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

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 12, Nro. 18 - Enero - Junio 2023 • Pág. 183 - 200

LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL COMO PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA DE TRATADOS INTERNACIONALES[1]

CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AS A PRINCIPLE OF NORMATIVE HIERARCHY OF INTERNATIONAL TREATIES

Farit L. Rojas Tudela[2]

Presentado el 20 de abril de 2023
Aceptado el 20 de junio de 2023

RESUMEN

La Constitución boliviana presenta una nueva arquitectura normativa replanteando la jerarquía normativa de manera novedosa en el artículo 410. Sin embargo, de una lectura sistemática de la Constitución, es posible encontrar algunas antinomias respecto a la jerarquía de tratados internacionales. En busca de una solución interpretativa a mencionadas antinomias, recurrimos a una argumentación de la jerarquía normativa de la Constitución en base al principio democrático como criterio de intelibilidad jurídica.

Palabras Clave: Tratados internacionales, jerarquía normativa, democracia constitucional, principios constitucionales.

ABSTRACT

The Bolivian Constitution presents a new normative architecture, restating the normative hierarchy in a novel way in article 410. However, from a systematic reading of the Constitution, it is possible to find some antinomies regarding the hierarchy of international treaties. In search of an interpretative solution to the aforementioned

1 Artículo autorizado para su publicación por el IIST como parte de la agenda de investigaciones del docente Farit Limbert Rojas Tudela, mediante informe FDCP-IIST-INF. Nº30/2023 de 12 de julio de 2023.

2 Abogado, Master (M.Sc). en Investigación Social y Doctor (Ph.D.) en Ciencias del Desarrollo bajo la mención justicia, democracia y ciudadanía. Profesor de las materias de Teoría General del Derecho y Pluralismo Jurídico (Carrera de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas), Teorías de la democracia (Carrera de Ciencia Política y Gestión Pública de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Es, asimismo, docente investigador de la materia de Derecho Constitucional, Pluralismo Jurídico e Interlegalidad de la Carrera de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UMSA. Autor de varios libros entre los que destacan: La Constitución Plurinacional (2021), Justicias (2021) y Pluralismo Jurídico (2022). Correo electrónico: rtflrojas@umsa.bo, Registro ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8009-5841.

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

antinomies, we resort to an argument of the normative hierarchy of the Constitution based on the democratic principle as a criterion of legal intelligibility.

Keywords: International treaties, normative hierarchy, constitutional democracy, constitutional principles.

1. INTRODUCCIÓN Y PROBLEMATIZACIÓN

La Constitución boliviana presenta –en su quinta parte[3]– la jerarquía normativa y la reforma de la Constitución. Referida (quinta) parte se encuentra constituida por dos artículos: 410 y 411. El primero (410) define la jerarquía normativa y el segundo (411) la reforma de la Constitución.

El motivo de este breve artículo es el diálogo dogmático que convoca el artículo 410 y la jerarquía normativa[4], por esta razón copiamos el contenido del referido artículo.

> *Artículo 410.*
>
> *I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución.*
>
> *II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:*
>
> *1. Constitución Política del Estado.*

3 La Constitución Política del Estado boliviana posee cinco partes, la primera dedicada a las bases fundamentales del estado, los derechos, deberes y garantías; la segunda, tercera y cuarta dedicadas a la organización del Estado, tanto en lo que a órganos de poder se refiere (segunda parte), al territorio, la organización territorial y los gobiernos territoriales (tercera parte), así como a la economía (cuarta parte). La quinta parte consta solo de dos artículos, 410 y 411, y se refieren a la supremacía y reforma de la Constitución. Podemos denominar parte dogmática de la Constitución a la primera y quinta parte, pues presenta las bases fundamentales y filosóficas del Estado, y la supremacía de las mismas para el desarrollo de la legislación infra-constitucional. Por otro lado, la segunda, tercera y cuarta parte podemos denominarlas parte orgánica de la Constitución pues organizan funcional, territorial y económicamente al Estado.

4 Se refiere a la idea o noción de diálogo en el sentido de interpretación sistemática del texto constitucional, es decir la manera de leer un artículo en relación a los demás artículos. Al respecto Guastini señala que "en la práctica, se realiza una interpretación sistemática, cada vez que, para decidir el significado de una disposición, no se observa la propia disposición de forma aislada sino el contexto en el que está ubicada. Ese contexto puede ser más o menos amplio: los otros párrafos de un mismo artículo, los otros artículos de una misma ley, hasta llegar a la totalidad de las disposiciones que componen un ordenamiento legal" (Guastini, 1999:228)

LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL COMO PRINCIPIO DE
JERARQUÍA NORMATIVA DE TRATADOS INTERNACIONALES
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 12, Nro. 18 - Enero - Junio 2023 • Pág. 183 - 200

2. *Los tratados internacionales.*
3. *Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.*
4. *Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.*

Fuente: Constitución Política del Estado, Bolivia 2009.

El parágrafo I del artículo 410 presenta, a su modo, la llamada supremacía de la Constitución Política del Estado[5]. La Constitución es la norma suprema por varias razones, entre ellas, porque es resultado del poder constituyente, un tipo particular de poder que reside en el pueblo y que sería una de las expresiones centrales de la democracia. El parágrafo II del artículo 410 complementa la idea de esta supremacía, introduciendo la categoría de bloque de constitucionalidad[6], es decir, de aquellas normas que forman parte de la Constitución, conforme a lo señalado en el tenor literal del artículo 410: *el bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país.* Esta afirmación convierte a los tratados y convenios internacionales de derechos humanos en parte de la Constitución, y frente a alguna posible contradicción entre los contenidos de la Constitución y las de algún instrumento internacional de derechos humanos, la Constitución –en su artículo 256– prevé que se aplicará lo dispuestos por estos instrumentos, con una condición: que, si y solo si, estos declaren derechos más favorables. Esta referida favorabilidad también puede entenderse por la determinación del estándar más alto de derechos[7].

5 La supremacía de la Constitución es un efecto de las Constituciones rígidas, es decir, Constituciones que son muy difíciles o complejas de modificar, y que tienen procedimientos y órganos especiales para llevar a cabo la reforma, esto se debe a que la Constitución debe ordenar el contenido del ordenamiento jurídico infra-constitucional. Como señala Ferrajoli "En el estado constitucional de derecho las leyes están sujetas no solamente a normas formales sobre la producción, sino a normas sustantivas sobre su significado. No son admisibles, en efecto normas legales cuyo significado esté en contradicción con normas constitucionales " (Ferrajoli, 2021:25)

6 La categoría "Bloque de constitucionalidad" resulta mejor tratarla desde lo que expresamente señala la Constitución, pues en el ámbito teórico, como señala Góngora Mera (2014), no existe un concepto unificado de bloque de constitucionalidad. La experiencia nos lleva a partir de la experiencia histórica, en particular, señalar que fue el Consejo Constitucional francés en 1971 incluyó como parte de la Constitución a las normas mencionadas en el preámbulo de la Constitución, entre ellas la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

7 Para el razonamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional el precedente en vigor corresponde, en todos los casos, al estándar más alto de protección de los derechos fundamentales. Así señala el TCP: "El precedente constitucional en vigor o vigente, resulta aquél que acoja el estándar más alto de protección del derecho fundamental o garantía constitucional invocado, esto es, aquélla decisión que hubiera resuelto un problema jurídico de manera más progresiva a través de una interpretación que tiende a efectivizar y materializar de

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

Artículo 256.

I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.

Fuente: Constitución Política del Estado, Bolivia 2009

Entonces, parece no existir mayor conflicto respecto a la Constitución y el bloque de constitucionalidad, aunque al finalizar este breve texto se dirá algo más al respecto que tiene que ver con la ponderación, cuando el Tribunal Constitucional Plurinacional, en su interpretación al caso concreto, deba elegir entre una u otra fuente de derecho para su fundamentación.

Pero, ¿qué sucede con los tratados internacionales regulares? Es decir, ¿qué jerarquía se tiene con los tratados internacionales que no sean en materia de derechos humanos, ni se relacionen con las normas de derecho comunitario?

Primero, sabemos que se encuentran por debajo de la Constitución y esa es la interpretación más común que encontramos[8]. No obstante, la simplicidad en la que se presenta la jerarquización de la normativa boliviana, se debe señalar que el artículo 410 nos lleva a un aparente conflicto cuando éste es leído en concordancia con lo señalado en parágrafo I del artículo 257, el mismo que literalmente suscribe a los tratados internacionales dentro de la ordenación jerárquica al señalar, como se ve a continuación, que los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico con rango de ley.

mejor manera los derechos fundamentales y garantías constitucionales previstas en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, por lo que la invocación y aplicación de un precedente debe ser escogido después el examen o análisis integral de la línea jurisprudencial, ya no solamente fijándose el criterio temporal del mismo, esto es, el último en términos de fecha de emisión por el Tribunal Constitucional, que hubiere cambiado, modulado o reconducido un determinado entendimiento jurisprudencial, sino sobre todo aquél que sea exponente del estándar más alto de protección del derecho" (SCP 2233/2013).

8 Aunque el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) no se ha pronunciado específicamente sobre el tema, podemos ver esta prelación de los Tratados Internacionales por encima de las leyes en la Sentencia SCP 0037/2016 o en la Declaración Constitucional 0011 de 16 de enero de 2015. Sin embargo, en ninguno de estos instrumentos el TCP analiza la contradicción entre el artículo 410 y el 257.

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 12, Nro. 18 - Enero - Junio 2023 • Pág. 183 - 200

Artículo 257.

I. Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley.

(...)

Fuente: Constitución Política del Estado, Bolivia 2009

Aunque ambos artículos concuerdan que los tratados internacionales tienen rango infraconstitucional, el artículo 410 le asigna a los tratados valor supra legal, mientras que el artículo 257 estipula que éstos tiene el mismo rango que las leyes. Pues bien, este breve ensayo pretende, como el título del mismo lo señala, problematizar la jerarquía de los tratados internacionales y proponer algunas soluciones de interpretación, a partir de una fundamentación implícita en la concepción del constitucionalismo contemporáneo: el gen democrático de nuestros constitucionalismos.

1.1. SOBRE EL MÉTODO

Un ensayo, como indica su nombre, es "una opinión sobre una parte de un tema que se sostiene por medio de evidencias"(Mounsey, 2007:14). Las evidencias nos remiten a la investigación dogmática jurídica, en particular la denominada *investigación lege lata.* Al respecto Courtis (2006) señala:

Esta tarea [la investigación *lege lata*] se caracteriza por identificar problemas interpretativos en el derecho positivo vigente, y se propone señalar soluciones adecuadas que se pretendan racionalmente derivables de ese derecho. Para hacer esto, el jurista debe asumir como punto de partida el derecho positivo vigente –lo que pretende es ofrecer una guía de solución de casos particulares a partir del contenido del derecho positivo. Esto no significa que la construcción de hipótesis dogmáticas resulte unívoca, mecánica o rutinaria: aun partiendo de la premisa de la aceptación del derecho positivo vigente, las posibilidades de construcción de soluciones diversas –si se tienen en cuenta todos los problemas de indeterminación del contenido del derecho positivo– son muchas veces sumamente amplias (114-115).

En consecuencia, partimos de un *problema interpretativo del derecho positivo vigente*, es decir, la aparente contradicción entre los artículos 410 (parágrafo II) y 257 (parágrafo I) en un mismo cuerpo jurídico, es decir la Constitución Política del Estado (CPE) boliviana.

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

A continuación, y asumiendo la intuición metodológica de la investigaciones dogmáticas de *lege lata*, planteamos algunas interpretaciones posibles, siguiendo la idea de que las mismas son hipótesis, es decir "una suposición que recae sobre un aspecto de la realidad y que puede verificarse en la investigación" (Courtis, 2006:300).

No hemos encontrado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional alguna interpretación que resuelva la aparente contradicción entre considerar al Tratado Internacional con rango supralegal (artículo 410, II) o considerarlo con rango legal (artículo 257, I). Sin embargo, consideramos que se puede sugerir que el principio democrático que caracteriza al constitucionalismo y al Estado boliviano[9] puede ser una grilla de intelegibilidad de la jerarquía normativa en nuestro estado. En consecuencia, encontramos y explicitamos evidencias implícitas en la Constitución y el constitucionalismo en el que se inscribe, para una propuesta de interpretación de la jerarquía de tratados internacionales.

2. INTERPRETACIONES POSIBLES

La aparente contradicción entre los artículos 410 (parágrafo II) y 257 (parágrafo I) presenta, según nuestras hipótesis, tres posibles interpretaciones: a) Los tratados internacionales tienen rango de ley; b) Los tratados internacionales tienen rango supra legal; y c) algunos tratados tienen rango legal y otros supra legal, dependiendo del caso concreto, es decir del tipo de tratado y su relación con el principio democrático.

A continuación, revisamos estas posibles interpretaciones, siempre desde la dogmática jurídica *lege lata*, explicitada en el subtítulo anterior. Asimismo, recurrimos a la fundamentación democrática de nuestras constituciones al finalizar el ensayo.

2.1. LOS TRATADOS INTERNACIONALES TIENEN RANGO DE LEY

La interpretación que considera que los tratados internacionales ratificados tienen rango de ley encuentra su fundamento en lo explícitamente establecido en el parágrafo I de Artículo 257 que señala a la letra: *los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de Ley*.

9 Como lo señala el artículo de la CPE boliviana, Bolivia se constituye en Estado democrático. Véase el artículo 1 de la CPE boliviana.

Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 12, Nro. 18 - Enero - Junio 2023 • Pág. 183 - 200

Aquí, seguimos la noción de *tenor literal del texto*, que en palabras de Mathias Klatt (2017):

> juega un papel determinante en la metodología jurídica en la medida en la que realiza tres importantes funciones. En primer lugar, es el punto de partida de la interpretación de las leyes. En segundo lugar, posee enorme repercusión en el cumplimiento del principio de sujeción a la ley por parte de los órganos judiciales. Finalmente, fija el límite entre la interpretación y la creación judicial del derecho (23).

No hay mucho más que interpretar de este enunciado constitucional. Lo consideramos lo suficientemente claro, pues el predicado califica al sujeto: en el ordenamiento jurídico boliviano, tienen rango de ley (predicado) los tratados internacionales ratificados (sujeto), o dicho con el tenor literal *los tratados internacionales ratificados* (sujeto) *forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de Ley* (predicado). Se trata, desde un punto de vista analítico, un enunciado jurídico en el que se desarrolla una explicación del sujeto en el predicado. La norma, resultado de la interpretación del enunciado, consideramos que queda clara, pues lo que busca es establecer, como textualmente lo señala, el rango normativo que tiene el tratado internacional ratificado en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, tal vez sea necesario señalar algunas precisiones. La primera, que no se refiere a todos los tratados, sino sólo a los que *no tienen que ver con derechos humanos ni con el derecho comunitario*, pues estos últimos son considerados, por lo dispuesto por el artículo 410 de la CPE boliviana, parte del bloque de constitucionalidad. La segunda, que siendo el instrumento jurídico de ratificación la ley, es lógico que el tratado internacional parta en su evaluación jerárquica con el rango de ley. No debe olvidarse que es parte de las atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional *ratificar los tratados internacionales celebrados por el ejecutivo, en las formas establecidas por esta Constitución* (numeral 14 del artículo 158 de la CPE boliviana).

Bajo esta primera interpretación, basada en la literalidad de la regla contenida en el artículo 257, parágrafo I, no existen otros argumentos que invaliden la interpretación que apunte a que todos los tratados internacionales ratificados por el país tengan rango de ley.

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

2.2. LOS TRATADOS INTERNACIONALES TIENEN VALOR SUPRA LEGAL

La interpretación que sugiere que los tratados internacionales tienen rango supra legal se fundamenta en la literalidad también explícita del artículo 410, el mismo que tiene preeminencia constitucional pues se refiere explícitamente a la gradación jerárquica y no solo al instrumento con el cual se procede a su ratificación. Es decir, podríamos aducir que conforme a lo señalado en los artículos 257 (parágrafo I) y 158 (numeral 14) de la CPE, estamos delante de un aspecto formal de la ratificación, y no así frente a un aspecto sustancial de la jerarquía normativa, en tanto en el constitucionalismo contemporáneo[10] el Estado de Derecho es en realidad un Estado constitucional de Derecho.

Asimismo, el artículo 410 conforma una parte rígida de la CPE[11], pues como señala el artículo 411, la modificación del contenido de este artículo precisa de una asamblea constituyente, generando de esta manera una calificación rígida de este artículo (y de esta parte) de la Constitución. La condición rígida de las constituciones es una de las características del constitucionalismo contemporáneo, como lo han señalado Ferrajoli (2021), Guastini (2016)[12] y otros. Véase a continuación la manera en la que la misma CPE resguarda la primacía de la Constitución, y con ella a la jerarquía normativa señalada en el artículo 410.

> *Artículo 411.*
>
> *I. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el*

10 La contemporaneidad del constitucionalismo es un tema de debate, sin embargo, siguiendo la intuición de Ferrajoli: "la constitucionalización de principios y derechos fundamentales, que vinculan a la legislación y condicionan la legitimidad del sistema político a su protección y realización, ha introducido en la democracia una dimensión sustantiva" (Ferrajoli, 2021:28).

11 Véase el pie de página número 4 en este texto.

12 Como señala Guastini "Si y solo si, la constitución es rígida se hace posible distinguir dos niveles jerárquicos de legislación: la legislación ordinaria y la legislación constitucional. Una Constitución rígida está supra-ordenada a la legislación ordinaria, no pudiendo ser derogada, modificada o abrogada por la última" (Guastini, 2016: 177)

LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL COMO PRINCIPIO DE
JERARQUÍA NORMATIVA DE TRATADOS INTERNACIONALES
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 12, Nro. 18 - Enero - Junio 2023 • Pág. 183 - 200

Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.

(...)

Fuente: Constitución Política del Estado, 2009 (el subrayado es nuestro)

Entonces, se puede interpretar que, a diferencia del artículo 257 –que se encuentra en la parte orgánica de la CPE–, el artículo 410 y su dimensión jerárquica prevalece frente al artículo 257, por una razón sustancial, se encuentra en la parte dogmática de la Constitución, la misma que se encuentra blindada por el tipo de reforma necesaria para sustituir o modificar esta parte de la CPE.

Por otra parte, si se toma en cuenta la voluntad constituyente –que es un criterio de interpretación preferente, según lo señalado por el artículo 196 de la CPE–, cabe señalar que fue en la Comisión 20 (Fronteras Nacionales, Relaciones Internacionales e Integración) de la Asamblea Constituyente en la que se asignó a los tratados el máximo rango infra constitucional, pero supra legal, es decir que los tratados internacionales si bien se ratifican mediante una ley, su gradación jerárquica es, en todos los casos (pues se hace uso de términos como "todos los tratados") supralegal.

Informe de Mayoría:

(…) Todos los tratados internacionales ratificados a partir de la entrada en vigor de esta Constitución, así como los anteriores que no la contradigan, pasarán a formar parte del ordenamiento jurídico interno con el máximo rango jerárquico infraconstitucional.

Informe de Minoría:

(...)

II. Las normas de derecho internacional sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional. El resto de las normas de derecho internacional, aprobadas de conformidad al artículo anterior, tienen jerarquía supralegal e infraconstitucional.

Fuente: Enciclopedia histórica documental del proceso constituyente boliviano, 2012, Tomo III, Volumen 1, página 495. El subrayado es nuestro.

En lo sustancial, la voluntad del constituyente respecto a la jerarquía de los tratados internacionales que no se refieran a derechos humanos o a derecho comunitario, no varía en los archivos del proceso constituyente, es decir, hay una voluntad del constituyente inteligible en sus documentos, actas y resoluciones al respecto, pues no encontramos una contradicción en los términos.

2.3. ALGUNOS TRATADOS TIENEN VALOR LEGAL Y OTROS TIENEN VALOR SUPRA LEGAL

Una tercera vía para la interpretación del valor jurídico de los tratados en el sistema normativo interno es aceptar la co-aplicabilidad tanto del artículo 257 como del artículo 410, y leerlos también en concordancia con los artículos 256 y 259 de la CPE, realizando de esta manera una interpretación sistemática de la CPE.

En primer lugar se debe señalar que, considerando que en la CPE se reconocen tratados con diferentes contenidos y formas, en particular esta última caracterísitica (la forma), diferenciada por el modo de aprobación de los mismos, como los aprobados mediante referendo y los aprobados por la Asamblea Legislativa Plurinacional; se debería también establecer una diferencia de la gradación de cada tratado. Para entender mejor esta idea, véase lo que determinan (en extenso) los artículos 257 y 259 de la CPE:

> *Artículo 257.*
>
> *I. Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley.*
>
> *II. Requerirán de aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen:*
>
> *1. Cuestiones limítrofes.*
>
> *2. Integración monetaria.*
>
> *3. Integración económica estructural.*
>
> *4. Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración.*

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 12, Nro. 18 - Enero - Junio 2023 • Pág. 183 - 200

Artículo 259.

I. Cualquier tratado internacional requerirá de aprobación mediante referendo popular cuando así lo solicite el cinco por ciento de los ciudadanos registrados en el padrón electoral, o el treinta y cinco por ciento de los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Estas iniciativas podrán utilizarse también para solicitar al Órgano Ejecutivo la suscripción de un tratado.

II. El anuncio de convocatoria a referendo suspenderá, de acuerdo a los plazos establecidos por la ley, el proceso de ratificación del tratado internacional hasta la obtención del resultado.

Fuente: Constitución Política del Estado, Bolivia 2009

En este sentido, y en primer lugar en nuestra exposición de hipótesis, los tratados aprobados por referendo popular vinculante podrían tener aplicación infra constitucional, pero supra legal, aplicando lo estipulado por el artículo 410 y lo referido por la voluntad constituyente. Mientras que los tratados aprobados por la Asamblea Legislativa Plurinacional sin la participación ciudadana mediante referendo popular, deberían respetar lo estipulado en el artículo 257, es decir tener el rango de ley. En ambos casos se pone en juego la dimensión democrática de la CPE, en el primer caso la aprobación es por parte del depositario del poder constituyente, es decir, la población en el ejercicio pleno de la democracia directa y participativa. En el segundo caso estamos delante de una aprobación por parte de los representantes del pueblo, es decir la Asamblea Legislativa Plurinacional (conformada por diputados y senadores elegidos por el pueblo) en el ejercicio pleno de la democracia representativa.

En segundo lugar y considerando lo establecido en el artículo 256, que establece que los tratados internacionales en materia de derechos humanos serán de aplicación preferente a la Constitución, siempre y cuando prevean derechos más favorables, es posible notar, como ya se mencionó, que la jerarquización de la normativa boliviana, plasmada en el artículo 410, no es positivista, sino que debe ser entendida bajo los criterios de una norma principio (y no una una norma regla) y en consecuencia aplicar la ponderación y no así de prelación que es más adecuada a una norma regla[13]. Decíamos que no es una jerarquización positivivista estática, sino dinámica, que se reconfigura en la interpretación del enunciado normativo, haciendo posible considerar esta grilla de inteligibilidad como propia de un post-positivismo, en el que

13 La diferencia entre una norma principio y una norma regla ha sido planteada por distintos autores, entre ellos Dworkin (2019), Guastini (2016), pero seguiremos lo establecido por Alexy (2017).

la norma positiva entendida como enunciado jurídico, es un punto de partida para la interpretación.

La ponderación es entendida, siguiendo a Robert Alexy, de la siguiente manera: "cuanto más alto sea el grado de cumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro" (Alexy, 2017: 19). Es decir, cuanto más favorable sea una disposición interpretada al caso contrario, se puede tolerar una menoscabo o no aplicación de otra disposición, siempre en busca de la mayor favorabilidad en la aplicación.

De esta manera, y siguiendo los parámetros de interpretación utilizados para la aplicación de los tratados de derechos humanos, es posible notar que el espíritu constitucional referente a la jerarquización de la normativa interna, parece indicar que ésta debe ser entendida bajo principios de ponderación sujetos al caso concreto. Tal vez aquí, cabe recordar lo que Alexy (2017) señala en lo que se refiere a las normas principio:

Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas (páginas 13-14)

> En este sentido, el valor de los tratados internacionales dependerá de las circunstancias en las cuales el tratado fue adoptado, la realidad de los sujetos involucrados y sus condiciones de entorno, además de las posibilidades jurídicas que permitan la ponderación. Esto posibilita a los jueces ponderar entre la normativa boliviana y otras fuentes internacionales de derecho, aplicando la que fuese más favorable para cada circunstancia específica, obviamente observando el entramado jurídico aplicable.

3. HACIA UNA TIPOLOGÍA DE TRATADOS INTERNACIONALES EN LA CONSTITUCIÓN

En la CPE existe una diferenciación para el procedimiento de celebración de los tratados internacionales y para su aplicación.

En este sentido y por lo señalado y argumentado de manera previa, se puede señalar que existen cuatro tipos de tratados:

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 12, Nro. 18 - Enero - Junio 2023 • Pág. 183 - 200

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos, los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad (Artículo 410) y en consonancia con el Artículo 256, son de aplicación preferente a la Constitución, siempre y cuando en éstos se establezcan derechos más favorables para los sujetos.

I. Los tratados de integración política que generan normas de Derecho Comunitario, las cuales también forman parte del bloque de constitucionalidad y en concordancia con el Artículo 257 requieren para su aprobación de un referendo popular vinculante.

II. Los tratados que impliquen cuestiones limítrofes, integración económica estructural, e integración monetaria, los cuales también deben aprobarse por el mecanismo del referendo aprobatorio, sin embargo, salvo que estos sean considerados parte de la normativa internacional de derecho comunitario, éstos no forman parte del bloque de constitucionalidad, sino más bien se encuentran en un rango infra constitucional pero supra legal (Artículo 257 y 410).

III. Los demás tratados internacionales, que son los que no necesitan de aprobación mediante referendo, a menos que así los solicite el treinta y cinco por ciento de la Asamblea Legislativa Plurinacional o el cinco por ciento de las y los ciudadanos registrados en el padrón electoral, según lo señala el artículo 259 de la CPE, en este caso serán parte de la clasificación señalada previamente. Este tipo de tratados (los llamados demás tratados internacionales sin intervención de la población mediante referéndum) tienen un rango infra constitucional en aplicación de los artículos 257 y 410 de la CPE, pero bajo el rango de ley.

Cabe referir que existe una posibilidad para llevar a cabo una clasificación justificada y razonada de los tratados internacionales, observando el principio de reserva lo señalado por el artículo 258 de la CPE:

> *Artículo 258.*
>
> *Los procedimientos de celebración de tratados internacionales se regularán por la ley.*

Fuente: Constitución Política del Estado, Bolivia 2009

La reserva legal establecida en el artículo 258, mediante la cual se insta a la elaboración de una ley que establezca los procedimientos de celebración de los tratados internacionales, podrá ser una posibilidad para considerar los distintos tipos

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

de tratados diferenciados en el texto constitucional y explicitar de manera razonada y justificada una jerarquía de los mismos.

EL GEN DEMOCRÁTICO DEL CONSTITUCIONALISMO

El artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 señala que "*una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*"[14]. Entonces, una constitución se caracteriza por separar los poderes y garantizar, de esta manera, los derechos. La triada de poderes, en la tradición del Derecho Político y del Derecho Constitucional ha sido generalmente el ejecutivo, el legislativo y el judicial, sin embargo, cabe como excepción la fórmula propuesta por John Locke, en su *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*, en el que se refiere a tres poderes: legislativo, ejecutivo y federativo.

El poder federativo, en palabras de Locke (2008) se refiere a:

> un poder de hacer la guerra y la paz, de establecer ligas y alianzas y de realizar alianzas y de realizar tratos con todas las personas y comunidades fuera del Estado. A este poder podríamos llamar 'federativo', si tal apelativo resulta aceptable (152)

El poder federativo de Locke es el que justamente se encargaría de los tratados internacionales y sería en consecuencia una de las condiciones de la existencia de una Constitución. En el mismo entendido, Locke (2008) señala:

> los poderes ejecutivo y federativo de toda comunidad son realmente distintos entre sí, difícil es que estén separados y que se depositen simultáneamente en manos de personas distintas; pues como ambos requieren para su ejercicio la fuerza de la sociedad, casi resulta prácticamente imposible poner la fuerza del Estado en manos distintas que no estén subordinadas (...) (153).

Entonces, es para Locke necesario que todo poder se constituya sobre la subordinación de los mismos a la sociedad, bajo una mirada clara de democracia constitucional que aún no se la explicita pero que está inmanente no solo en Locke, sino también en Montesquieu y Rousseau.

14 Hay una infinidad de traducciones de la Declaración de 1789, dado que el texto original se encuentra en francés, nosotros tomamos la del Consejo Constitucional Francés, que puede encontrarse en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/ visitado el 1 de abril de 2023.

LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL COMO PRINCIPIO DE
JERARQUÍA NORMATIVA DE TRATADOS INTERNACIONALES
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 12, Nro. 18 - Enero - Junio 2023 • Pág. 183 - 200

En todos los modelos de separación y división de poderes de lo que se trata es de evitar la concentración del poder en pocas manos, y en consecuencia en constituir una garantía democrática del ejercicio del poder, por ello la preocupación de que el primer órgano de poder del Estado sea el legislativo, el único llamado a realizar la ley, es decir a constituir una legislación acorde con los intereses de la población, es decir, acorde con un principio democratico de organización del poder, a esto es a lo que llamamos, en este ensayo, el gen democrático del constitucionalismo.

Este gen democrático se hace más explicito después de la Segunda Guerra Mundial, cuando las constituciones, además de ser una expresión formal que estructura al Estado, se van convirtiendo en una condición sustancial (de contenido), y en consecuencia con una garantía de supremacia y órganos de control y de defensa de la Constitución. Como lo señala Ferrajoli (2021):

> Habrá que esperar a la segunda posguerra, tras la derrota del nazi-fascismo, para llegar al reconocimiento y a la sanción del significado y el alcance normativo de la rigidez de las constituciones como normas supraordenadas a la legislación ordinaria (34)

A las constituciones de posguerra se las conoció como las constituciones largas, pues contemplaban un largo catálogo de derechos y todo un sistema de garantía constitucional de la democracia, al punto que algunos juristas, como Salazar Ugarte (en Fabra Zamora y Spector, 2015) las denominan constituciones del modelo democrático constitucional:

> Se trata de las constituciones del “Modelo Democrático Constitucional” que emergieron primero en los estados derrotados después de la guerra (Alemania, Japón e Italia) y que, posteriormente, poco a poco, y conforme los regímenes autoritarios cayeron y se verificaron transiciones democráticas se adoptaron en otros países europeos y latinoamericanos. De esta manera, a partir de la segunda mitad del siglo XX pero en particular en las últimas tres décadas de esa centuria, un modelo específico de Constitución se afirmó como el paradigma de referencia en Occidente. Se trató de una Constitución liberal pero también con elementos democráticos y, aunque parezca paradójico, socialistas. Algunos denominaron al modelo de estado que las adoptó como “Estado Social y Democrático de Derecho” que nosotros llamaremos simplemente Modelo Democrático Constitucional (1936).

Para pensadores como Ferrajoli (2021), Salazar Ugarte (en Fabra Zamora y Spector, 2015), Aguiló (2004), por nombrar algunos, las constituciones de postguerra, al afirmarse como rígidas, pretenden otorgar una serie de derechos y garantías al proceso político democrático, es decir, presentan un nuevo modelo que podemos denominar de constitucionalismo democrático (o como señala Ugarte *ut supra* Modelo Democrático Constitucional).

En este sentido, la validez de las normas jurídicas, se encuentran en que las mismas deben ser expresiones de la población a través de los modelos y formas democráticas establecidas en la Constitución. Por ello, y afirmando lo que la totalidad de la tradición constitucional señala, las leyes son elaboradas por un poder legislativo en el cual se encuentran los representantes de la población. Podemos llamar a este poder con diferentes nombres: Órgano Legislativo, Congreso, Asamblea Legislativa, Parlamento, etc. Lo que distingue a este órgano de poder (o poder) es que tiene el monopolio de la elaboración de la ley, y bajo el modelo democrático constitucional o el constitucionalismo democrático, los legisladores están sometidos a la Constitución, no solo en lo que a sus formas se refiere sino también respecto a sus contenidos.

El constitucionalismo democrático se hace más explicito en las reflexiones de Ferrajoli (2013), para quien existe un nexo estructural entre Constitución y democracia, en tanto es la Constitución la que define y garantiza los derechos que hacen posible una democracia de contenidos, es decir una democracia que no solo resuelva el quien gobierna y el cómo gobierna, sino también respecto a cuáles son los contenidos mínimos de un gobierno democrático.

Y mucho más cercano a nuestra tradición constitucional se encuentran las reflexiones del llamado *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (NCL)*, el mismo que se caracteriza por ser un constitucionalismo en clave democrática, pues las constituciones de este constitucionalismo han sido el resultado de procesos constituyentes populares y ampliamente participativos. Ruben Martínez Dalmau, Claudia Storini y Roberto Viciano (2021) también lo consideran así, pues caracterizan al *NCL* como aquel resultado de los procesos constituyentes en Colombia del año 1991, Venezuela del año 1999, Bolivia de los años 2006-2009 y Ecuador del año 2008.

En la caracterización que hace Salazar Ugarte (en Fabra Zamora y Spector, 2015) del Nuevo Constitucionalismno Latinoamericano (NCL) se puede destacar lo siguiente:

> La clave de la distinción sería que el nuevo NCL centra su preocupación en la “legitimidad democrática de la Constitución” recuperando “el origen radical-

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 12, Nro. 18 - Enero - Junio 2023 • Pág. 183 - 200

> democrático del constitucionalismo jacobino, dotándolo de mecanismos actuales que pueden hacerlo más útil en la identidad entre voluntad popular y Constitución". Y, para intentar sortear la confusión de planos entre teoría y realidad constitucional que aqueja a sus premisas, los propios autores sostienen que el NCL surge "en el extrarradio de la Academia, producto más de las reivindicaciones de los movimientos sociales que de los profesores de Derecho Constitucional". Desde esta perspectiva, el NCL sería más un fenómeno constitucional que una teoría de la Constitución. (1948)

Esta caracterización, de un principio democrático que organiza y constituye al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (NCL), nos brinda una grilla de inteligibilidad de la jerarquía normativa, siendo que la Constitución Política del Estado es la norma fundamental y la que goza de supremacía por se el resultado de la expresión del poder constituyente popular. Por mandato de la misma Constitución los tratados internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario, como resultado de los procesos de integración, son parte del Bloque de Constitucionalidad y en consecuencia gozan de la misma supremacía jerárquica de la Constitución.

Los tratados internacionales de materias que no se relacionan a derechos humanos, tendrían una jerarquía infraconstitucional pero supralegal si los mismos son ratificados previa aprobación de un referendum vinculante, en este caso su jerarquía está justificada porque hay una expresión del pueblo mediante la democracia directa y participativa que supone el instituto del referendum.

Y finalmente, los tratados internacionales que no se refieran a derechos humanos y que no precisen previa a su ratificación de una aprobación mediante referendum vinculante, tendrán una jerarquía infraconstitucional pero equiparada a las leyes del Estado, esto debido a que actúa en su retificación el órgano legislativo, es decir, los representantes del pueblo elegidos mediante el voto, como parte del ejercicio de la democracia representativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguiló, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Bogotá: Palestra-Temis, 2004

Alexy Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Editorial Fontamara, 2017

Courtis Christian. *Observar la ley. Ensayos sobre metodología* de la investigación jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

Declaración de derechos del hoombre y del ciudadano. Consejo Constitucional Francés, en https://www.conseil-constitutionnel.fr/ visitado el 1/04/2023.

Dworin Ronald. *Los derechos en serio.* Barcelona: Editorial Ariel, 2019.

Ferrajoli Luigi. *Iura Paria. Los fundamentos de la democracia constitucional.* Madrid: Editorial Trotta, 2021.

Ferrajoli, Luigi. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional.* México: Fontamara, 2013.

Góngora Mera, Manuel Eduardo. *La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción de ius constitutionale commune latinoamericano.* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Véase: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31277.pdf (consultado el 20 de junio de 2023).

Guastini, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho.* Barcelona: Gedisa, 1999.

Guastini Riccardo. *La sintaxis del derecho.* Buenos Aires: Editorial Marcial Pons, 2016.

Locke, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil.* Madrid: Alianza, 2008.

Martínez Dalmau, Rubén; Storini, Claudia; Viciano Pastor, Roberto. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano. Garantías de los derechos, pluralismo jurídico y derechos de la naturaleza.* Buenos Aires: Olejnik, 2021.

Klatt, Matthias. *Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica en la argumentación jurídica.* Madrid: Editorial Marcial Pons, 2017.

Mounsey Chris. Ensayos y tesis. México: Editorial FCE., 2007.

Salazar Ugarte, Pedro. *Sobre el concepto de Constitución.* En Fabra Zamora, Jorge Luís; Spector Ezequiel (editores). *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*. México: UNAM, 2015.