

PABLO DERMIZAKY PEREDO, *Justicia constitucional y Estado de Derecho*, Editorial Alexander, Cochabamba, Bolivia, 2003.

Por JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO\*

1. Este pequeño libro del que fuera (primer) presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia tiene por objeto el estudio de la justicia constitucional y el Estado de Derecho en su país. En el mismo se recogen trabajos realizados por el autor durante su etapa como magistrado constitucional, de 1998 a 2001, con ocasión de su participación en diversos seminarios y conferencias nacionales e internacionales sobre asuntos relativos a la justicia constitucional. El propio autor reconoce que el funcionamiento del Tribunal Constitucional ha supuesto en Bolivia un cierto revulsivo que ha impulsado la investigación en Derecho constitucional, también la iuscomparada. Y su pretensión es precisamente contribuir al debate doctrinal sobre estas cuestiones, así como colaborar a la enseñanza de los principios vertebradores de la defensa de la Constitución, la interpretación de esta norma y del Estado constitucional.

Los estudios reunidos en este volumen recopilatorio pueden agruparse en tres grandes bloques: a) los trabajos referidos al Estado constitucional de Derecho; b) los artículos relativos a los derechos fundamentales o humanos; c) los estudios sobre la jurisdicción constitucional. A cada uno de estos bloques pasamos a referirnos.

2. En cuanto al Estado de Derecho, el autor comienza por referirse a cómo dicha expresión fue acuñada en 1832 por el jurista Robert von Mohl, quien, al contraponer el Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) al Estado del poder (*Machtstaat*) y de policía (*Polizeistaat*) de las monar-

quías absolutas, consagró un concepto que estaba llamado a hacer historia y que, como dijera Krüger, surgió como una «llamada a la lucha de la burguesía liberal frente al Estado autoritario de los príncipes». El autor destaca y analiza cuáles son los rasgos básicos de este Estado de Derecho y también se refiere a los autores clásicos que han abordado su estudio. Así, refiere que dicho Estado de Derecho supone, ante todo, el imperio de la ley (que ha de ser, además, una ley general y aprobada en un procedimiento formal) y que, en la concepción bien conocida de Schmitt, dos son sus principios básicos: el de distribución (derechos fundamentales) y el de organización (separación de poderes). Recordemos que ya von Mohl caracterizó al Estado de Derecho en su época como el «tipo del nuevo Estado, que limita su eficacia en interés de la libertad del individuo, promulga leyes precisas y proporciona tribunales para la tutela de los súbditos» («Typ des neuen Staates, der seine Wirksamkeit im Interesse der Freiheit der Individuen beschränkt, genaue Gesetze erläßt und Gerichte zum Schutz der Untertanen bereitstellt»). También examina Dermizaky la evolución del Estado de Derecho al Estado constitucional de Derecho, que habría tenido lugar con la sustitución en el siglo pasado (tras la Primera Guerra Mundial) de la legalidad formal (positivismo jurídico) en que se basaba el primero por la legalidad sustancial propia del segundo, lo que conllevaba el sometimiento de la ley no sólo a condiciones formales, sino también a condiciones materiales o sustantivas, en especial los derechos fundamentales. De

\* Doctor Europeo en Derecho (UCM). Departamento de Derecho constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

ahí precisamente que se le suele llamar también Estado material de Derecho<sup>1</sup>. Y también analiza el autor la relación del Estado de Derecho con la democracia y los problemas que a la democracia se le plantean con la globalización, así como la necesidad de que el Estado de Derecho sea eficiente y su conexión con la economía.

En otro capítulo se refiere el autor, bajo el título «legalidad y moralidad», a la necesidad de que los juristas y aplicadores del Derecho tengan no sólo una formación jurídica, sino también cultural, ética y social y alude brevemente a las relaciones entre el Derecho y la moral en la filosofía griega, en el pensamiento jurídico romano (recordando aquí los *tria iuris precepta: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, enunciados por primera vez por Ulpiano en sus *Institutiones* y recogido posteriormente en el *Corpus iuris civilis*, D. I, 1, 10, 1 y en I, 1, 1, 3) y en el pensamiento de San Agustín y Santo Tomás, así como en los inicios del constitucionalismo norteamericano. Concluye con una defensa de la

idea de Ronald Dworkin<sup>2</sup> de hacer una lectura moral de la Constitución como una parte de la interpretación constitucional.

En otro capítulo de su obra aborda Dermizaky la cuestión de los orígenes del control de la constitucionalidad y los principios en que reposa, tanto en Europa como en América, y también se refiere a los principios y valores constitucionales y su interpretación, que no ha de ser «originalista» (recuérdese la doctrina jurisprudencial norteamericana de *separate but equal*), pero sí sistemática y finalista y conforme a los principios de la *preferred position* de los derechos fundamentales, y el principio general *favor libertatis*, aparte todo ello de la necesidad de emprender una «lectura moral» de la misma en el sentido propuesto por Dworkin.

3. En cuanto a los derechos humanos, el autor estudia el concepto de los mismos, sus antecedentes históricos y, en particular, su constitucionalización como derechos fundamentales<sup>3</sup> y su interna-

<sup>1</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución», en *Historia y pensamiento. Homenaje a Luis Díez del Corral*, tomo I, Eudema, Madrid, 1987.

<sup>2</sup> Cfr. RONALD DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996 y, recientemente, en castellano, RONALD DWORKIN, «La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria», *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 7, 2002, pp. 3 ss. La Constitución ha de leerse por los jueces teniendo en cuenta el contenido moral que la misma incorpora, pues si la mayoría de las Constituciones contemporáneas proclaman derechos individuales frente al Estado en terminos muy amplios y abstractos (por ejemplo, la primera enmienda de la Constitución de los EEUU al establecer que *Congress shall make no law abridging the freedom of speech*), lo que propone la «moral reading» es que todos —los ciudadanos particulares, los abogados y, en último término, los jueces— interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas a partir del entendimiento de que las mismas «invoke moral principles about political decency and justice» y planteándonos y tratando de responder cuestiones morales más concretas, como Dworkin pretende demostrar que hacen los jueces. Esta tesis no es, en general, aceptada, por considerarse que esa lectura moral no sería democrática, lo que Dworkin trata de demostrar que no es así. Una crítica importante, entre otras muchas, puede verse en JEREMY WALDRON, «Judicial Review and the Conditions of Democracy», *The Journal of Political Philosophy*, núm. 6, 1998, pp. 335 ss. y también puede consultarse el comentario bibliográfico de RAOUL BERGER, «Ronald Dworkin's *The Moral Reading of the Constitution: A Critique*», *Indiana Law Journal*, vol. 72, núm. 4, otoño 1997.

<sup>3</sup> «Los derechos fundamentales nacen con las Constituciones. Ello supone que su acta de nacimiento es precisa: la historia de los derechos fundamentales comienza en 1776, ni antes ni después. No antes, a pesar de que con anterioridad a esa fecha, y a partir de los grandes documentos ingleses del siglo XVII (*Petition of Rights*, *Habeas Corpus Act*, *Bill of*

cionalización, para terminar abordando la problemática de su garantía, en concreto su garantía jurisdiccional por medio de la defensa de la Constitución, tema al que dedica un capítulo aparte, con referencia a las acciones de hábeas corpus y amparo en Bolivia.

4. Pero el grueso de los trabajos recopilados en esta antología de la producción constitucionalista del autor están dirigidos al análisis de la jurisdicción constitucional. El autor aborda, así, sucesivamente el origen y los rasgos distinti-

vos de los tribunales constitucionales; el concepto más amplio de jurisdicción constitucional y su desarrollo histórico; las peculiaridades de la interpretación constitucional y el dilema entre interpretación originalista o no originalista, y entre interpretación creativa y adaptable a los cambios sociales, políticos y económicos o la interpretación mecánica, así como la necesidad de combinar el criterio literal, el sistemático y el teleológico («el intérprete debe actuar con la libertad necesaria para escoger o combinar los métodos pertinentes»<sup>4</sup>); la determinación de

*Rights*), ya puede hablarse de unos derechos en el sentido moderno de la palabra, aunque en la forma de *common law* de los ingleses. A pesar también de que derechos de este tipo se encuentran desde hace tiempo en ese anticipo de las Constituciones que son las Cartas coloniales; pues las Cartas no hacen sino, con alguna excepción muy cualificada (libertad religiosa), recoger el *common law* de la metrópoli. Y a pesar, finalmente, de que en el período inmediatamente anterior a 1776 la acusación de “inconstitucionalidad” es un elemento propagandístico en el contexto de la revolución americana; porque la tesis de Lord Coke en el caso Dr. Bonham era en realidad bastante discutible». PEDRO CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, núm. 25, 1989, pp. 41-42.

<sup>4</sup> En realidad, en la moderna doctrina constitucional, en especial desde Smend, es generalmente aceptada la insuficiencia para la interpretación de la Constitución de los métodos hermenéuticos clásicos fijados por Savigny en su *System des heutigen römischen Rechts* (1840) hoy ya clásicos: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. La única posición de relevancia que ha seguido defendiendo la aplicación a la hermenéutica constitucional de los métodos clásicos de Savigny ha sido Forsthoff. Éste ha sido el autor que más competentemente se ha opuesto al método «científico-espiritual» («geisteswissenschaftliche Methode»), especialmente representado por Smend y su «sistema de valores» (influido, a su vez, por la ética material de los valores de Max Scheler frente a la ética formal de Kant): para Forsthoff, dicho método transformaría a la interpretación de la Constitución de un arte jurídico en una operación filosófica por medio de la inserción de dicha norma en un amplio contexto espiritual y, dotando a la Constitución de un contenido material, disolvería la ley constitucional en la casuística y llevaría al desarrollo del Estado de justicia con la transformación del TC como institución *sui generis* que ya no cabe comprender con la fórmula del garante de la Constitución. Por ello, sin desconocer la peculiaridad de la norma constitucional frente a la interpretación unilateral positivista de la Constitución, propugna Forsthoff una vuelta a las estrictas reglas de interpretación desarrolladas hace ya mucho tiempo por el positivismo y que constituirían el núcleo central de la cultura jurídica occidental, el auténtico «método jurídico» de interpretación. Cfr. ERNST FORSTHOFF, «Die Umbildung des Verfassungsgesetzes», en el *Festschrift für Carl Schmitt*, Duncker und Humboldt, Berlín, 1959, pp. 35 ss. Sobre la famosa obra citada de Savigny, es de destacar que, aunque no llegó a publicarse en vida, parece ser que preparaba una nueva edición de su obra y precisamente acaban de publicarse, por vez primera, sus adiciones y correcciones, editadas por JUNICHI MURAKAMI y KNUT WOLFGANG NÖRR: *Savignys Vorbereitung einer zweiten Auflage des «System des heutigen Römischen Rechts»*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2003. Hoy se reconoce de manera generalizada la peculiaridad de la interpretación constitucional. Véase, sobre la interpretación constitucional en general: KONRAD HESSE, «La interpretación de la Constitución», en su libro recopilatorio *Escritos de Derecho constitucional*, selección, introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 33 ss.; THOMAS WÜRTENBERGER, «Inter-

quién es el intérprete supremo de la Constitución y las distintas posibilidades que al respecto se ofrecen. Pero los dos capítulos más sustanciosos encuadrables en este bloque temático se refieren, por un lado, a la inconstitucionalidad por omisión y aquí aborda Dermizaky el concepto de omisión inconstitucional, lleva a cabo un análisis iuscomparado del instituto, y examina los distintos tipos de sentencias dictadas para solventar las omisiones contrarias a la Constitución<sup>5</sup>; y, por otro lado, al control de constitucionalidad en Bolivia<sup>6</sup>, esto es, a la creación normativa por la reforma constitucional de 1994 del Tribunal Constitucional, a su instauración efectiva en 1998, a su funcionamiento desde entonces y a las reformas

que Dermizaky considera convenientes respecto de dicho órgano

\* \* \*

En definitiva, el libro que se comenta resulta de interés para los estudiosos de la jurisdicción constitucional y la interpretación de la Constitución, en especial en su concreta aplicación en Bolivia, si bien las consideraciones expresadas en esta obra sobrepasan, en realidad, en su alcance, el concreto marco geográfico del país del altiplano, dado el enfoque general e iuscomparado desde el que Dermizaky ha concebido los trabajos aquí recopilados, en los que también se percibe su experiencia práctica como magistrado constitucional.

---

pretación del Derecho constitucional (desde una perspectiva realista)», traducción de Joaquín Brage Camazano, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 603 ss.; RAÚL CANOSA USERA, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988; es interesante también, por su enfoque iuscomparado, Veli-Pekka Hautamäki, «Authoritative Interpretation of the Constitution: A Comparison of Argumentation in Finland and Norway», *Electronic Journal of Comparative Law*, volumen 6.3, octubre, 2002.

<sup>5</sup> El autor toma como base de su exposición, básicamente, la obra de JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1997. También se refiere a una sentencia (manipulativa) «aditiva», según la terminología italiana, dictada por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica para sancionar una omisión inconstitucional relativa (omisión del legislador, no de la ley). Ejemplos de estas sentencias, serían las dictadas ya por bastantes tribunales constitucionales europeos extendiendo la pensión de viudedad prevista en favor de las viudas también a los viudos (para España, por ejemplo, SSTC 103 y 104/1983, entre otras) y también, ya en España: SSTC 3/1993; STC 116/1987; STC 222/1992; y STC 200/2001. Esta última suprime determinados límites específicos que operaban para el reconocimiento de una pensión de orfandad a favor de los hijos por adopción con la supuesta finalidad de evitar ciertos fraudes (supervivencia del adoptante por dos años, al menos, desde la fecha de la adopción), y que no operaban respecto de los hijos por naturaleza. Sobre el tema en los EEUU, con una problemática bien diversa y poco estudiada entre nosotros, véase ROBERT A. SCHAPIRO, «The legislative injunction: A remedy for unconstitutional legislative inaction», *The Yale Law Journal*, vol. 99, 1989, artículo que he traducido al castellano, junto con Carlos Ruíz Miguel: «El mandamiento judicial de legislar: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, números 20-21, 1997, pp. 73 ss

<sup>6</sup> Sobre ello, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia de 1994», en FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO y DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson y otras, Madrid, 1997, e ÍD., *La jurisdicción constitucional en Bolivia*, UNAM/Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, México, 2003.