionales y la otra Cámara de los asuntos de las entidades territoriales subnacionales.

El proyecto de Constitución no distribuye las funciones y atribuciones de las Cámaras legislativas en el sentido antes referido; pues no hace diferenciación alguna de las funciones que deben desempeñar cada una de las Cámaras en la nueva realidad política, social y económica del Estado, así como en el nuevo diseño institucional; al contrario, reproduce las funciones y competencias que les asigna la Constitución vigente; con lo que el riesgo es que se dupliquen las funciones, los procedimientos, y los esfuerzos en el tratamiento de los temas políticos, institucionales, y el ejercicio de las potestades de control, fiscalización, gestión y representación.

De otro lado, el proyecto de Constitución contiene imprevisiones porque, al nombrar las atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, respecto a su función de control, en la atribución 13 del art. 158, dispone *“Aprobar la enajenación de bienes de dominio público del Estado”*, lo que, en una interpretación literal podría dar lugar a que se concluya en el sentido de que no tiene la misma atribución con relación a los bienes de las entidades territoriales sub nacionales, como las prefecturas, regiones autónomas, y las alcaldías municipales, cuya enajenación debe ser objeto de control de parte de la Asamblea Legislativa Plurinacional. De otro lado, la distribución de competencias entre las cámaras legislativas no responde al nuevo diseño de la distribución territorial del ejercicio del poder político; pues se entiende que en ese nuevo contexto, cada una de las cámaras legislativas tiene que cumplir una determinada y específica función; por lo tanto, deben tener competencias específicas además de las competencias comunes; ello no está debidamente definido en el Proyecto.

También presenta algunos errores, como el de seguir nombrando Control Administrativo de Justicia, para referirse al Consejo de la Magistratura, cuando al nombrar las atribuciones de la Cámara de diputados, en el art. 159.13^a, se refiere a la atribución de preseleccionar a los postulantes del “Control Administrativo de Justicia”, ese fue el texto originalmente aprobado por la Asamblea Constituyente, pero al haberse modificado el nombre del organismos en las modificaciones introducidas por el Congreso nacional, debió haberse modificado. Pero algo más importante aún, en su art. 161, maneja la nomenclatura de Asamblea Legislativa Plurinacional para referirse a la sesión conjunta entre ambas Cámaras Legislativas.

Finalmente, corresponde señalar que el proyecto de Constitución incurre nuevamente en los mismos excesos que la Constitución vigente, cuando al nombrar las atribuciones de las cámaras legislativas, le asigna al órgano Legislativo la potestad judicial, es decir la potestad de actuar como tribunal judicial que juzgue en única instancia a los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo, del Tribunal Agroambiental y del Control Administrativo de Justicia por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones; sostenemos que se trata de un excesos por las siguientes razones de doctrina jurídico – constitucionales:

i) A través de la función judicial, el Estado imparte justicia en los diferentes conflictos o controversias que se suscitan entre particulares, o entre éstos y el Estado, imponiendo sanciones ante las infracciones a la ley, en defensa del principio de legalidad; dicho desde otra perspectiva, la función judicial consiste en la potestad de resolver los conflictos o controversias entre particulares o de éstos con el Estado.

En el ejercicio de la función judicial, sobre la base del principio de la independencia de los jueces y magistrados, es de vital importancia garantizar el ejercicio del derecho al debido proceso de las partes que intervienen en la substanciación de un proceso judicial, consagrado por los arts. 14 y 16-IV de la Constitución, 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica; un derecho que tiene como uno de sus elementos esenciales, el derecho a ser juzgado y oído por un juez natural competente, **independiente e imparcial** para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal; según la jurisprudencia constitucional establecida en la SC 0491/2003- R de 15 de abril, debe “(..) *entenderse por Juez competente aquel que de acuerdo a las normas jurídicas previamente establecidas, conforme criterios de territorio, materia y cuantía, es el llamado para conocer y resolver una controversia judicial; Juez independiente aquel que, como se tiene referido, resuelve la controversia exenta de toda ingerencia o intromisión de otras autoridades o poderes del Estado; y Juez imparcial aquel que decida la controversia judicial sometida a su conocimiento exento de todo interés o relación personal con el problema, manteniendo una posición objetiva al momento de adoptar su decisión y emitir la resolución*”.

En ese ámbito, dentro de un Estado democrático de Derecho, la función judicial ejercida en los márgenes referidos representa una garantía jurisdiccional al ejercicio de los derechos fundamentales de las personas; por ello, conforme a la jurisprudencia constitucional establecida en la DC 003/2005, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado “**exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial o, lo que es lo mismo, que las personas acusadas de la comisión de un delito sean juzgadas por jueces o tribunales de la**

jurisdicción ordinaria, encuentra sustento en el principio de legalidad y en la garantía del debido proceso (...).”

ii) El ejercicio de la función judicial, según el proyecto de Constitución se encomienda al órgano Judicial y, por mandato de la norma prevista en su art. 179.I, la función judicial es única y se la ejerce a través de la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental; la jurisdicción indígena originaria campesina; y la jurisdicción constitucional.

iii) En el contexto antes referido no se puede conferir al órgano Legislativo la potestad judicial, ello rompería los principios básicos del Estado constitucional de Derecho, como el principio de separación de funciones, el principio de legalidad sancionadora; asimismo provocaría una grave infracción del derecho al debido proceso; también vulneraría el valor supremo de la justicia; en suma, implicaría que el Constituyente, en franca contradicción con el principio de separación de funciones, y los principios de unidad jurisdiccional y exclusividad jurisdiccional, le asigne la potestad judicial al Órgano Legislativo, lo cual sería un contrasentido porque en vez de separar las funciones se estaría concentrando en un solo órgano.

Un órgano de naturaleza política, como es el Legislativo, no reúne las mínimas condiciones de imparcialidad en la tramitación de un proceso judicial, menos de un proceso penal, que es de naturaleza sancionadora, toda vez que, de un lado, su composición está caracterizada por la presencia de políticos, mas que juristas con experiencia en la función judicial; y, de otro, el partido, movimiento, agrupación ciudadana o pueblo indígena originario campesino en función de gobierno siempre tendrá el control de la mayoría en las respectivas cámaras de la Asamblea Legislativa Plurinacional; por lo tanto, ante una acusación planteada por el órgano Ejecutivo, que tenga como finalidad neutralizar el control de legalidad o de constitucionalidad de los actos o resoluciones de los gobernantes, esa mayoría parlamentaria actuará con consignas y sobre la base de la disciplina partidaria; con lo que no se garantiza en absoluto su independencia e imparcialidad, dos elementos esenciales del Juez natural que garantiza el derecho al debido proceso.

La potestad que debe desempeñar, con relación a la responsabilidad de las altas autoridades del órgano Judicial emergente del desempeño de sus funciones, es la *cuasi* jurisdiccional, para que en el marco del control al órgano Judicial, pueda sustanciar el juicio de responsabilidad, cuya naturaleza jurídica es esencialmente política, es decir, un juicio político de establecimiento de la responsabilidad de los altos funcionarios del Órgano Judicial, emergente de los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, de manera que el juicio concluya en un desafuero constitucional de las autoridades con la consiguiente destitución de sus funciones, para que luego sean sometidos al proceso penal ante el Juez natural competente, independiente e imparcial.

La función judicial, asignada impropriamente al órgano legislativo, se constituye en un poderoso instrumento político para menoscabar o anular la independencia del órgano Judicial, en general, y de los magistrados y jueces, en particular; y, en su caso, para desarticular los órganos constitucionales de control de constitucionalidad y de control de legalidad. Ello es posible constatar con el ejemplo concreto de lo que pasó con el Tribunal Constitucional, pues a partir del uso político de la función referida, se ha logrado provocar la renuncia de los magistrados del Tribunal Constitucional al grado de que quede con una sola magistrada en ejercicio, sumado a ello el deliberado incumplimiento de la Constitución y la Ley N° 1836 por el Congreso Nacional, no realizando las designaciones, ha logrado desactivar el control de constitucionalidad, en general, y el

control sobre el cumplimiento y respeto del procedimiento de reforma constitucional por la Asamblea Constitucional, en particular. El segundo ejemplo concreto, es lo que sucede en la coyuntura actual, cuando en la Cámara de Diputados se han abierto juicios de responsabilidad contra los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, con la finalidad de menoscabar la independencia de la Corte suprema de Justicia y sus ministros.

6.3.3. El órgano Judicial

En el marco del constitucionalismo clásico, como tercer órgano del poder constituido, no por el orden de jerarquía sino por el número, que el proyecto de Constitución incluye es el órgano Judicial, asignándole la potestad judicial de resolver los conflictos y controversias de orden legal entre los particulares y de éstos con el Estado.

6.3.3.1. Una introducción necesaria

Para una mejor comprensión de los alcances de las reformas introducidas en el proyecto de Constitución, con relación al sistema órgano Judicial, resulta necesario referirse a la situación en la que se encuentra el sistema judicial boliviano y la percepción que tienen los bolivianos y bolivianas del mismo.

Al respecto, cabe señalar que en los encuentros territoriales sostenidos por la Asamblea Constituyente, en los que se realizaron diagnósticos sobre el actual sistema judicial con la participación de diversos sectores y actores sociales, incluido el propio órgano Judicial, se ha establecido que los bolivianos y bolivianas tienen la siguiente percepción sobre la situación actual del sistema judicial:

- a) El sistema judicial no responde a los requerimientos de justicia de la población; ya que no es accesible para todos los sectores sociales; pues de 327 municipios existentes sólo 180 cuentan con juzgados y tribunales judiciales; los costos para acceder al servicio, impuestos a través de las tasas y formularios judiciales, sumados a los costos de asistencia de los profesionales abogados patrocinantes o defensores obstaculizan el acceso al servicio judicial estatal; lo que hace que un elevado porcentaje de bolivianos y bolivianas no tengan acceso a este servicio.
- b) La retardación de justicia es una constante dentro la administración de justicia; el servicio judicial estatal es lento y demasiado pesado, pues los procesos judiciales tienen una duración entre 5 hasta 10 años, desde la iniciación hasta la obtención de una sentencia con calidad de cosa juzgada.
- c) Los niveles de corrupción en la administración de justicia son preocupantes; el funcionamiento del Sistema Judicial es poco transparente; existen frecuentes denuncias de corrupción contra los servidores judiciales, aunque en muchos casos se tratan de denuncias no probadas ni sustentadas con prueba.
- d) Ausencia de sanción a jueces y funcionarios judiciales por faltas (delitos) cometidas en el ejercicio de sus funciones; el régimen disciplinario no funciona a plenitud, de manera que no se imponen las sanciones que corresponden; lo que genera en la opinión pública una sensación de impunidad de la que gozan los jueces y funcionarios judiciales, provocando altos niveles de desconfianza en los operadores del sistema.

e) La aparente excesiva politización en la designación de funcionarios del Poder Judicial; pues el sistema de designación de los jueces y magistrados genera altos niveles de desconfianza en la ciudadanía sobre la conducta de los jueces; la ciudadanía tiene la sensación de que existe una subordinación de los jueces hacia los políticos por una suerte de “lealtad” por las designaciones.

f) Falta de efectividad del Consejo de la Judicatura, en el desempeño de su labor administrativa, al no crear condiciones para un mayor acceso al servicio judicial con la creación de un mayor número de juzgados y tribunales; y una falta de eficacia en el desempeño de su función disciplinaria.

g) Mala calidad del servicio judicial reflejada en la emisión de fallos inmotivados; pues con mucha frecuencia los jueces y tribunales emiten decisiones sin una suficiente y razonable fundamentación jurídica.

h) Procedimientos excesivamente formalistas y ritualistas, anclados en el positivismo clásico, que contribuyen a demora excesiva en la substanciación de los procesos judiciales, provocando la retardación de justicia.

Como se podrá advertir, la percepción ciudadana sobre el sistema Judicial estatal no es buena, pues existe falta de credibilidad y falta de confianza respecto al servicio judicial estatal. Ante la realidad descrita, el reto fue introducir las modificaciones y ajustes necesarios al sistema Judicial para fortalecerlo y devolverle la credibilidad y la confianza ciudadana, a la vez de adecuarlo a la nueva configuración estatal.

6.3.3.2. Las reformas introducidas al órgano Judicial

Como punto de partida del presente análisis, cabe señalar que las reformas introducidas por el proyecto de Constitución al sistema judicial, en general, y al órgano Judicial, en particular, no responden a los verdaderos retos y desafíos de mejorar cualitativamente el sistema, como la garantía de la vigencia plena del Estado de Derecho, solucionando la crisis en la que se encuentra a partir de las causas identificadas.

En efecto, el nuevo diseño del órgano Judicial con las reformas introducidas en el proyecto de Constitución, no resuelven el problema de los bajos niveles de acceso de los bolivianos y bolivianas al servicio judicial estatal; tampoco contribuyen a resolver el problema crónico de la retardación de justicia, toda vez que, entre otras cosas, el proyecto de Constitución no consigna una norma que obligue una asignación presupuestaria suficiente y razonable para que se puedan crear nuevos juzgados y tribunales en aquellos municipios en los que actualmente no existen, e incrementar juzgados en aquellos municipios en los que la carga procesal elevadísima genera retardación de justicia. Las reformas no contribuyen a revertir la sensación ciudadana sobre la excesiva politización; al contrario, contribuye a que la politización se haga efectiva y se elimine la independencia de los jueces y magistrados, al imponer la elección directa por voto popular y sufragio universal de las altas autoridades del órgano Judicial. Tampoco contribuyen a mejorar la calidad del servicio judicial que es una de las grandes debilidades del sistema judicial.

Entonces, las principales reformas introducidas por el proyecto de Constitución se reducen a; la constitucionalización de la jurisdicción agroambiental; la integración de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, con errores de concepción y configuración; y la introducción de la participación ciudadana el ejercicio de la

potestad judicial del Estado, mediante la elección por voto directo y sufragio universal de las altas autoridades del órgano Judicial.

Según las normas previstas por el art. 178 del proyecto de Constitución, el sistema judicial se configura sobre la base de los principios de pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, igualdad jurídica, independencia, seguridad jurídica, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos. Los principios referidos responden, de manera coherente, al nuevo modelo de Estado unitario social de Derecho Plurinacional Comunitario. El segundo párrafo del art. 178 del proyecto de Constitución proclama que constituyen garantías de la independencia judicial, el desempeño de los jueces de acuerdo a la carrera judicial; y la autonomía presupuestaria de los órganos judiciales.

La norma prevista por el art. 179.I del proyecto de Constitución, define que la función judicial es única; se la ejerce a través de la Jurisdicción Ordinaria; la Jurisdicción Agroambiental; y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina; complementariamente se instituye el Consejo de la Magistratura, con potestad disciplinaria y de control administrativo. El segundo párrafo del citado artículo, determina que la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina gozan de igual jerarquía; la primera es ejercida por el Estado, a través de los tribunales y jueces establecidos por la Constitución y las Ley; y la segunda es ejercida por las autoridades naturales de los pueblos indígenas originario campesinos.

La Jurisdicción Ordinaria, según las normas previstas por los arts. 179 al 185 el proyecto de Constitución, se ejercerá por:

a) El Tribunal Supremo de Justicia, integrado por Magistradas y Magistrados, cuyo número será definido por Ley; elegidos mediante voto popular y directo, con sufragio universal; con un período de mandato de seis años sin derecho a la reelección inmediata; cesarán en sus funciones por cumplimiento de mandato, sentencia ejecutoriada emergente de un juicio de responsabilidades, renuncia, fallecimiento y las demás causales previstas por la Ley.

b) Los tribunales Departamentales de Justicia, se entiende que ejercerán jurisdicción en todo el Departamento, lo que en la actualidad desempeñan las Cortes Superiores de Distrito; pues el proyecto de Constitución no consigna norma alguna con relación a estos Tribunales.

c) Los Tribunales de sentencia y los Jueces; se entiende que son los de instancia, cuyo régimen y estatuto jurídico será definido por Ley, pues la Constitución no consigna ninguna norma al respecto; pero en la práctica son los actuales tribunales y jueces de instancia.

d) Accesoriamente se instituye la Jurisdicción Militar, como jurisdicción especializada, para juzgar los delitos de naturaleza militar regulados por la ley.

La Jurisdicción Agroambiental, según las normas previstas por los arts. 186 al 189 del proyecto de Constitución, como una jurisdicción especializada se ejercerá por:

a) El Tribunal Agroambiental; como el máximo Tribunal de la jurisdicción especializada, se ejercerá por magistradas y magistrados elegidos mediante voto popular y directo, con sufragio universal; cuyo número, se entiende, será definido por Ley, aunque no existe una remisión normativa al legislador; duran en sus funciones por un período de seis años, sin derecho a la reelección; con relación al régimen de

prohibiciones, incompatibilidades, requisitos y cesación se aplican las normas previstas para los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

b) Los jueces agroambientales; se entiende que son los que ejercen jurisdicción y competencia de instancia en materia agroambiental, cuyo número, funciones y atribuciones, así como su estatuto jurídico será regulado por Ley, aunque no existe una remisión normativa al legislador.

Según las normas previstas por el art. 190 del proyecto de Constitución, la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina se ejerce por sus propias autoridades, aplicando sus principios, valores culturales, normas y procedimientos; tendrá como límite la vida y los derechos consagrados por la Constitución.

Con las modificaciones introducidas por el Congreso Nacional, a la versión aprobada por la Asamblea Constituyente, la competencia de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina en cuanto a las personas y con relación al ámbito territorial ha quedado delimitada. En cuanto a las personas, la competencia sólo alcanza a los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciadores o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos. Con relación al ámbito territorial, la competencia sólo se abre para conocer y resolver los conflictos emergentes de las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino. Finalmente, respecto a la competencia por razón de materia, la norma prevista por el art. 191 del proyecto, determina expresamente que esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.

La norma prevista por el art. 192.III del proyecto remite a la Ley de Deslinde Jurisdiccional, la definición de los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

Con relación al Consejo de la Magistratura, denominación incluida por el Congreso Nacional, cabe señalar que según la norma prevista por el art. 193 del proyecto de Constitución, es una instancia responsable del régimen disciplinario de la jurisdicción ordinaria, agroambiental y las jurisdicciones especializadas, se excluye de ese control a la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina; también se encarga de ejercer el control y fiscalización del manejo administrativo y financiero; y finalmente, de la formulación de políticas de su gestión. Estará conformado por miembros elegidos mediante voto popular directo y con sufragio universal, de candidatos propuestos por la Asamblea Legislativa Plurinacional; durarán en sus funciones seis años sin derecho a reelección; no se define el número de miembros, se presume que definirá la Ley.

Entre las principales atribuciones del Consejo de la Magistratura, el art. 195 del proyecto de Constitución, prevé las de promover la revocatoria de mandato de las Magistradas y de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Agroambiental, cuando, en el ejercicio de sus funciones, cometan faltas gravísimas determinadas por la ley; preseleccionar a las candidatas y a los candidatos para la conformación de los tribunales departamentales de justicia que serán designados por el Tribunal Supremo de Justicia; designar, mediante concurso de méritos y exámenes de competencia, a los jueces de partido y de instrucción; elaborar

auditorias jurídicas y de gestión financiera; evaluar el desempeño de funciones de las administradoras y los administradores de justicia, y del personal auxiliar; y ejercer el control disciplinario de los vocales, juezas y jueces; y personal auxiliar y administrativo del Órgano Judicial.

6.3.3.3. Las ausencias en la configuración del sistema judicial del Estado

En el diseño del sistema judicial del nuevo Estado previsto por el proyecto de Constitución, se advierten lamentables ausencias, algunas de ellas responden a la intención manifiesta del Constituyente y que contribuirán al debilitamiento institucional del órgano Judicial. Esas ausencias se describen de la siguiente forma:

En primer lugar, está ausente el control de legalidad de los actos administrativos que debe ser ejercido por la jurisdicción contenciosa administrativa; una ausencia que no responde a una omisión o desconocimiento, sino a manifiesta intención de restringir a la mínima expresión el sistema de los controles interórganos, de pesos y contrapesos que debe existir en un Estado democrático constitucional de Derecho; de manera que con esa decisión se refuerza el poder político del órgano Ejecutivo liberándolo del control de legalidad sobre los actos administrativos; pues con ello será viable que el Presidente pueda gobernar por decretos supremo en franca contravención a las leyes.

Cabe señalar que en todo Estado democrático constitucional de Derecho, regido entre otros por el principio de legalidad, los actos, determinaciones y resoluciones de la Administración Pública deben y tienen que estar sometidos al control de legalidad, pues la decisión de la autoridad no es constitucional solamente por el hecho de adoptarse en ejercicio de las funciones del cargo, ella debe ajustarse a las normas de la Constitución y las leyes, resguardar los valores supremos, principios y derechos fundamentales; lo que exige que en el sistema judicial del Estado se configure la jurisdicción contenciosa – administrativa.

En la Constitución vigente, la labor de control de legalidad está encomendada a la jurisdicción ordinaria; empero, el diseño actual, por su extremada centralización a la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia, presenta limitaciones que impiden un adecuado funcionamiento del sistema, lo cual obliga a modificarlo en la nueva Constitución. Entonces se esperaba que esa deficiencia sea corregida en la nueva Constitución.

Empero, en el proyecto de Constitución, se ha suprimido la función contenciosa administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, no otra cosa significa que en las atribuciones asignadas por el art. 184 del proyecto de Constitución no se consigna la función de control de legalidad; lo cual constituye una grave ausencia que, como se tiene referido es manifiestamente deliberado, liberará del control de legalidad los actos administrativos de los cinco niveles de gobierno, es decir, el nacional, departamental autónomo, regional autónomo, indígena originario campesino autónomo y el municipal autónomo.

En segundo lugar, en el proyecto de Constitución se advierte la ausencia preocupante de regulación respecto a la organización, funciones y atribuciones de los Tribunales Departamentales de Justicia y jueces de instancia; pues en el texto analizado no se consigna ninguna norma básica sobre la forma en que se organizarán los Tribunales Departamentales, los tribunales y jueces de instancia,

menos las bases sobre el estatuto jurídico de los jueces, entre ellos los referidos a sus derechos, obligaciones, régimen de prohibiciones e incompatibilidades, y régimen de responsabilidades. Si bien es cierto que se trata de materias que deben ser reguladas por la Ley Orgánica, no es menos cierto que es necesario que la Constitución prevea las normas básicas definiendo los principios y criterios sobre los que se configurarán esas instancias jurisdiccionales, de manera que esas normas constitucionales generales sean desarrolladas por la legislación orgánica.

En tercer lugar, el proyecto de Constitución omite definir el régimen de responsabilidad jurídica emergente de la función pública en general, y de la función judicial en particular. En efecto, entre las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, simplemente se hace referencia a que esa instancia tiene la atribución de conocer del juicio de responsabilidades contra el Presidente y Vicepresidente del Estado, más no hace mención alguna a las otras altas autoridades nacionales y departamentales, como los Ministros de Estado, Prefectos de Departamento, Contralor General de la República, vocales de la Corte Nacional Electoral, Defensor del Pueblo; Procurador General del Estado; Rector de la Universidad estatal; embajadores; esa omisión da lugar a varias preguntas obligadas ¿el juzgamiento de esas autoridades será competencia de los Tribunales Departamentales?, o en su defecto ¿esas autoridades no tendrán responsabilidad jurídica?, o finalmente ¿esas autoridades no gozarán de fuero constitucional y serán juzgados como cualquier ciudadano por los tribunales ordinarios de instancia?; de ser ésta última la razón para esa ausencia normativa, resultaría lamentable para el Estado de Derecho toda vez que expondría a esas altas autoridades al uso abusivo del derecho de acceso a la justicia, ya que a diario se plantearían acciones penales, por ejemplo, contra los Ministros de Estado al grado que éstas autoridades tendrían que pasar su tiempo asumiendo defensa ante las acciones penales y no cumpliendo su labor específica; debe entenderse que el fuero constitucional no es una protección a la persona sino a la investidura para garantizar la independencia del respectivo órgano constitucional en el desempeño de sus funciones. En el proyecto de Constitución, tampoco se hace mención alguna respecto a la responsabilidad de los vocales de los Tribunales Departamentales de Justicia y los jueces de instancia.

Finalmente, el proyecto de Constitución no define que organismo desempeñará la labor administrativa del órgano Judicial; pues el Consejo de la Magistratura no desempeñará la labor administrativa, sus funciones serán de control de la administración, lo que supone que otro organismo debe encargarse de la Administración sobre la base de políticas administrativas, pero ese tema no está definido expresamente por el proyecto de Constitución, ni existe una remisión al legislador. Entonces surge la pregunta obligada ¿será que el órgano ejecutivo asumirá nuevamente la función administrativa del órgano judicial mediante el Ministerio de Justicia?, lo que sería una forma de eliminar la independencia del órgano Judicial; o en su defecto ¿será que nuevamente desempeñará la función administrativa del órgano Judicial la Corte Suprema de Justicia con una Unidad de apoyo?, lo cual constituirá un lamentable retroceso, ya que concentraría nuevamente funciones jurisdiccionales y administrativas e la Corte Suprema de Justicia incidiendo negativamente en la oportuna resolución de las proceso judiciales y contribuyendo más a la retardación de justicia que es un mal crónico del sistema judicial estatal.

6.3.3.4. Los errores y excesos de la reforma Con relación a la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina

Con relación a la Jurisdicción Indígena Originaria En el diseño del sistema judicial del nuevo Estado, al margen de las ausencias referidas, en el proyecto de Constitución contiene graves errores e innecesarios excesos que, en vez de contribuir a revertir la falta de credibilidad y confiabilidad ciudadana, agravará la crisis del sistema judicial. Entre los principales errores se pueden mencionar los siguientes:

a) Con relación a la jurisdicción ordinaria

En primer lugar, el proyecto de Constitución mantiene el centralismo y la concentración como criterio básico de configuración del órgano Judicial, en franca contraposición al nuevo sistema de distribución territorial del ejercicio del poder político del Estado que se adopta bajo la modalidad de las autonomías.

En efecto, siendo así que se crean cinco niveles de gobierno, el Estatal nacional, el Departamental autónomo, el regional autónomo, el indígena originario campesino autónomo, y el municipal autónomo; en la configuración del órgano Judicial el proyecto ratifica el sistema centralizado y concentrado que responde a un Estado unitario centralizado; cuando lo lógico era descentralizar y desconcentrar la estructura orgánica del Judicial para adecuarla a la nueva organización territorial del ejercicio del poder político, para lo que debió definir los principios y criterios básicos de organización; asignar las potestades y funciones a las instancias jurisdiccionales departamentales, regionales, y municipales en función al régimen autonómico, para que desempeñen la potestad de control de legalidad, y la resolución de las controversias entre los particulares y de éstos con el Estado en el nivel territorial respectivo.

Uno de los factores principales para la falta de credibilidad y confianza ciudadana hacia el sistema judicial estatal y para los niveles bajos de acceso a la justicia, es la organización y configuración centralizada y concentrada del órgano Judicial, lo que hace que el Estado, en lo que concierne a su sistema judicial, está tan lejos del ciudadano, cuando debía estar cerca de éste. Así, en las capitales de Departamento los juzgados y tribunales de instancia están centralizados en la sede judicial de la Corte Superior de Distrito, obligando a los ciudadanos y ciudadanas de los diferentes distritos municipales trasladarse hacia el centro de la ciudad para poder tramitar sus procesos, cuando respondiendo a la distritalización municipal impuesta por la Ley de Participación Popular debieron descentralizarse instalando los juzgados y tribunales en cada Distrito Municipal, aproximando el servicio judicial al ciudadano; asimismo crear juzgados de circuito para las áreas rurales cambiando los días laborales, de manea que puedan trabajar los sábados y domingos, teniendo como días de descanso los días lunes y martes; ello tomando en cuenta que los campesinos e indígenas salen a las capitales del municipio, donde funcionan los juzgados y tribunales, los fines de semana, pero se encuentran con los juzgados y tribunales cerrados. Es cierto que esas reformas deben realizarse mediante la legislación ordinaria y sobre la base de una adecuada política administrativa, pero los principios deben ser definidos en la Constitución.

Un segundo grave error en que incurrió el Constituyente y que se expresa en el proyecto de Constitución es el referido al tema de la equidad de género; toda vez que, como en todo el texto del proyecto, el tema de la equidad de género lo reduce a

la nomenclatura refiriéndose a los miembros de los altos tribunales del órgano Judicial en femenino y masculino.

En efecto, en el proyecto de Constitución, al margen de hacer referencia a las magistradas y magistrados para referirse a los miembros del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Agroambiental, no consigna norma alguna para garantizar la igualdad de oportunidades para que las mujeres puedan acceder a la función judicial, sin ser discriminadas; y para evitar que a las que acceden a la función de juezas y magistradas las discriminen en el desempeño de sus funciones por razón de género.

Un grave error, convertido en un exceso, es la adopción del sistema de elección por voto popular con sufragio universal y mayoría relativa a los magistradas y magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Agroambiental y del Consejo de la Magistratura; así lo prevé los arts. 182, 188 y 194 del proyecto de Constitución.

Según los autores del proyecto de Constitución, este sistema de elección contribuirá a dotarle de legitimación democrática a los miembros del órgano Judicial; e impedirá la “excesiva” politización en la designación de esas altas autoridades del órgano Judicial, con lo que se garantizará la independencia de los jueces y magistrados.

Sin embargo, consideramos que ese nuevo sistema adoptado en el proyecto de Constitución no resulta una fórmula adecuada, ni contribuirá a superar los problemas de fondo que atraviesa el sistema judicial estatal; al contrario agravará la situación, ya que con esa modalidad de elección la independencia de los jueces y magistrados quedará gravemente afectada y menoscabada, toda vez que esas autoridades estarán sometidas a la voluntad de los grupos sociales que los elijan por voto popular; grupos sociales que no expresarán siquiera la voluntad mayoritaria de los ciudadanos y ciudadanas, ya que el sistema electoral aplicable es la simple mayoría de votos, lo que significa que existiendo varios candidatos se fraccione la votación y los ganadores de la elección obtendrán votaciones no mayores al 30% del electorado.

La adopción del sistema de elección de los magistrados y magistrados por voto directo y sufragio universal es una reforma negativa; ya que por sí sola no garantiza la capacidad e idoneidad que se requiere para desempeñar el cargo que esencialmente es técnico - jurídico no político; por lo tanto, su aplicación motivará graves problemas de orden económico – financiero, así como en el orden jurídico y político; por las siguientes razones:

En primer lugar, cabe señalar que el sistema de elección por voto popular no responde a los requerimientos del sistema judicial; ello porque, excepto en la primera ocasión en que se constituyan los tribunales, en el futuro las acefalías en el Tribunal Supremo de Justicia o en el Tribunal Agroambiental no se presentarán de una sola vez para todos los cargos, pues se producen de manera gradual por renunciadas, fallecimiento, cesación o destitución; entonces para cubrir esa acefalia tendría que organizarse elecciones por voto popular en un Departamento sólo para elegir un Magistrado o Magistrada; ese proceso requiere de tiempo, desde la emisión de las convocatorias públicas para los concursos de méritos y los exámenes de competencia u oposición, la calificación para preseleccionar a los postulantes; luego la emisión de la convocatoria a elecciones, un tiempo para el registro y depuración

electoral, otro tiempo para la campaña electoral de los postulantes; tiempo en el que se mantendrán las acefalías con graves consecuencias para los litigantes.

En segundo lugar, la realización de las elecciones por voto popular, requiere de organización y movilización, como el registro y depuración del padrón electoral; la impresión de papeletas de voto, la movilización de los jurados electorales; la difusión de los antecedentes y méritos de los candidatos; ello tiene un costo económico elevado que a nivel nacional no será inferior a los cinco millones de dólares; ello obligará a preguntarse si se justifica semejante gasto para seleccionar a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Agroambiental, quienes, para desempeñar el cargo, tienen que demostrar capacidad, idoneidad y experiencia que habría que comprobar por otros métodos y mecanismos, no a través de elecciones por voto popular.

En tercer lugar, existen razones de orden jurídico que no justifican la modalidad adoptada; pues si se toma en cuenta que la función que desempeña el Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental es técnica no política, ya que esa alta autoridad ejerce la potestad jurisdiccional de resolver los conflictos o controversias entre particulares o de estos con el Estado, sobre la base de la interpretación y aplicación de las disposiciones legales, la compulsión de los antecedentes y la adecuada valoración de las pruebas; por lo tanto, la función jurisdiccional no es de representación política, o de gestión o de control y fiscalización, como es la función de los diputados o senadores. Ahora bien, en las elecciones populares no ganará necesariamente el mejor, el más capaz o idóneo para el cargo sino el que mejor campaña haya realizado; si bien es cierto que la norma prevista por el art. 182.III del proyecto de Constitución impone a los postulantes la prohibición de realizar campaña electoral a favor de sus candidaturas; no es menos cierto que la campaña la realizarán en el día a día, antes de la realización de las elecciones propiamente dichas; pues tratándose de abogados en el ejercicio libre de la profesión se dedicarán de hacer protagonismo público a través de los medios de comunicación social, en la tramitación de los procesos judiciales en los que intervengan como defensores o patrocinantes; en cambio los jueces de instancia o los miembros de los Tribunales Departamentales de Justicia realizarán la campaña de manera permanente en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales, emitiendo sentencias al gusto y agrado de los sectores sociales organizados, respondiendo a las presiones ejercidas a través de los medios masivos de comunicación social; lo que significa que, en muchos casos, emitirán fallos no ajustados a Derecho; realizarán protagonismo político y se someterán a las presiones de la opinión pública más que a los antecedentes del caso y las disposiciones legales aplicables; entonces se producirá una ruptura del principio de la seguridad jurídica.

Finalmente, es importante tomar en cuenta que la voluntad popular no siempre es razonable en determinadas circunstancias; de otro lado, a través de la votación popular se romperá definitivamente la independencia de los Magistrados, pues se generará y aplicará el concepto del mandato imperativo; por lo tanto, los ciudadanos que voten por un determinado postulante exigirán un comportamiento de la autoridad acorde con su voluntad política, exigirán rendición de cuentas; entonces, los Magistrados tendrán que contar con habilidad política más que con idoneidad y capacidad para el desempeño de sus funciones.

Un dato importante a considerar es que la modalidad de elección de los magistrados y jueces por voto popular solamente se aplica en 30 Estados miembros de los Estados Unidos de Norte América, para la elección de los jueces de menor jerarquía, en los restantes Estados no se aplica ni siquiera para elegir a esos jueces de menor jerarquía; con relación a los Magistrados de la Corte Suprema Estadual la designación es atribución del Gobernador con ratificación del Senado Estadual; los Magistrados de la Suprema Corte Federal son designados por el Presidente de la República con ratificación del Senado; en el resto del mundo los jueces de instancia son designados a través del sistema de carrera judicial, y los magistrados de las altas Cortes son designados órgano Legislativo o por el Ejecutivo.

Campesina, el proyecto de Constitución presenta graves errores.

El primero, referido a los alcances de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, cuando se incluye a las comunidades campesinas como titulares de esta jurisdicción, o dicho desde otra perspectiva, se extiende los alcances de esta Jurisdicción a las comunidades campesinas. Si se toma en cuenta que, la Jurisdicción Indígena o Justicia comunitaria, como se conoce en la doctrina, es una institución jurídica que trata de materializar los principios morales y valores de un Pueblo Indígena para lograr una convivencia armónica entre sus miembros; y tiene su base en un sistema jurídico constituido por el Derecho consuetudinario, consistente en un sistema común de creencias, usos y costumbres; es fácil entender que las comunidades campesinas no tienen un Derecho consuetudinario configurado, pues muchas colectividades humanas constituidas como comunidades campesinas tienen una composición heterogénea, otras recién han sido creadas en la década del '80 del Siglo XX; por lo tanto, no tienen un sistema jurídico propio; entonces, no puede incluirse a las comunidades campesinas como titulares de esta Jurisdicción que tan solamente corresponde a los pueblos indígenas originarios.

El segundo, la homogeneización de los sistemas jurídicos en una sola jurisdicción; pues el proyecto de Constitución, en sus arts. 179, 190, 191 y 192, define como una sola la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, cuando en la práctica cada nación originaria y pueblo indígena originario tiene su propio sistema jurídico, de ahí la necesidad de proclamar el principio del pluralismo jurídico; por lo tanto, cada nación originaria o pueblo indígena originario tendría que contar con su propia jurisdicción indígena originaria o justicia comunitaria; en consecuencia, no resulta apropiado homogeneizar esta jurisdicción.

El tercero, en la pretensión de corregir los excesos que presentaba el proyecto aprobado por la Asamblea Constituyente con relación a la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, el Congreso Nacional ha introducido modificaciones al texto del proyecto, entre ellas, con relación a esta jurisdicción. Entre esas modificaciones se ha definido, en el art. 191.II.2) del proyecto, que la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional; **ello significa que la competencia por razón de materia se define en la Ley referida, lo que vacía de contenido la naturaleza jurídica de esta jurisdicción, pues deja de tener su base en el Derecho consuetudinario para reemplazarla por la Ley escrita.**

Finalmente, un grave error del proyecto de Constitución es la omisión respecto al tema de la equidad de género en el ejercicio de la Jurisdicción Indígena Originaria

Campesina; toda vez que no prevé norma alguna que garantice el acceso de la mujer a dicha función, máxime si se toma en cuenta que en algunas naciones originarias y pueblos originarios las mujeres no pueden ejercer la función de autoridad natural; por lo que no podrán acceder al ejercicio de la función jurisdiccional.

6.4. El Tribunal Constitucional Plurinacional como defensor de la Constitución y protector de los derechos humanos

Según las normas previstas por el 179.III del proyecto de Constitución la justicia constitucional se ejercerá por el Tribunal Constitucional Plurinacional; el que por mandato del art. 196 del proyecto, velará por la supremacía de la Constitución, ejercerá el control de constitucionalidad, y precautelará el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

De las normas constitucionales referidas se infiere que el Constituyente ha decidido mantener el control de constitucionalidad con el modelo europeo o “kelseniano”, encomendando la labor a un organismo especializado como es el Tribunal Constitucional Plurinacional; empero, ha introducido importantes reformas a la estructura institucional del mencionado órgano de control de constitucionalidad, al ámbito de sus funciones y atribuciones, asimismo a la configuración procesal de los procesos constitucionales que debe conocer y resolver; reformas que en el futuro podrían anular el control de constitucionalidad y, en su caso, permitir se instrumentalice de la Justicia Constitucional para garantizar el proyecto de ejercicio hegemónico del poder político.

Las reformas introducidas por el proyecto de Constitución, con relación al control de constitucionalidad, en general, y a la estructura institucional del Tribunal Constitucional, son las siguientes:

a) En el ámbito institucional

En el ámbito institucional, el proyecto de Constitución, simplemente añadiendo al nombre original la alocución de Plurinacional, mantiene al Tribunal Constitucional en la estructura orgánica del órgano Judicial; cuando lo óptimo era constituirlo como un órgano constitucional independiente de los demás órganos del poder constituido, cuyos actos, resoluciones y determinaciones controla, en cuanto a su compatibilidad con la Constitución. Algo más grave aún, a diferencia de la Constitución vigente, en la que se proclama la independencia orgánica y funcional del Tribunal Constitucional, en el proyecto de Constitución no se hace referencia alguna a esa independencia orgánica y funcional; ¿se trata de una omisión o una deliberada determinación?, consideramos que se trata de lo último; pues responde a una estrategia de mantener este órgano formalmente en la estructura institucional del Estado, pero anularlo materialmente en su función de ejercer control de constitucionalidad.

Según las normas previstas por el art. 197.I del proyecto de Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema jurídico ordinario y del sistema jurídico indígena originario campesino. El número total de magistrados que integran el Tribunal Constitucional Plurinacional, y la forma en que se organizan internamente, serán definidos por Ley.

Los magistrados y magistradas durarán en sus funciones un período de seis años, sin derecho a la reelección inmediata; cesarán en sus funciones por cumplimiento de mandato,

sentencia ejecutoriada emergente de un juicio de responsabilidades, renuncia, fallecimiento y las demás causales previstas por la Ley. Esta última previsión podría ser utilizada para incorporar como causal de cesación la revocatoria de mandato, ello respondiendo a los pedidos y planteamientos de las organizaciones sociales afines al gobierno actual, lo que se constituiría en un factor importante de anulación de la independencia de los magistrados juntamente con el sistema de elección mediante voto directo y sufragio universal.

En cuanto a los requisitos para ser elegido magistrado o magistrada, según las normas previstas por el art. 199.I del proyecto de Constitución, aprobado con las modificaciones del Congreso Nacional, los postulantes deberán haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.

Si bien, el actual texto de la norma constitucional proyectada es más razonable que la originalmente aprobada en la Asamblea Constituyente, en lo que concierne a los requisitos para ejercer la función de magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional; aun mantiene un factor que podría dar lugar a una distorsión en la conformación del órganos de control de constitucionalidad; es que, no hace una referencia explícita a que se requiere tener la profesión de Abogado con título en provisión nacional; pues exige la especialización o experiencia en las disciplinas de Derecho constitucional, Administrativo o Derechos Humanos; ahora bien, sucede que existen profesionales no abogados que han cursado un postgrado a nivel de Maestría en Derecho Constitucional; o ciudadanos que, sin ser abogados tienen la especialización en Derechos Humanos, ya que los postgrados en esta disciplina no exigen como requisito para su admisión el tener la profesión de abogado.

El control de constitucionalidad es una labor esencialmente técnica – jurídica, basada en la interpretación de las normas de la Constitución, así como de los tratados, convenciones o pactos internacionales sobre derechos humanos, además de las leyes ordinarias desde y en conformidad con la Constitución; el desempeño de esa labor requiere de conocimientos, habilidades y destrezas que se adquieren con una formación académica en el ámbito de las ciencias jurídicas; por lo tanto no resulta razonable que formen parte de ese órgano personas que no tienen formación jurídica.

Con relación a las funciones y atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, el proyecto de Constitución mantiene las asignadas por el art. 120 de la Constitución vigente, con la adición de la atribución de conocer las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto; conocer y resolver los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental; conocer en grado de revisión la acción de cumplimiento y la acción popular, que son dos nuevas acciones tutelares incorporadas a las garantías constitucionales jurisdiccionales por el proyecto de Constitución; asimismo se impone el control preventivo imperativo de los Tratados Internacionales.

b) El sistema de selección e incorporación de los magistrados

Según la norma prevista por el art. 198 del proyecto de Constitución, los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional serán elegidos por voto popular directo, con mayoría relativa, mediante sufragio universal; para ese efecto los candidatos y candidatas serán propuestos la Asamblea Legislativa Plurinacional; pero, según lo previsto por el art. 199.II del proyecto, también podrán ser propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las

naciones y pueblos indígena originario campesinos. Lo que significa que habrán dos fuentes de postulación de los candidatos al cargo de magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, la de la Asamblea Legislativa Plurinacional, aprobada por dos tercios de votos de los miembros presentes; y la de las organizaciones de la sociedad civil, y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; lo que significa que, ante la eventualidad de que la primera fuente no presente las postulaciones, la elección podrá realizarse válidamente con la postulación por la segunda fuente, lo que en la práctica implicará el ejercicio de la supremacía del colectivo humano conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Ello supone que el Constituyente boliviano opta por la posición de dotar de una legitimación democrática directa a los jueces constitucionales. En efecto, el constituyente, al margen de encargarle la labor de defensa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales al Tribunal Constitucional Plurinacional, ha definido que los jueces constitucionales sean elegidos directamente por el pueblo mediante sufragio universal y con un sistema electoral de la mayoría relativa o simple mayoría de votos; de manera que reciban el mandato directamente del pueblo; con la posibilidad de que sus cargos sean revocables por el propio electorado mediante revocatoria de mandato, si así lo define el legislador ordinario en la Ley de desarrollo constitucional en la que podrá definir las demás causales de cesación. Un posicionamiento incorrecto y poco razonable que tiene como fundamento central, esgrimido por sus proyectistas, el *“evitar la politización del Tribunal Constitucional que, dada la modalidad actual de designación, se produce por el ‘cuoteo’ político que se da en el Congreso Nacional”*; y, con ello, *“garantizar la independencia de los magistrados en el desempeño de sus funciones”*.

Es respetable la posición asumida por la mayoría en la Asamblea Constituyente, cuya voluntad se expresa en el proyecto de Constitución; sin embargo, la propuesta no constituye una solución a un aparente problema que en la práctica no existe sino en un cuestionamiento abstracto e interesado. Se trata de una posición errada que reduce la legitimación democrática a las elecciones directas por voto popular de los jueces; sin tomar en cuenta que junto a la elección directa por voto popular, existen otras vías de legitimación democrática de los jueces en un Estado democrático constitucional de Derecho como son la Constitución y la Ley, o la legitimación democrática indirecta, como son la legitimación de origen y la legitimación de ejercicio. No toma en cuenta que la legitimación democrática de origen no es ni puede darse de manera directa, sino indirecta; toda vez que el Juez Constitucional, dada la labor que desempeña, a diferencia de lo que sucede con los miembros del Legislativo y el Ejecutivo, no debe representar a mayorías ni a minorías; de manera que el consenso del electorado no sólo no es necesario, sino que incluso sería peligroso para el correcto ejercicio de sus funciones. Lo que, en última instancia significa, que el Juez Constitucional no puede ni debe ser elegido por voto popular directo, sino a través de mecanismos y sistemas de legitimación democrática indirecta, que permitan la comprobación de la idoneidad, capacidad, experiencia y compromiso constitucional, además de concretizar de manera pluralista la voluntad ciudadana, a través de la designación mediante una votación cualificada que exija la conformación de consensos.

c) En el ámbito procesal

El proyecto de Constitución introduce modificaciones que en su aplicación práctica podrían anular el control de constitucionalidad.

La norma prevista por el art. 196.II del Proyecto de Constitución impone al Tribunal Constitucional Plurinacional los métodos histórico y gramatical para la interpretación de la

Constitución; amarrando al órgano de control de constitucionalidad a la voluntad de la Asamblea Constituyente, frente a la realidad económica, política imperante en el momento en que desarrolle su labor interpretativa. Según la doctrina del Derecho Constitucional, el método histórico consiste en averiguar los antecedentes o raíces históricas de la norma constitucional interpretada para descubrir el sentido de la norma a partir de la voluntad original de su creador; para lo que debe acudir a los documentos de exposición de motivos, informes de comisiones, actas de debates. La aplicación de este método presentará dificultades prácticas toda vez que, dadas las circunstancias en las que se realiza la reforma de la Constitución, no siempre es posible contar con el registro documentado de las iniciativas, los fundamentos o exposiciones de motivos, o las actas de debates, máxime si se toma en cuenta que no hubo un verdadero debate en la aprobación del proyecto de Constitución. En cambio el método gramatical o literal es aquel en el que para atribuir el significado de la norma interpretada se acude al texto literal y gramatical que usa el constituyente para la configuración de la norma constitucional. La aplicación de este método presenta una doble dificultad. La primera, el texto no siempre refleja el sentido o significado de la norma, ello por diversas razones, entre ellas el que durante los debates se plantean proposiciones de modificación, adición o sustitución al texto originalmente propuesto. La segunda, es que suele presentarse variantes entre el texto aprobado por el Constituyente y el texto publicado oficialmente.

En la parte de las garantías constitucionales jurisdiccionales el proyecto de Constitución, de manera positiva introduce dos nuevas acciones tuteladas: la acción de cumplimiento y la acción popular; empero, lo negativo de la reforma constitucional es que el art. 202 del proyecto asigna al Tribunal Constitucional Plurinacional, entre otras, la atribución de conocer y resolver en grado de revisión de oficio las acciones tutelares de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento, en la totalidad de las causas introducidas. Ello, tomando en cuenta que en los ocho años de desempeño de las labores jurisdiccionales del Tribunal Constitucional el índice de crecimiento de las acciones tutelares fue del orden del 20% anual, lo que supone que en cinco años se duplica el número de causas, generará un incremento considerable del número de causas a resolver por el Tribunal Constitucional Plurinacional, lo cual generará una sobrecarga procesal que podría derivar en la retardación de justicia, lo que podría desgastar la imagen institucional del órgano de control de constitucionalidad; lo correcto era que conceda potestad al Tribunal Constitucional Plurinacional de seleccionar los casos que revisará.

Finalmente, según la norma prevista por el art. 132 del proyecto de Constitución, toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la Acción de Inconstitucionalidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley; ello significa que en la reforma constitucional se reconoce la legitimación activa popular irrestricta. Normalmente, la legitimación para activar el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad es restringida a las autoridades de los órganos del poder constituido, por que se activa como mecanismo de control interórganos; esto especialmente en la legislación comparada; aunque habrá de señalar que en algunos Estados se concede esta legitimación a ciudadanos o fracción de ciudadanos, es el caso de Colombia donde cualquier ciudadano puede plantear la acción; o el caso de Alemania o el Perú donde se reconoce a una fracción de ciudadanos. Una legitimación activa popular, es decir, el reconocer la capacidad procesal a cualquier ciudadano o ciudadana para plantear el recurso de inconstitucionalidad resulta muy riesgoso en Bolivia, tomando en cuenta que está muy arraigada la "cultura judicialista", lo que supone que cualquier ciudadano está y estará dispuesto a plantear un recurso de inconstitucionalidad con o sin razón; lo que podría ocasionar un permanente cuestionamiento de las leyes, decretos o resoluciones normativas,

y generar una sobrecarga procesal que provoque un colapso en el sistema produciendo la retardación de justicia.

6.5. La descentralización y autonomías

Tomando en cuenta que uno de los elementos de la crisis social y política del Estado, fue el centralismo político y administrativo, que dio lugar al surgimiento de los movimientos regionales exigiendo una profunda descentralización del Estado; un desafío para la Asamblea Constituyente fue el rediseñar la organización territorial del Estado y, en función a ello, definir un sistema de distribución territorial del ejercicio del poder político del Estado, para revertir los altos niveles de desconfianza, de descrédito y falta de respeto del ciudadano al Estado, que se ha generado por el excesivo centralismo.

La distribución territorial del ejercicio del poder político podría implementarse en diferentes niveles; desde el nivel mínimo, con un modelo de Estado unitario con descentralización o desconcentración administrativa; hasta el nivel máximo de distribución, con un modelo de Estado federal; pero también puede implementarse con un nivel intermedio, con un modelo de Estado autonómico, que implica una descentralización política con transferencia de determinadas competencias del nivel central hacia niveles territoriales subnacionales.

El proyecto de Constitución, sobre la base del nuevo modelo de Estado adoptado, ha optado por un nivel intermedio de Estado con descentralización y autonomías; por lo que ha determinado la distribución territorial del ejercicio del poder político del nivel nacional o central hacia en cuatro niveles territoriales subnacionales; esos niveles son:

i) El nivel de Gobierno Departamental, con una doble modalidad; de un lado, el Gobierno Departamental descentralizado, para aquellos departamentos en los que venció el voto negativo en el referéndum autonómico; y, de otro, Gobierno Departamental autónomo, para aquellos departamentos en los que venció el voto afirmativo en el referéndum autonómico. Según las normas previstas por los arts. 277, 278 y 279 del proyecto de Constitución, el Gobierno Departamental Autónomo estará constituido por una Asamblea Departamental integrada por asambleístas departamentales elegidos por voto directo y sufragio universal y por asambleístas departamentales elegidos por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo a sus propias normas y procedimientos, con facultad deliberativa, fiscalizadora, y legislativa departamental en el ámbito de sus competencias; y un órgano Ejecutivo, dirigido por el Gobernador o Gobernadora elegido por voto popular con sufragio universal. Ejercerán competencias concurrentes con el Gobierno del Estado Plurinacional Comunitario, conforme a la asignación prevista por el art. 299 del proyecto, y ejercerán competencias exclusivas que están asignadas por el art. 300.

En cambio el Gobierno Departamental descentralizado estará constituido por un Consejo Departamental, integrado por consejeros departamentales elegidos por voto directo y sufragio universal; y un Prefecto de Departamento, elegido por voto directo y sufragio universal; así se infiere de las normas previstas por el art. 274 del proyecto de Constitución; las funciones y competencias de estos gobiernos no están expresamente definidos por la Constitución, por lo que se entiende serán definidos por la Ley Marco de Autonomías y Descentralización. Según la norma prevista por el art. 274 del proyecto de Constitución, los Departamentos con régimen de descentralización podrán acceder a la autonomía departamental mediante referendo.

ii) El nivel de Gobierno Regional Autónomo; conforme a la norma prevista por el art. 280 del proyecto de Constitución, la entidad territorial regional se constituirá por voluntad democrática de la ciudadanía y por la unión de municipios o de provincias con continuidad

geográfica, que compartan cultura, lenguas, historia, economía y ecosistemas complementarios; esa región tendrá un Gobierno Autónomo constituido por una Asamblea Regional, conformada por asambleístas regionales elegidos mediante sufragio universal, junto con las listas de candidatos a concejales municipales; las Asambleas Regionales tendrán potestad deliberativa, normativo-administrativa y fiscalizadora; y un órgano Ejecutivo, presidido por la Gobernadora o el Gobernador, elegido por voto popular con sufragio universal.

Según las normas previstas por los arts. 280.III y 301 del proyecto de Constitución, el Gobierno Regional Autónomo ejercerá las competencias que le sean transferidas por la Asamblea Departamental por dos tercios de votos del total de sus miembros.

iii) El nivel de Gobierno Indígena Originario Campesino, conforme a la norma prevista por el art. 290.II del proyecto de Constitución, se ejercerá de acuerdo a sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos, en concordancia a las atribuciones y competencias propias, y en armonía con la Constitución y la ley. A ese efecto, por disposición del art. 291.I *“son entidades territoriales indígena originario campesinas autónomas los territorios indígena originario campesinos, los municipios indígena originario campesinos, y las regiones territoriales indígena originario campesinas”*. Ejercerán las competencias asignadas por el art. 304 del proyecto de Constitución y las que consideren necesario en el marco del ejercicio de su derecho de autodeterminación, pero en compatibilidad con la Constitución y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización.

iv) El nivel de Gobierno Municipal, de conformidad con lo previsto por el art. 283 del proyecto de Constitución, estará constituido por un Concejo Municipal, conformado por concejales elegidos mediante sufragio universal, con facultad deliberativa, fiscalizadora, y legislativa normativa municipal en el ámbito de sus competencias exclusivas; y un órgano ejecutivo, presidido por la Alcaldesa o el Alcalde elegido por voto popular con sufragio universal. Ejercerán las competencias asignadas por el art. 302 del proyecto de Constitución.

Según la norma prevista por el art. 270 del proyecto de Constitución, el régimen autonómico y descentralizado se configura sobre la base de los siguientes principios: la unidad, la solidaridad; el bien común; el autogobierno; la igualdad; la reciprocidad; la subsidiariedad; la gradualidad; la participación y control social; la provisión de recursos económicos; y la preexistencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Es importante señalar que, por previsión del art. 276 del proyecto de Constitución, las entidades territoriales autónomas no estarán subordinadas entre ellas y tendrán igual rango constitucional; lo que implica que entre un Departamento Autónomo y una Región Autónoma existe igualdad de rango constitucional. Lo que omite definir el proyecto de Constitución es la relación institucional que existirá entre los gobiernos autónomos de las diferentes entidades territoriales; la pregunta obligada es ¿los gobiernos autónomos subnacionales, departamental, regional, municipal e indígena originario campesino, tienen también igual rango constitucional?; si la tesis es positiva, se confirma la hipótesis de que el sistema adoptado tiende a neutralizar la autonomía departamental.

Según las normas previstas por el art. 271 del proyecto de Constitución, los alcances, la organización, el funcionamiento, la estructura, las competencias, las atribuciones, la asignación de los recursos económicos financieros y la coordinación del sistema de descentralización y de autonomías se regirán mediante la Constitución y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, aprobada por dos tercios de votos de la Asamblea Legislativa Plurinacional; así como por su respectivo Estatuto o Carta Orgánica aprobado

por dos tercios de los votos de la Asamblea o del Concejo, conforme a la Constitución y a la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, y sometidos a control preventivo imperativo de constitucionalidad; así lo dispone el art. 275 del proyecto de Constitución.

El sistema de distribución territorial del ejercicio del poder político responde en gran medida a las aspiraciones y demandas ciudadanas, pero tiene grandes limitaciones y distorsiones en cuanto a la voluntad manifestada en el referéndum autonómico; ello se refleja en lo siguiente:

i) La atomización en los niveles de gobierno, ya que al prever la creación de un nivel de Gobierno Regional Autónomo se atomiza la distribución territorial del ejercicio del poder político, máxime si se toma en cuenta que existe un nivel del Gobierno Indígena Originario Campesino Autónomo, lo que da como resultado cinco niveles de gobierno. La consecuencia de esa atomización es la disminución del poder político de los gobiernos departamentales autónomos, si se toma en cuenta que todos los niveles de gobierno autónomo son iguales en jerarquía y ninguno está subordinado al otro, conforme lo prevé el art. 276 del proyecto de Constitución, lo que implica que el nivel de Gobierno Regional Autónomo tendrá igual jerarquía que el Gobierno Departamental Autónomo; por lo tanto, aquél le disminuirá a éste la asignación de recursos económico – financieros, las competencias, la capacidad de influencia en el plano social, y el poder político en el Departamento; lo que muestra que al parecer la intención de quienes proyectaron y aprobaron el proyecto de Constitución, es la de neutralizar el accionar político, social y económico de los gobiernos Departamentales Autónomos, frente al Gobierno central del Estado.

Cabe señalar que, si bien es cierto que el Congreso Nacional ha introducido algunas modificaciones a las normas originalmente aprobadas por la Asamblea Constituyente, con relación a las Regiones Autónomas; no es menos cierto que esas modificaciones no eliminan el riesgo de que, estando en vigencia la nueva Constitución, muchas provincias o municipios se organicen en la entidad territorial de Región y luego decidan constituirse en Región Autónoma mediante referéndum; ello por las siguientes razones: a) las diferencias políticas entre los líderes provinciales o municipales con las autoridades del Departamento Autónomo; esto quiere decir que, si los líderes cívicos y políticos de los municipios o provincias tienen diferencias políticas con las autoridades del Departamento, dada la cultura política arraigada en el país, aquellos plantearán a sus bases constituirse en Región Autónoma; b) en la actualidad existen varias provincias que plantean constituirse en nuevos Departamentos, es el caso de las provincias del Chaco; las provincias del Norte de Potosí, para citar algunos casos; está claro que éstas, al no lograr constituirse en una unidad territorial departamental optarán por constituirse en Región Autónoma; c) si bien es cierto que la norma prevista por el art. 280.II del proyecto de Constitución determina que la Ley Marco de Autonomías y Descentralización establecerá los términos y procedimientos para la conformación ordenada y planificada de las regiones; no es menos cierto que el párrafo tercero del mismo artículo, prevé un procedimiento más sencillo y fácil de encarar para que la unidad territorial regional se constituya en Región Autónoma, pues es mediante un referendo popular realizado en su jurisdicción por iniciativa del o los municipios que la conforman; decisión que políticamente es fácil de lograrlo; y d) finalmente, si bien es cierto que las competencias deben ser transferidas pro la Asamblea Departamental con una votación cualificada, ello no será mayor obstáculo si se ejerce una fuerte presión social a través de los movimientos sociales.

ii) Omisión en la definición de competencias y atribuciones de los Gobiernos Departamentales Descentralizados; el proyecto de Constitución no ha recogido los

resultados del referéndum autonómico, por cuyo mandato el que el proceso de distribución territorial del ejercicio del poder político debe ser encarado en dos modalidades diferentes; de un lado, en cuatro departamentos (Santa Cruz, Beni, Pando y Tarija) a través de un régimen autonómico, lo que implica que esos departamentos deben estar dotados de un Gobierno Departamental Autonómico; y de otro, en los restantes cinco departamentos (La Paz, Cochabamba, Potosí, Chuquisaca y Oruro) mediante el régimen de descentralización. Sucede que el proyecto de Constitución omite la regulación del Gobierno Departamental Descentralizado, toda vez que no define la estructura orgánica de ese gobierno, salvo una referencia a que los Consejeros departamentales y el Prefecto serán elegidos por sufragio universal; no define el ámbito de sus potestades y funciones; tampoco enumera las competencias de este Gobierno, simplemente lo hace del Gobierno Departamental Autónomo; o debe entenderse que ¿las competencias asignadas a éste corresponden también al Gobierno Departamental Descentralizado?, de ser así ¿qué sentido tendría seguir manejando el tratamiento diferenciado?, simplemente habría que determinar que todos los departamentos tendrán un Gobierno Autónomo.

iii) La inadecuada distribución de competencias entre los diferentes niveles de gobierno autonómico; pues el art. 299.I del Proyecto de Constitución determina las competencias que ejercerán de manera compartida entre el Gobierno central del Estado Plurinacional y los gobiernos departamentales autónomos; de otro lado el art. 299.II determina que *“serán también de ejecución regional las competencias concurrentes con el Estado Plurinacional, los departamentos, los municipios y las entidades territoriales indígena originario campesinas que por su naturaleza puedan ser ejercidas por las regiones, de acuerdo con la ley”*; según la doctrina del Derecho Administrativo la competencia es única, no puede ser ejercida de manera compartida ni concurrente por dos unidades territoriales diferentes, por dos autoridades o niveles de gobierno; un ejercicio compartido o concurrente en la práctica puede generar muchos conflictos y problemas.

iv) Omisión en la definición básica de los sistemas electorales para la elección de prefectos, gobernadores, concejales departamentales, asambleístas regionales y concejales municipales; el proyecto de Constitución, solamente describe los requisitos para la elección, período de mandato y sucesión, con relación a las autoridades ejecutivas, y los requisitos, período de mandato y elección por listas separadas del prefecto o gobernador, para el caso de los miembros de los órganos deliberantes; mas no define la votación mínima requerida, el sistema electoral para los asambleístas departamentales, asambleístas regionales y concejales municipales, si se los elige por circunscripción plurinominal y la modalidad de listas o por modalidad de circunscripciones uninominales, en el caso del primer sistema cómo se realiza la asignación de los escaños; salvo que ello esté definido en la Ley Marco; sin embargo, dada la importancia que tiene, el sistema electoral debió definirse en el proyecto de Constitución, remitiendo los demás aspectos a la Ley Marco.

7. La reforma constitucional en el proyecto de Constitución

Tomando en cuenta que la Constitución, como la norma básica de convivencia pacífica que garantiza la estabilidad social, política y económica del Estado, la modalidad de reforma de la Constitución se constituye en uno de los temas más importantes del diseño constitucional, que exige de una clara definición de los temas referidos a: i) los alcances de la reforma; ii) el titular de la reforma; y iii) los mecanismos de participación ciudadana en la reforma. Ello debido a que, en última instancia, de esa definición depende el balance permanente entre las necesidades de estabilidad constitucional y los requerimientos de adecuación constitucional que conllevan los

procesos de cambio social, político y económico; de manera que no esté expuesta ni al peligro de los cambios permanentes provenientes de los vaivenes políticos, ni a la pérdida de legitimidad por una injustificada perennidad e inmutabilidad.

El proyecto de Constitución aprobado por la Asamblea Constituyente y modificado por el Congreso Nacional, ha definido el tema adoptando un doble mecanismo, en función a los alcances de la reforma. A ese efecto, en cuanto a los alcances, en primer lugar ha previsto la reforma total, que no se refiere a lo cuantitativo sino lo cualitativo, pues se considera total la reforma si afecta a las bases fundamentales del Estado, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución; y la reforma parcial. Con relación al titular de la reforma, ha definido que el Poder Constituyente, ejercido a través de la Asamblea Constituyente realice la reforma total; y la Asamblea Legislativa Plurinacional encare la reforma parcial ya sea por propia o por iniciativa popular. Finalmente, con relación a la participación ciudadana, ha introducido el mecanismo del referendo popular consultivo y ratificatorio.

Con relación a la reforma total, la norma prevista por el art. 411 del proyecto de Constitución, prevé las normas básicas de procedimiento.

En primer lugar caracteriza a la Asamblea Constituyente como plenipotenciaria, lo que debiera entenderse como aquella que tiene el poder supremo, extraordinario y directo y no está sujeta a límites de orden positivo normativo de naturaleza alguna. Cabe advertir que en el nuevo orden internacional, caracterizado por los procesos de integración regional, la positivación y judicialización de los derechos humanos, a cuyo efecto se han adoptado tratados, convenciones y pactos internacionales, no es posible el ejercicio ilimitado del Poder Constituyente; pues existen límites ideológicos y estructurales, en el nivel interno, y límites positivos heterónomos, en el plano internacional, ya que los compromisos asumidos por el Estado en los tratados, convenciones o pactos internacionales sobre derechos humanos, no pueden ser desconocidos.

En segundo lugar, determina que la Asamblea Constituyente se activa por la voluntad ciudadana manifestada mediante referendo, a cuyo efecto, define que el referendo popular será convocado alternativamente por: a) iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el 20% por ciento del electorado; b) por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o, c) por la Presidenta o el Presidente del Estado; lo que no define expresamente la norma constitucional, es quién convoca a la Asamblea Constituyente. Se trata de un acto importantísimo; pues al emitir la convocatoria se tiene que definir cuántos integrarán la Asamblea Constituyente, el sistema electoral para elegir a los asambleístas, y las normas procesales para su funcionamiento. Se entiende que será la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante una Ley orgánica.

En tercer lugar, determina que la Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes: La norma constitucional no es precisa en cuanto a la votación exigida para la aprobación, ya que hace referencia al texto constitucional, establece una cláusula abierta o indeterminada que podría dar lugar a diversas interpretaciones, como lo que sucedió con la interpretación de la norma prevista por el art. 25 de la Ley de Convocatoria a la Asamblea Constituyente; pues unos entienden que la alocución "texto constitucional" se refiere a la aprobación final del texto de la Constitución, de lo que han entendido que en la aprobación en grande y la aprobación en detalle podrían aplicar una votación de mayoría absoluta, y solo en la aprobación final de todo el texto de la Constitución sería exigible los dos tercios; en cambio otros entienden que se refiere a la aprobación en grande y en detalle del proyecto de Constitución. De otro lado, la referencia a los dos tercios del total de sus miembros presentes, también resulta algo aleatorio, que no garantiza que la Constitución sea el resultado de la voluntad de todos los sectores sociales, que

sea una Constitución de inclusión y no exclusión; que tenga legitimidad y no sea impuesta por una mayoría circunstancial; la práctica ha demostrado que, con presiones sociales se puede impedir el ingreso de la oposición al recinto donde sesiona la Asamblea Constituyente, impedir que participen del debate y votación, y lograr los dos tercios de votos de los presentes sólo con los asambleístas del oficialismo.

Finalmente, la norma constitucional prevista por el art. 411.I del proyecto de Constitución, prevé el referendo constitucional aprobatorio; pero no define quién convoca a dicho referendo, tampoco hace remisión legislativa alguna, para que se defina quien convoca, cuáles son las condiciones de su realización respecto al quórum reglamentario para que el acto sea válido constitucionalmente, con qué votación se ratifica el proyecto de Constitución. Ello constituye una grave omisión.

Con relación a la reforma parcial, las normas previstas por el art. 411.II del proyecto de Constitución, definen las siguientes reglas:

En primer lugar, la reforma parcial podrá encararse por iniciativa popular expresada con la firma de por lo menos el 20% del electorado; se entiende del padrón electoral correspondiente al último proceso electoral que se haya realizado; también puede activarse por voluntad de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

En segundo lugar, tomada la decisión de realizar la reforma parcial, ésta será encarada mediante la aprobación de la Ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de miembros presentes.

En tercer lugar, determina que la reforma parcial requerirá de un referendo constitucional aprobatorio; lo que significa que la Ley de reforma constitucional aprobada por la Asamblea Legislativa Plurinacional deberá ser sometida obligatoriamente a referendo popular para su aprobación. Lo que omite definir la norma constitucional, es quién y cómo convoca a ese referendo constitucional; cuál será el quórum reglamentario para la realización válida del mismo, y con qué votación se aprobará la Ley de reforma sometida a referendo; tampoco hace remisión legislativa.

De las normas constitucionales referidas, se puede inferir que, a diferencia del sistema vigente, el procedimiento de reforma es flexible; toda vez que la reforma se la encarará en un solo período constitucional, y, en su caso, en una sola legislatura, mediante el procedimiento legislativo que se aplica para la elaboración y aprobación de las leyes ordinarias; pues la norma constitucional no hace referencia alguna a un procedimiento especial para la discusión y aprobación de la Ley de reforma constitucional; así, por ejemplo, no hace referencia alguna a que la Ley sea sometida a más de una discusión y en legislaturas²¹ sucesivas; ante esa situación, a *contrario sensu* se entiende que la Ley de reforma constitucional será discutida y aprobada por una sola vez y en la respectiva sesión o sesiones instaladas para el efecto; al no estar definida de otra manera, también se entiende que solamente se reformará la Constitución parcialmente con una sola y única Ley, ya no habrá necesidad de aprobar una Ley Declaratoria de Necesidad de la Reforma y otra Ley de reforma constitucional, como está previsto en la Constitución Vigente.

Con relación a la votación requerida para aprobar la Ley de reforma constitucional, si bien es cierto que el Congreso Nacional ha introducido una modificación al texto original aprobado por la Asamblea Constituyente, no es menos cierto que esa votación no garantiza que la mayoría gubernamental pueda imponer su voluntad y proceder a la reforma parcial de la Constitución en el momento que así crea conveniente. En efecto, los dos tercios de votos requeridos se

²¹ Se entiende por Legislatura al conjunto de sesiones que realiza el órgano Legislativo durante un año.

constituye sobre los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional, no sobre el total de sus miembros; cabe recordar que las sesiones de la Asamblea Legislativa Plurinacional se instalarán válidamente con la presencia de la mitad mas uno de sus miembros; para el caso de que en la aprobación de la Ley de reforma constitucional solamente estuviesen presentes el quórum reglamentario (50% mas un miembros) los dos tercios se computa sobre esa cantidad. La práctica ha demostrado que el oficialismo puede imponer una Ley, impidiendo el ingreso de los diputados y senadores de la oposición a través de un “cerco” de los movimientos sociales a la sede del órgano Legislativo, entonces, estando presentes los legisladores del oficialismo que hacen una mayoría absoluta fácilmente podrán realizar la reforma parcial, ya que lograrán los dos tercios de votos sobre los miembros presentes.

8. El régimen de transición

Tomando en cuenta que una reforma total de la Constitución genera y puede generar graves problemas en el proceso de aplicación de la nueva Constitución, se introducen disposiciones transitorias en el nuevo texto, para lograr que la transición entre sistema constitucional reformado y el nuevo sea pacífica y ordena.

El proyecto de constitución ha incluido diez disposiciones transitorias para regular el proceso de transición del viejo al nuevo sistema constitucional.

La primera disposición transitoria encomienda al actual Congreso Nacional sancionar un nuevo régimen electoral para la elección de la Asamblea Legislativa Plurinacional, Presidente y Vicepresidente de la República, concediéndole un plazo máximo de 60 días computable desde la promulgación de la nueva Constitución, además fija como fecha de realización de las elecciones generales el 06 de diciembre de 2009. Empero, a diferencia del texto originalmente aprobado por la Asamblea Constituyente, omite determinar que las autoridades actuales del órgano Ejecutivo, del Legislativo, del Judicial y los organismos autónomos se mantengan en el cargo de acuerdo con la regulación anterior. La omisión no parece ser resultado del olvido, sino de una deliberada intención, consistente en cerrar el Congreso Nacional actual una vez que sancione la Ley electoral para la realización de las elecciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, Presidente y Vicepresidente de la República; es decir, al cabo de los 60 días computables desde la promulgación de la nueva Constitución; de manera que en el período de tiempo que transcurra entre el mes de abril a diciembre de 2009, el Presidente de la República pueda gobernar mediante decretos y exento del control y fiscalización que ejerce el Legislativo sobre el Ejecutivo. De la misma manera, al no existir una disposición transitoria expresa, las autoridades del órgano Judicial y de los organismos autónomos como el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo, la Contraloría general de la República, quedan en el limbo, pues bien podría argüirse que al ser abrogada la Constitución de 1967 y sus reformas, pierden el sustento legal para el ejercicio de sus funciones.

No parece una omisión involuntaria, porque con relación a las autoridades de las prefecturas y las alcaldías municipales, la disposición transitoria referida expresamente prorroga el mandato de esas autoridades hasta la posesión de las nuevas autoridades elegidas.

Un segundo tema importante del régimen transitorio es el referido a los Departamentos Autónomos; pues la Disposición Transitoria Tercera prevé que los Departamentos que optaron por las autonomías departamentales accederán directamente al régimen de autonomías; empero, en el segundo párrafo de la misma Disposición Transitoria prevé que esos Departamentos deben adecuar sus estatutos a la nueva Constitución y sujetarlos al control de constitucionalidad. Ahora bien, según la norma prevista por el art. 271 del proyecto de

Constitución la Ley Marco de Autonomías y Descentralización regula el procedimiento para la elaboración de los Estatutos autonómicos y Cartas Orgánicas; ello supone que para adecuar sus estatutos a la nueva Constitución, previamente deben aguardar que se apruebe la mencionada Ley marco, la misma que, según la Disposición Transitoria Segunda, deberá sancionarse en un plazo máximo de 180 días, desde que se instale la Asamblea Legislativa Plurinacional, que será en enero de 2010. Entonces, los departamentos que optaron por la autonomía departamental no accederán inmediatamente a este régimen, pues tendrán que esperar se apruebe la Ley marco para adecuar sus estatutos a la nueva Constitución, someterlos a control de constitucionalidad y recién acceder al régimen de las autonomías departamentales.

Cochabamba, primavera de 2008