Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

ISSN 2413 - 2810, Volumen 11, Nro. 16 Enero - Junio, 2022 • Pág. 79 - 96

DISTINCIÓN DEL MITO CONSTITUCIONAL COMO ELEMENTO CRÍTICO SOCIAL

DISTINCTION OF THE CONSTITUTIONAL MYTH AS A CRITICAL SOCIAL ELEMENT

***Ronald Alexander Vargas Gutiérrez*[1]**

Presentado: 11 de abril de 2021; Aceptado: 26 de julio de 2021;
Incorporación a la Revista Nº16: 17 de junio de 2022.

RESUMEN

El presente trabajo se apoya en los mitos jurídicos modernos identificados por Paolo Grossi para reflexionar sobre los mitos constitucionales que evidencian vestigios de la modernidad. Se comienza con la premisa de la filosofía crítica para posteriormente estudiar el mito jurídico, luego se especula sobre los mitos constitucionales en Bolivia. La finalidad es contar con una perspectiva crítica de la perspectiva social sobre la Constitución y la ley, además de fundamentar el trato distinto que merece la Constitución como fuente del derecho, su interpretación y la argumentación que requiere.

Palabras clave*:* Mitología jurídica / Mitología Constitucional / Filosofía Crítica / Modernidad / Interpretación Jurídica.

ABSTRACT

The present work is based on the modern legal myths identified by Paolo Grossi to reflect on the constitutional myths that show vestiges of modernity. It begins with the premise of critical philosophy, to later study the legal myth, then speculate on constitutional myths in Bolivia. The purpose is to have a critical perspective of the social perceptión of the Constitution and law, in addition to substantiating the different treatment that the Constitution deserves as a source of law, its interpretation and the argumentation it requires.

Keywords: Legal Mythology / Constitutional Mythology / Critical philosophy / Modernity / Legal Interpretation.

1. FILOSOFÍA CRÍTICA COMO PREMISA

El carácter dogmático con que son tratadas las Constituciones por la teoría del Derecho puede provocar un carácter estático en la aplicación de las mismas, contrario a la dinámica que exige una constitución real y efectiva que a palabras de un notable autor

1 Licenciado en Derecho por la Universidad Mayor de San Andrés. Postulante a Magister en Derecho Constitucional y Gestión Publica.- Universidad Andina Simón Bolívar. Maestrante en Derecho Civil y Procesal Civil- Universidad Siglo XX.

esta "formada por la suma de factores reales y efectivos que rigen en la sociedad" (Lasalle, 1946, p. 68). Este aspecto convierte al historiador en "garantía de futuro para un estudioso del derecho positivo constantemente sometido al riesgo de un antinatural inmovilismo" (Grossi, 2003, p. 38). Entonces, la historia puede ser de gran ayuda en la labor de evitar idealizaciones que solo tengan como fundamento el edificio de una construcción lógica matemática e impositiva de reglas irrazonables que solo logren petrificar a una sociedad. Es decir, verdaderos mitos.

Realizar solo una descripción del mito no haría más que confirmar su contenido sin dar paso a la posibilidad de algo diferente. Es por este motivo que la descripción en el presente trabajo, tendrá además una crítica social. Desde la perspectiva de Karl Marx, la crítica mantiene ese sentido de "posibilidad de algo", pero *desconociendo que pueda ser universal o atemporal*. Su alternativa filosófica, o también denominada *no filosofía* o *antifilosofía* (Balibar, 2000), considera que hay que historizar las categorías y objetos de estudio. Esta modificación del pensamiento es expuesta por Balibar (2000) de la siguiente forma:

> Así, pues, las cuestiones de la contradicción, la temporalidad y la socialización son rigurosamente indisociables. Se advierte con claridad cuál es su apuesta: lo que la tradición filosófica, desde Dilthey y Heidegger, llama una teoría de la historicidad. Nos referimos con ello a que los problemas de finalidad o de sentido, que se formulan en el plano del rumbo de la historia de la humanidad imaginariamente considerada como una totalidad, reunida en una sola "Idea" o un único gran relato, son reemplazados por problemas de causalidad o de acción recíproca de las "fuerzas de la historia", que se plantean en cada momento, en cada presente (pp. 113-114).

De lo que se desprende que las formas jurídicas y políticas tampoco podrían estudiarse en sí mismas. Su concepción proletaria del mundo, que se funda en el materialismo dialéctico, implica que las formas jurídicas y políticas antes mencionadas sean estudiadas en relación a la estructura económica que determine la ideología tal cual se evidencia de la siguiente cita textual:

> Este sistema, cuya denominación abreviada es diamat, se impondrá en toda la vida intelectual de los países socialistas y, con mayor o menor facilidad, en los partidos comunistas occidentales. Servirá para cementar la ideología del partido Estado y controlar la actividad de los académicos (Balibar, 2000, p. 7).

Lo brevemente expuesto en líneas precedentes evidencia como la crítica se ha desarrollado hacia una perspectiva marxista. Esta crítica, ha tenido cambios[2] que han procurado

2 El legado de Marx, si bien inconcluso como manifiestan algunos autores, ha tenido varios adeptos y también críticos de la misma teoría marxista como sucede con los representantes de la Escuela de Frankfurt entre los cuales son reconocidos nombres como los de Walter Benjamin, Max Horkheimer, Herbert Marcuse, Theodor Adorno. La teoría crítica de estos autores tiene como base un trabajo reflexivo y brinda al estudioso de las ciencias sociales un método, mismo que aplica al presente trabajo.

DISTINCIÓN DEL MITO CONSTITUCIONAL COMO ELEMENTO CRÍTICO SOCIAL
ISSN 2413 - 2810, Volumen 11, Nro. 16 Enero - Junio, 2022 • Pág. 79 - 96

desenmascarar la teoría tradicional, vista como una simple descripción, cómplice de la realidad. Así, Herbert Marcuse (2016) refiere que "… la posición de la teoría no puede ser la de la mera especulación. Debe ser una posición histórica en el sentido de que debe estar basada en las capacidades de la sociedad dada" (p. 36).

La distinción entre teoría crítica y positivismo metodológico tiene como criterio de diferencia al proceso social, así Marcuse citado en Alicia Entel (2005) refiere que: "al igual que la filosofía, la teoría crítica se opone (...) al positivismo satisfecho. Pero, a diferencia de la filosofía, fija siempre sus objetivos a partir de las tendencias existentes en el proceso social" (p. 47).

Entonces, mientras el positivisimo busca lo evidente, la crítica toma en cuenta el proceso social. Esta oposición ha sido sostenida entre otras corrientes por la Escuela de Frankfurt. Horkheimer y Adorno, son citados por la misma autora refiriendo lo siguiente:

> La transformación de las sociedades y la división del trabajo también se percibe en los cambios en el lenguaje. No es casualidad que el positivismo haya apelado al "nominalismo", a denominar sin interés por el desarrollo histórico de la palabra. En tal nominar ya hay un principio de orden concebido previamente. Otro tanto ocurre con el lenguaje matemático: "Cuando en el operar matemático lo desconocido se convierte en la incógnita de una ecuación ya se sabe de él antes de determinar su valor". Para el iluminismo esto ha tenido un sentido. Según explican Horkheimer y Adorno "identificando por anticipado el mundo matematizado hasta el fondo con la verdad, el iluminismo cree impedir con seguridad el retorno del mito". (Entel, Lenarduzzi, & Gerzovich, 2005, pp. 87-88)

La teoría crítica por tanto se diferencia de un positivismo metodológico considerado como una simple descripción que concluye en afirmaciones que no admiten negación, por tener una metodología que admite juicios de valor y que busca la modificación de la realidad. La escuela de Frankfurt mantiene elementos del marxismo, desarrolla algunos, y también critica otros, respecto a los acontecimientos de entonces, pero a su vez nos plantea una forma vigente de estudiar la sociedad por la cual se cuestionan las convicciones en búsqueda de una transformación.

Esta forma de estudiar la sociedad, y en el presente trabajo las constituciones, basada en cuestiones valorativas, más que en construcciones abstractas, permite reflexionar y disminuir el riesgo de cegarse por dogmatismos injustificados que puedan hacer estática o inmóvil una disciplina que imperiosamente requiere adecuarse a la dinámica social. La disciplina que se estudia en el presente ensayo es el Derecho en general y el Derecho Constitucional en particular.

Entonces, se acude a la crítica para cuestionar las certezas que paulatinamente se han constituido en mito, pero ya no se trata de un mito que llega desde la fe religiosa, sino, de un mito que se ha formado desde el conocimiento, como una secuela de la fe en la

ciencia y el conocimiento al que puede llegar la humanidad. Se comienza el presente ensayo afirmando la existencia de mitos en la sociedad y cuestionando su solidez en el ámbito jurídico.

2. EL MITO EN GENERAL Y EL MITO JURÍDICO EN PARTICULAR

Para entender lo que es el mito se acude a la perspectiva del filósofo boliviano Guillermo Francovich (2017), quien sustentado en la obra *Novum Organon* de Bacon refiere que:

> el hombre cae en error porque surgen en su mente 'fantasmas', 'ídolos' que fingiéndose verdaderos se interponen entre su conciencia y la realidad (…) hay aspectos de la vida humana a los que no pueden llegar y cuya comprensión exige otras formas del saber que las racionales (…) Vivimos así en una época que podría ser tenida como de reconsideración de los ídolos, época que parece temer que la ciencia y la técnica acaben también siendo ellas mismas ídolos tan peligrosos acaso como los tradicionales" (pp. 7-8).

De lo expresado, puede evidenciarse que incluso la ciencia puede convertirse en un ídolo o mito. Entonces es cuestionable que el mito solo haya formado parte de una época previa a la racionalidad humana. Se habría tenido que atravesar una etapa clásica del pensamiento y el medioevo para llegar a una modernidad desmitificadora, sin embargo, es posible que aún se mantengan ciertos *mitos profundos*, sobre los cuales Francovich (2017) señala:

> Los mitos profundos nunca desaparecen de modo definitivo. Sólo cuando el contexto histórico del cual forman parte es totalmente sustituido por otro, ellos pierden su carácter sagrado y pueden sobrevivir como símbolos o alegorías, tal como ocurre con los mitos griegos y latinos (…) Pasan entonces a integrar, con otros mitos importantes, ese fondo denso y misterioso que da a cada pueblo la unidad espiritual que necesita para su propia permanencia (p 14).

Los mitos pueden ser parte importante para unificar a un pueblo, los mismos dan cierta rigidez a la dinámica social, sin embargo, si los mismos se constituyen en único sustento del Derecho, la vida en sociedad puede llegar a legitimar la autoridad de manera acrítica y ser un obstáculo para el desarrollo de perspectivas plurales típicas de cualquier sociedad compleja, esto desembocaría en el desconocimiento de la *sociedad actual*, que a decir de Manuel Atienza (20198) implica lo siguiente:

> La sociedad actual es, en efecto, una sociedad en transformación, sometida a un intenso ritmo de cambio. Hasta tal punto es así, que una de las notas definitorias de la sociedad moderna es, precisamente, la institucionalización y fomento del cambio social. Dicha institucionalización, como es fácil de suponer, significa también una juridización del cambio. Por eso, para adecuarse a la sociedad, el Derecho de las sociedades modernas es también un Derecho en transformación, en el que las llamadas por Hart "normas de cambio" adquieren una especial significación. Este fenómeno ha llevado a muchos juristas de

DISTINCIÓN DEL MITO CONSTITUCIONAL COMO ELEMENTO CRÍTICO SOCIAL
ISSN 2413 - 2810, Volumen 11, Nro. 16 Enero - Junio, 2022 • Pág. 79 - 96

> mentalidad tradicional a hablar de la decadencia del pensamiento jurídico; en realidad, lo que hay es el paso de un tipo de pensamiento jurídico a otro que se está ahora configurando (p. 92).

Se encuentra entonces la existencia de una mentalidad tradicional, que puede llegar a sustentar la rigidez o estática en ciertos aspectos no solo sociales, sino también jurídicos. El Derecho, es parte de la sociedad y no puede alejarse totalmente de ella, el mito jurídico puede llegar a surgir cuando se amplía la brecha entre las máximas del derecho que se aplican y la práctica efectiva que se realiza en la sociedad. Entonces puede desprenderse una modernidad con mitos sobre la cual ha tratado Paolo Grossi (2003), quien reconoce que existiría una aparente contradicción de la siguiente manera:

> El título de este discurso, en el que aparecen ligadas las palabras «mitología» y «modernidad», puede parecer una contradicción. En efecto, en la conciencia común el término «moderno» evoca un tiempo recorrido y dominado por el victorioso desmantelamiento de antiguas mitificaciones sedimentadas y arraigadas en las costumbres gracias a dos conquistas del progreso humano: la secularización y la consiguiente posesión de verdades científicas evidentes. Marginada finalmente en un rincón apartado la vieja contadora de fábulas, la Iglesia romana, el motivo de orgullo reside en mirar el mundo con ojos incorruptos capaces de leer en él la verdad inmanente, verdad no revelada (y por tanto indemostrable) sino más bien descubierta en la sólida y concreta naturaleza de las cosas (pp. 39-40).

Su obra comienza refiriendo características que hacen al Derecho en el medioevo para desarrollar posteriormente los rasgos de la modernidad, con la pretensión de hacer entender que la misma también tiene mitos, por lo que manifiesta:

> En pleno secularismo, el resultado paradójico es el perfecto cumplimiento de la mística de la ley, así agudamente percibida por Montaigne. Si algunos altares eclesiásticos fueron cuidadosamente profanados, otros -y laicos además- serán por el contrario erigidos y consagrados al culto de la ley junto a la teorización de una verdadera y precisa mitología jurídica (mitología, porque con demasiada frecuencia está recorrida por una aceptación sustancialmente acrítica, o, lo que es lo mismo, ideológicamente motivada) (Grossi, 2003, p. 34).

Del texto citado, se desprende que la mitología jurídica implica una *aceptación sustancialmente acrítica*. Sin embargo, este mito jurídico resulta de una necesidad moderna de estabilidad, así continuamos citando a Grossi (2003) cuando refiere que:

> La ilustración político-jurídica tiene necesidad del mito porque tiene necesidad de un absoluto al que acogerse; el mito suple notablemente la carencia de absoluto que se ha producido y colma el vacío en otro caso peligroso para la propia estabilidad del nuevo marco de la sociedad civil. Las nuevas ideologías

> políticas, económicas, jurídicas tienen finalmente un soporte que garantiza su inalterabilidad (p. 41).

Las divergencias entre norma y sociedad, no solo se refieren a la brecha que se ha caracterizado entre ley-sociedad, sino que alcanzan a las constituciones, ya Ferdinand Lasalle (1946) había manifestado sobre la representatividad:

> Vean ustedes, señores, cómo por este procedimiento, se llega exactamente al mismo resultado que si la Constitución, hablando sinceramente, dijera: el rico tendrá el mismo poder político que diecisiete ciudadanos corrientes, o, si se prefiere la fórmula, pesará en los destinos políticos del país diecisiete veces tanto como un simple ciudadano… Los gobernantes no tuvieron que hacer grandes esfuerzos para privar a ustedes de los derechos electorales, y hasta hoy no sé de ninguna agitación, de ninguna campaña promovida para recobrarlos (p. 64).

De esta manera y con otros ejemplos distingue una *Constitución real y efectiva,* que implicaría los factores reales de la sociedad y la *Constitución escrita* que denomina hoja de papel. (Lasalle, 1946). Esto demuestra que la representatividad que las Constituciones deberían simbolizar, no constituye un dogma insoslayable al menos desde una perspectiva histórica.

Otro estudioso, Karl Loewenstein (2018), ha clasificado las constituciones en lo que él denomina *clasificación ontológica,* distinguiendo así entre Constituciones normativas, nominales y semánticas. Sobre las primeras manifiesta que será observada lealmente por los interesados, sus normas rigen el proceso político y la asemeja a un traje que sienta bien y se lleva realmente. Sobre las segundas refiere que tarde o temprano la realidad del proceso de poder corresponderá a la Constitución, asemejándola a un traje que cuelga durante un tiempo en el armario y que será puesto cuando el cuerpo haya crecido. Respecto a la tercera establece:

> Finalmente hay casos –que desgraciadamente están incrementando, tanto en número como por la importancia de los Estados afectados-, en los cuales, si bien la constitución será plenamente aplicada, su realidad ontológica no es sino la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fácticos, que disponen del aparato coactivo del Estado. Mientras la tarea original de la constitución escrita fue limitar la concentración del poder, dando posibilidad a un libre juego de las fuerzas sociales de la comunidad dentro del cuadro constitucional, la dinámica social, bajo el tipo constitucional aquí analizado, tendrá restringida su libertad de acción y será encauzada en la forma deseada por los detentadores del poder (Loewenstein, 2018, pp. 218-219).

Loewenstein y Lasalle (1946) evidencian la existencia de una aplicación diversa de los textos Constitucionales a su propio sentido, esto otorgando a los mismos un carácter

DISTINCIÓN DEL MITO CONSTITUCIONAL COMO ELEMENTO CRÍTICO SOCIAL
ISSN 2413 - 2810, Volumen 11, Nro. 16 Enero - Junio, 2022 • Pág. 79 - 96

sagrado. Así Lasalle ha referido que "una Constitución debe ser algo mucho más sagrado todavía, más firme y más inconmovible que una ley ordinaria" (p. 50). Por su parte Loewenstein (2018) reconoce que el Constitucionalismo no origina la visión de una Constitución que lo prevea todo, por lo que describe:

> La necesidad de formular, y por lo tanto de formalizar, el orden fundamental de la sociedad estatal en un documento serio –constitución en un sentido formal- como un sistema, sin lagunas, de normas fundamentales es un desarrollo relativamente posterior del constitucionalismo. (p. 152)

De lo que se puede inferir que algunos elementos que hacen a la Ley, según la dogmática jurídica que sustenta, han sido transmitidos a las constituciones. Incluso autores actuales otorgan un carácter de verdad a elementos de la Constitución como ser el preámbulo, así tenemos la siguiente cita:

> En todo caso, los preámbulos remiten a verdades básicas o de fe prepositivas de una comunidad política; en ocasiones, reactualizan un fragmento de la *"religion civile"*. Presumibilemente, las constituciones sin preámbulo contienen también dichas "verdades de fe", que son previas a sus disposiciones jurídicas, pues todo orden jurídico positivo penetra en dichas capas profundas. Los preámbulos pretenden racionalizarlas y darles expresión, a veces en forma secularizadas, otras en forma "todavía teológica". Estos fundamentos de la autocomprensión (en la identidad) de una comunidad política, el concentrado, es aquello que obliga a todos los ciudadanos, casi como una "profesión de fe", es aquello que es puesto "antes del paréntesis" y que con frecuencia es formulado en términos similares a un contrato (la Constitución como contrato) (Häberle, 2007, pp. 418-419).

Las distinciones anteriores demuestran que los modelos o paradigmas que carácterizan al Derecho en la modernidad llegan hasta la teorización jurídica constitucional, así Paolo Grossi (2003) manifiesta sobre la ley en la modernidad que:

> Dentro de este escenario donde todo está idealizado, dentro de este razonamiento por modelos, queda oculto el Estado monoclase, el compacto estrato de filtros entre sociedad y poder, la exclusividad elitista de las formas de representación, la grosera defensa de intereses materiales que todo el puro teorema viene a tutelar y a reforzar. La verdad incuestionable de que la ley y sólo la ley expresa la voluntad general y, como tal, produce y condiciona toda manifestación de juridicidad aparece así, para el historiador del derecho, cargada de vetas ideológicas; es decir, todo cuanto viene propuesto como verdad se presenta, en un examen más minucioso, más bien como una pseudoverdad tuteladora en última instancia de los intereses particulares de los titulares del poder (p. 43).

Entonces, la *idealización* ha generado mitos que han sido evidentes el momento en que la ley se caracterizaba por ser la principal fuente del Derecho y hoy las Constituciones corren la misma suerte desde la doctrina. El idealismo es un riesgo que también ha caracterizado a la modernidad y tiene entre sus representantes a Hegel, por lo que merece la siguiente referencia desde una perspectiva crítica, considerando el análisis realizado por Karl Popper previamente a puntualizar aspectos del caso boliviano.

3. EL MITO COMO IDEALIZACIÓN QUE PUEDE POSIBILITAR EL TOTALITARISMO

Tal vez el mito tenga implicancias positivas que hagan distinguir el espíritu de un pueblo como antes se ha expuesto citando a Francovich. Sin embargo, tratándose de la norma jurídica cuya obligatoriedad la caracteriza, puede constituirse en un riesgo dentro del orden jurídico. Mucho más cuando las personas toman como suyas, posiciones que no les corresponden. Sobre el tema, Erich Fromm (2011) en su obra denominada el miedo a la libertad, ha manifestado lo siguiente:

> Al luchar una clase por su propia liberación del dominio ajeno creía hacerlo por la libertad humana como tal y, por consiguiente, podía invocar un ideal y expresar aquella aspiración a la libertad que se halla arraigada en todos los oprimidos. Sin embargo, en las largas y virtualmente incesantes batallas por la libertad, las clases que en una determinada etapa habían combatido contra la opresión, se alineaban junto a los enemigos de la libertad cuando ésta había sido ganada y les era preciso defender los privilegios recién adquiridos (p. 28).

El autor citado afirma la existencia de un yo y un seudoyo, existe una represión de los deseos reales de un individuo y la adopción de las expectativas de los demás, transformadas hasta tomar apariencia de propios deseos. Se produce una sustitución del yo por el seudoyo, generando inseguridad en el individuo, que desconoce quién es, buscando el reconocimiento.

Concluye de esta manera que la libertad posee un doble significado para el hombre moderno: éste se ha liberado de las autoridades tradicionales y ha llegado a ser un individuo; pero, al mismo tiempo, se ha vuelto aislado e impotente, tornándose el instrumento de propósitos que no le pertenecen, extrañándose de sí mismo y de los demás, así se vuelve sumiso a nuevas especies de vínculos.

Lo manifestado por Fromm parece no perder vigencia, tampoco el idealismo que se menciona y que varios defienden aún, esto trae grandes riesgos de sometimiento, ya que el idealismo, característico del pensamiento de G.W.F. Hegel (2013) entre otros, busca absolutizar la verdad, así, tenemos la siguiente cita textual:

> El terreno del espíritu lo abarca todo; encierra todo cuanto ha interesado e interesa todavía al hombre. El hombre actúa en él; y haga lo que quiera, siempre es el hombre un ser en quien el espíritu es activo. Puede, por tanto, ser interesante conocer, en el curso de la historia, la naturaleza espiritual en su existencia, esto es, la unión del espíritu con la naturaleza, o sea, la naturaleza

ISSN 2413 - 2810, Volumen 11, Nro. 16 Enero - Junio, 2022 • Pág. 79 - 96

> humana. Al hablar de naturaleza humana, se ha pensado sobre todo en algo permanente. Nuestra exposición de la naturaleza humana debe convenir a todos los hombres, a los tiempos pasados y a los presentes. Esta representación universal puede sufrir infinitas modificaciones; pero de hecho lo universal es una y la misma esencia en las más diversas modificaciones (p. 71).

En este sentido, resulta interesante y pertinente el planteamiento de Karl R Popper (2017) que ha manifestado que Hegel no hubiera podido convertirse en la figura de mayor influencia de la filosofía alemana sin el respaldo de la autoridad del Estado prusiano. Puede ser que Schopenhauer haya tenido razón también, pues es citado por Popper (2017) cuando escribe sobre Hegel:

> Ejerció, no solo sobre la filosofía sino sobre todas las formas de la literatura germana, una influencia devastadora o, hablando con más rigor, aletargante y –hasta casi podría decirse- pestífera. Es deber de todo aquel que sienta capaz de juzgar con independencia, combatir esta influencia tenazmente y en toda ocasión. Porque, si nosotros callamos ¿Quién hablará? (p. 295).

El idealismo entonces se manifiesta también como mitos aceptados por la sociedad que pretenden desconocer cualquier forma distinta a la idea. Los mismos, pueden evidenciarse en el constitucionalismo que pretende plenitud y totalidad ante los ojos del jurista contemporaneo que trae arraigado el sentido que la ley le ha dado al Derecho, un sentido de verdad que ha llegado a la Constitución y su interpretación, tal como se evidenciará. Estos aspectos hacen que la autoridad sea parte inherente a la norma, generando una visión formal que le permite –a la autoridad- actuar de manera arbitraria con sustento en el mito de la formalidad, que es reconocido ciegamente por los juristas.

La teoría del Derecho ha llegado a tener una fuerza tal en su formalidad, que la legitimidad de los postulados y de las interpretaciones legales eran invencibles, pasando a segundo lugar los contenidos de la norma y primando su formación, la tarea es evitar este acontecer en las Constituciones. Debido a la referida fuerza formal, Paolo Rossi (2003) refiere lo siguiente sobre Kelsen, uno de los más aceptados pensadores sobre el Derecho:

> Kelsen siempre ha conseguido hablar al corazón del jurista de ayer y de hoy por varios excelentes motivos: en primer lugar, porque no es un filósofo quien habla, sino un jurista técnico y comprometido en grandes operaciones constitucionales aunque pertrechado de excelentes lecturas filosóficas y dotado de notable fuerza especulativa; en segundo lugar, porque la suya es auténticamente una aventura intelectual, respetable como intento apasionado de búsqueda de nuevos fundamentos epistemológicos de la *scientia iuris* después de tantas dudas demoledoras sobre su carácter científico acumuladas a lo largo de la edad moderna; en tercer lugar (y llego al punto que más nos abruma en orden al fin de este discurso), porque, aunque toda su obra puede verse como un grandioso exorcismo contra el poder a través de su racionalización

> formal-normativa, al seleccionar el punto de vista de la norma como perno del orden jurídico, el tiempo de su producción debe ser necesariamente momento esencial, el mandato evento esencial, la coerción contenido esencial, su forma manifestación esencial, con el resultado de que el grandioso exorcismo se manifiesta como sustancialmente ineficaz, y el poder domina indirectamente pero con una presencia pesada todo el itinerario kelseniano, casi como el coro en la antigua tragedia griega. (pp. 48-49)

Este reconocimiento al eminente autor positivista también es descrito por Schmitt (2009) cuando refiere que "Kelsen tiene el mérito de haber llamado la atención desde 2020, con el tono en el peculiar, sobre la afinidad metódica entre la teología y la jurisprudencia" (p.40). Por lo que lo metafísico, ideal o mítico, que serán utilizados como sinónimos en el presente trabajo, pueden evidenciarse en su gran obra.

Entonces, el idealismo que se manifiesta en el formalismo legal, llega a carecer de fundamento. La brecha entre norma y sociedad se hace más grande, olvidando que es la sociedad la que hace el derecho, estos son vestigios de la modernidad que son descritos así por Grossi (2003):

> Al jurista moderno imperativo y formalista le va mucho la construcción kelseniana de una Teoría pura del derecho aunque se resuelva en un castillo de formas, en una armonía abstracta de líneas, ángulos y círculos, en suma, en una geometría que debía sacar fuerza de sí misma pero que brotaba de la nada y en la nada se fundaba (p. 49).

4. EL MITO CONSTITUCIONAL Y EL DESCONOCIMIENTO DE LA HISTORIA

La modernidad centraba la vida política en principio de imitar los decretos inmutables de la divinidad (Schmitt, 2009). Así como el legislador era considerado omnisciente en aquel entonces, el constituyente hoy en día adquiere un carácter sagrado dentro de la teoría constitucional. Sobre este aspecto Gustavo Zagrebelsky (2011) refiere que:

> El poder constituyente que actúa por la imposición de la ley de la naturaleza en las relaciones sociales procura la eternidad de su obra y por tanto la absoluta fijeza constitucional. Como en todo lo que es manifestación de un espíritu puramente abstracto, en la constitución así concebida no puede haber cambios. Por el contrario, el cambio es visto como un atentado a la propia constitución y la pura y simple propuesta de cambiar puede constituir por sí sola un delito capital (…) la imposibilidad del cambio del derecho es coherente con la pretensión del legislador, sobre todo del legislador constituyente, de haber creado una ley coincidente con la de la naturaleza (p. 38).

Esta perspectiva se contrapone a la denominada *historia de las constituciones,* ya la cita demuestra un desconocimiento de la historia previa al constituyente, manifestándose un mito constituyente expuesto por el mismo autor de la siguiente manera:

DISTINCIÓN DEL MITO CONSTITUCIONAL COMO ELEMENTO CRÍTICO SOCIAL
ISSN 2413 - 2810, Volumen 11, Nro. 16 Enero - Junio, 2022 • Pág. 79 - 96

> Precisamente con el objetivo de justificar ante los descendientes en el sentido de la obligatoria continuidad respecto a un origen histórico tan alto que sería irrepetible, se venía a formar y alimentar un "mito constituyente" por medio de una jerarquía entre las generaciones. (…) vale también para las constituciones contemporáneas, todas necesariamente ligadas a un "mito fundacional" que se resuelve en un plus de dignidad de la generación constituyente." (Zagrebelsky, 2011, pág. 45)

Entonces la teoría Constitucional da legitimidad al desconocimiento de lo histórico que hace a la sociedad, concluyendo el autor que:

> De este modo, asumiendo la voluntad constituyente confiada a un texto como punto de inflexión entre un "antes" aconstitucional o anticonstitucional y un "después" constitucional, la ciencia jurídica de la constitución se manifiesta como el instrumento para asegurar la censura y la propensión a la fundación de un "de entonces hacia adelante". Podemos así fijar este punto: según las concepciones constitucionales de la Revolución, la constitución no tiene un pasado sino que tiene –o hace- sólo futuro. Lo que equivale a decir que las constituciones no tienen y no quieren tener una historia a sus espaldas sino que se proponen hacer la historia en su futuro. Las normas constitucionales revolucionarias son precisamente pre-inscripciones, acumulaciones preventivas de futuro, no pos-inscripciones o acumulaciones de experiencias del pasado. (Zagrebelsky, 2011, pág. 45)

Esta actitud de simplificación del complejo proceso constituyente, genera un nuevo mito que le otorga al máximo poder la fuerza para dar legitimidad a una Constitución, sin embargo, los procesos constituyentes son complejos, tal como se describirá más adelante.

Un ejemplo del desconocimiento del pasado se manifiesta en el origen de nuestra República, que es descrito por Guillermo Francovich (2017) de la siguiente forma:

> La vida colonial tuvo su dramático final. La guerra de la independencia, convirtió el país en un inmenso campo de batalla en el que se enfrentaron españoles y patriotas durante dieciséis años, y que dio lugar a la creación de la República. La repulsión, nacida dentro de la Colonia y exacerbada con la guerra, engendró el mito que denominamos del espectro español que durante casi un siglo y medio hizo que los bolivianos repudiáramos primero, negáramos después y finalmente ignoráramos totalmente nuestro pasado, haciendo que nos sintiéramos huérfanos de éste. (pp. 13-14)

Entonces, ya se ha evidenciado con anterioridad el desconocimiento del pasado que implica la negación del mismo, lo cual genera para el Constitucionalismo Boliviano un límite interpretativo de la Constitución. Incluso la Constitución Política del Estado (2009) procura desconocer el pasado, manifestando el repudio por el estado republicano en su preámbulo relatando 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.

Esta intención de refundar y visualizar un nuevo futuro es evidente también en los documentos que constituyen la base teórica del Estado Plurinacional. Así, Oscar Vega Camacho citado en Gladstone Leonel Junior (2017) manifiesta lo siguiente:

> En Bolivia, el llamado a refundar el país desde las naciones y pueblos que la constituyen con una Asamblea Constituyente es la alternativa política o la oportunidad histórica de construir una transición para una institucionalidad y legalidad más plural y, por ende, democrática. Esta demanda por la realización de la Asamblea Constituyente es conjuntamente con la demanda de una nacionalización de los hidrocarburos, es armar un nuevo escenario para replantear la Constitución Política del Estado y hacer un acto de soberanía nacional (p. 79).

Si bien se pretende rescatar el pluralismo, esto parece ser mítico al supeditarse a determinaciones del legislador y a un orden estatal, entonces el carácter “sagrado” del constituyente resulta ilusorio, así en palabras de Soraya Santiago Salame (2012) se dice lo siguiente:

> Ahora bien, decimos teóricamente, porque si bien es cierto que en la nueva Constitución el carácter plurinacional y comunitario del Estado boliviano así como los principios de pluralidad, pluralismo e interculturalidad, son transversales a toda la Constitución boliviana y, por lo mismo, deben plasmarse en las normas de desarrollo, atendiendo a los fines y funciones del Estado, entre ellas la consolidación de las identidades plurinacionales, la igualdad de las naciones, los pueblos y las comunidades, fomentando el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe, garantizando el pleno cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos constitucionalmente. Estos fines, por lo menos en lo que toca al Tribunal Constitucional Plurinacional, que es el tema de nuestra investigación, no se están cumpliendo (…) Prueba clara de esta afirmación son la Ley de Deslinde y la última jurisprudencia del órgano constitucional Plurinacional (p. 164).

Al ser desconocido el pluralismo mediante ley, se vuelve a simplificar la compleja realidad en una actitud ilustrada, cayendo en actitudes modernas que han sido críticadas por Grossí (2003), que al respecto manifiesta:

> La edad moderna, edad de mitología jurídica, se ha contraído en un constringente horizonte de modelos y la complejidad de la experiencia jurídica ha sido

DISTINCIÓN DEL MITO CONSTITUCIONAL COMO ELEMENTO CRÍTICO SOCIAL
ISSN 2413 - 2810, Volumen 11, Nro. 16 Enero - Junio, 2022 • Pág. 79 - 96

> notablemente sacrificada. La visión potestativa del derecho, su estatalidad, su legalidad han constituido un observatorio deformante, ya que, apuntando únicamente sobre el momento y sobre el acto de la producción, la regla jurídica se presenta como norma, es decir, como mandato autoritario del investido del poder (p. 53).

Con el surgimiento de la Constitución de 2009, también se ha impuesto otro presupuesto, como es el de la voluntad del constituyente, mito que deja de lado la complejidad del proceso constituyente que al menos en Bolivia ha tenido dificultades. El Poder Constituyente careció en un primer instante de Poder Democrático en su capacidad de decisión, así Soraya Santiago Salame (2012) recurre a los medios de prensa de aquel entonces indicando que:

> Fue así que el 14 de diciembre de 2007, tras más de trece horas de sesión ininterrumpida en una instalación universitaria, el proyecto de Constitución, fue votado, sin previo debate, artículo por artículo, por dos tercios de los 164 asambleístas presentes, de los 255 elegidos en 2006.(…) Posteriormente tras una negociación política entre el primer mandatario y el vicepresidente Álvaro García Linera con los Prefectos (Gobernadores) de los departamentos donde se hallaban los más tenaces opositores del gobierno. El congreso modificó unos 100 artículos, modificaciones que únicamente se refieren a la forma y que en ningún caso cambian el fondo del nuevo texto constitucional (p. 145).

Todo este proceso ha concluido con el Referendo de 25 de enero de 2009 cuyos resultados aprobaron el texto de la Constitución por aproximadamente el 62% de los votos con una oposición de casi 28%. Esta complejidad del caso boliviano se corrobora por lo manifestado por Cárdenas *et al* (2010), quien ha manifestado que:

> La comisión Visión País, que fue la primera comisión de la Asamblea Constituyente, columna vertebral de ésta en lo ideológico, político, filosófico, se convirtió en la caja de Pandora que la derecha pretendió quebrar, y les fue mal…
>
> Y es que, en la lógica del accionar de la derecha, nunca debió haber Asamblea Constituyente. Para ello trataron de impedir su avance; si avanzaba, impedir que ésta termine su tarea; si terminaba su tarea, que no se apruebe la Constitución, que no hubiera referéndum para el nuevo texto constitucional; si hubiera referéndum, que no se promulgara, y si se promulgaba –como pasó-, debilitar su fuerza programática mediante un desarrollo normativo de retroceso político (p. 36).

Si bien la cita previa resulta reduccionista, al menos permite comprender que la voluntad del Constituyente ha tenido que superar posiciones contrapuestas en una realidad mucho más compleja para desembocar en el texto constitucional. Por lo que la voluntad del Constituyente en el caso boliviano, no resulta clara. Es evidente que se pueden encontrar actas de las sesiones de la asamblea constituyente, sin embargo, estas se

han desarrollado bajo determinado contexto que no puede obviarse para realizar una interpretación coherente, no bastando el instante fugaz de la voluntad como criterio de interpretación.

Pese a lo expuesto, los criterios interpretativos establecidos por la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia son restrictivos de una interpretación que permita pluralidad de opiniones, al referirse textualmente lo siguiente en el segundo parágrafo del artículo 196 de la Constitución Política del Estado (2009):

> II En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.

Estos criterios interpretativos confirman la estatalidad del Derecho, y en el caso boliviano lo identifica con la autoridad de uno de sus órganos constitucionales como es el Tribunal Constitucional Plurinacional. Ya ha sido criticada esta perspectiva interpretativa por el varias veces citado autor Paolo Grossi (2003) cuando se refiere al art. 12 del Código Civil Italiano que contiene los mismos criterios de interpretación:

> Este ayer continúa hoy con perfecta vigencia en el artículo 12 de las disposiciones preliminares del Código civil italiano de 1942, que confirma el dogma de la estatalidad del derecho y fija los confines de la juridicidad identificándolos con los del Estado. Sé bien que el artículo viola el pluralismo jurídico impreso en nuestra carta constitucional, sé bien que los juristas más competentes lo consideran una reliquia de convicciones pasadas, pero sé también que las reliquias -mientras estén expuestas al público- pueden recibir la veneración de los bisoños (p. 56).

Una interpretación que busque la voluntad del constituyente o el tenor literal del texto, implica que la autoridad del intérprete puede desconocer la misma pluralidad que reconoce la Constitución como parte del modelo de Estado. Por lo que estos criterios interpretativos son un mito cuestionable. Si bien el Tribunal Constitucional Plurinacional establece otros “métodos de interpretación”, los mismos siguen siendo producto de una valoración o conocimiento unilateral de los hechos. Por más que se establezcan parámetros para una interpretación plural, los mismos terminan siendo solo palabras que no buscan una argumentación que considere parámetros históricos. Sobre este punto parece muy interesante la perspectiva de Haba (2014) quien manifiesta lo siguiente:

> Lo de llamarse a conformidad con una “argumentación”, y cubrirla mediante el prestigio de las palabras “racional” o “razonable”, no significa, de hecho que ese pensamiento se aparte verdaderamente de fallas de racionalidad efectivamente dominantes en el discurso jurídico. Imputar la condición de “racional o razonable” a discursos como esos mismos… no significa sino acorazarlos con unas denominaciones persuasivas que, valiéndose del sentido emotivo

ISSN 2413 - 2810, Volumen 11, Nro. 16 Enero - Junio, 2022 • Pág. 79 - 96

> de dichos términos, de hecho brindan una mampara más para que tales discursos sean mantenidos, en cuanto a sus características más decisivas para la práctica, así como ya son. (p. 58)

Los criterios interpretativos establecidos por la Constitución, implican el reconocer en el constituyente a un ser supremo que lo ha previsto todo y encarcelarse en sus palabras así se establece que:

> Una Constitución demasiado previsora, y por ende, detallista, minuciosa, casuística, puntillosa y con vocación de ser "duela del azar", resultaría a la postre una suerte de Constitución-cárcel, un instrumento nocivo que so pretexto de regular todo el porvenir, de hecho lo reglamentaría mal, ya que pretender disciplinar útilmente hoy a la integralidad de los acontecimientos del futuro puede significar tanto una misión utópica (frente a una realidad altamente cambiante y volátil, en grandes tramos impredecible), como también axiológicamente discutible, en cuanto que aherrojar aquel porvenir con las pautas culturales del presente importa una empresa que puede contar con escasa legitimación (Sagües & Palomino, 2005, pp. 14-15).

Por lo que, la imprevisión constitucional resulta un concepto de suma importancia, que distingue a la Constitución de los antiguos Códigos que pretendían contener solución a cada eventualidad que se desate en la sociedad. Entonces el Código:

> Como norma que -rechazando las escorias deformantes de la historicidad- cree descubrir el individuo originario en toda su genuina desnudez, el Código tiene como protagonistas sujetos abstractos y ordena un haz de relaciones igualmente abstractas. Son modelos dibujados sobre calcos ahistóricos, modelos todos iguales, que carecen del pesado equipaje de la humana materialidad que la historia inevitablemente pone sobre las espaldas de quien actúa en su seno. (Grossi, 2003, pág. 81)

La exégesis como método de interpretación de aquella antigua perspectiva es entendible, sin embargo, hoy en día toma mayor importancia la argumentación jurídica que debe tener sustento además en la historia, evitando caer en mitos similares a aquellos que se han formado durante la modernidad. Este método era comprensible en su momento histórico ya que:

> A la idea de Código, es decir, a una geometría de reglas abstractas, simples, lineales, es conceptualmente extraña la posibilidad de incidencia del momento de la aplicación. La ideología jurídica posilustrada se turba ante la visión de una norma que vive más allá de su producción y se modifica elásticamente según su recorrido, que -en suma- se produce continuamente recibiendo mensajes de los diversos terrenos históricos en los que se sitúa. Por esto la interpretación asume aquí la única forma posible de la exégesis: la norma es sólo explicada, penetrando como mucho dentro de la cabeza del Zeus legislador

> (procedimiento desdeñadamente rechazado por el ortodoxo Beccaria) para llegar hasta el fondo y aclarar su soberana intención. Rechaza la historicidad de la ley, porque infligiría una lesión mortal a la cerrada estrategia del proyecto ilustrado (Grossi, 2003, p. 85).

Entonces, la imprevisión constitucional, que puede sorprender al jurista que se ha formado con la clásica doctrina que se enseña en aulas universitarias de Bolivia, es parte de la Constitución y por consiguiente del Ordenamiento:

> Es un fenómeno harto importante y a la vez frecuente y casi connatural a la misma Constitución. Por ello, la empresa de cobertura de imprevisión no debe llamar al asombro, aunque pone a prueba la idoneidad de los operadores del sistema constitucional, que van a trabajar como constituyentes subrogantes, y en particular, de los jueces de la Constitución, que son quienes tienen la última palabra en el problema, como intérpretes supremos de la Constitución (Sagües & Palomino Manchego, 2005, p. 27).

La vigencia de la pluralidad de las perspectivas en un Estado se hace posible atendiendo a la realidad política, siempre evitando caer en ficciones absurdas, así para terminar el cuerpo de esta exposición es pertinente traer la siguiente cita a colación:

> El estado democrático actual es un Estado de partidos. De ello derivan multitud de cuestiones en las que inevitablemente se platean aparentes contradicciones entre la teoría y la realidad. Pues ha de reconocerse que el Estado de partidos comporta (siquiera aparentemente) la culminación del proceso de crisis de los principales conceptos sobre los que se estructura el constitucionalismo clásico y aún el democrático. Así, conceptos clave sobre los que se cimienta el Estado Constitcuional (la división de los tres poderes clásicos, su significado garantista de la libertad individual...) van pasando, progresivamente a constituir *ficciones* si se siguen interpretando según los canones tradicionales. Pero alcanzan nueva justificación y coherencia a la luz de la relación entre Derecho y Política que cobra, así su mayor sentido (Sanchez, 2005, pp. 25-29).

5. CONCLUSIONES

El mito jurídico moderno se ha caracterizado por la abstracción de las relaciones, supeditando la vida y la aplicación de la ley a la formalidad de la misma. Es de esta manera que, tal como se ha manifestado anteriormente se corre el riesgo de paralizar la normal dinámica social, haciendo del Derecho un absurdo. Las constituciones y concretamente la Constitución Política del Estado Plurinacional corre este riesgo al contar con criterios de interpretación preferente como la interpretación literal y la voluntad del constituyente. Estos criterios pueden llegar a desconocer la pluralidad de interpretaciones que es necesaria en un Estado democrático, generando un intérprete que desconoce la historia y desconoce también la existencia de diferencias entre los grupos que forman parte de la sociedad.

ISSN 2413 - 2810, Volumen 11, Nro. 16 Enero - Junio, 2022 • Pág. 79 - 96

La Constitución no puede asemejarse a un Código, si bien los Códigos en su momento han cerrado pretensiones iusnaturalistas para materializarse después en una interpretación positiva, las circunstancias han cambiado. La modernidad ha generado en su momento una interpretación única, vertical y jerarquizada de arriba hacia abajo que legitimaba la autoridad, hoy en día las sociedades tienen diferentes intereses y la diversidad de sociedades complejas como la boliviana requiere de espacios de debate institucionalizados que a su vez limiten la arbitrariedad del Tribunal Constitucional Plurinacional. El mito del constituyente puede suplir al mito del legislador.

Requiere mayor estudio el mito de la voluntad del constituyente y de los criterios de interpretación que finalmente, pueden resultar siendo expresiones retóricas que legitimen arbitrariedad y autoritarismo. Para esto se debe estudiar de mejor manera la forma de deconstruir estos criterios y de lograr métodos de interpretación que pongan énfasis en la historia.

Se requiere mayor capacidad crítica para afrontar el mito constitucional. Esto puede lograrse con el estudio de la historia del Derecho en Bolivia, acudiendo a instrumentos normativos y su contexto. Su estudio permitirá establecer en que momentos el sustento de los fallos es ficticio o mítico, o si por otra parte, se encuentra fundamentado en premisas aceptables y válidas.

Ante la falta de fundamento de varios institutos jurídicos que pueden llegar a ser ficticios, es necesario un estudio de los principios que forman las Constituciones, las interpretaciones que se les da y se les ha dado. También resulta importante el estudio crítico de las teorías de la argumentación jurídica que no pueden desconocer, como ya se ha referido antes, premisas históricas, pues estas completan el entendimiento de la formación de los principios.

REFERENCIAS

Atienza, M. (2018). *Introducción al Derecho. Puno*, ZELA Grupo Editorial E.I.R.L.

Balibar, É. (2000). *La filosofía de Marx. Buenos Aires*, Nueva Visión.

Cárdenas, F., Delgado, R., Pinto, J. C., & Chivi, I. (2010). *Nueva Constitución Política del Estado–Conceptos elementales para su desarrollo normativo,* Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia.

Entel, A., Lenarduzzi, V., & Gerzovich, D. (2005). *Escuela de Frankfurt, Razón y Libertad*. Universidad de Buenos Aires.

Francovich, G. (2017). *Los mitos profundos en Bolivia.* G.U.M.

Fromm, E. (2011). *El miedo a la Libertad,* Paidós.

Grossi, P. (2003). *Mitología Jurídica de la Modernidad.* Trotta.

Haba, E. P. (2014). *Un debate sobre las teorías jurídicas de la argumentación jurídica.* Palestra.

Häberle, P. (2007). *El Estado constitucional.* Astrea.

Hegel, G. (2013). *Introducción general y especial a las 'Lecciones sobre la filosofía de la historia universal'.* Alianza Editorial S.A.

Junior, G. (2017). *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano–Un estudio sobre Bolivia.* Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia.

Lasalle, F. (1946). ¿Qué es una Constitución?*,* Siglo Veinte, Argentina.

Loewenstein, K. (2018). *Teoría de la Constitución.* Ariel.

Marcuse, H. (2016). *El Hombre Unidimensional.* Ariel.

Popper, K. (2017). *La sociedad abierta y sus enemigos.* Paidós.

Sagües, N. P., & Palomino Manchego, J. (2005). *Imprevisión y Reforma: Dos problemas contemporáneos del Derecho Constitucional.* Editora Jurídica Grijley.

Sánchez Ferriz, R. (2005). *El Estado Constitucional y su sistema de fuentes. Valencia*, Tirant lo blanch.

Santiago Salame, S. (2012). *La última reforma constitucional en Bolivia–Activismo Judicial por medio del Amparo Constitucional*. UMRPSFXCH Consejo Editorial.

Schmitt, C. (2009). *Teología Política.* Trotta.

Zagrebelsky, G. (2011). *Historia y constitución.* Trotta.