

Comentarios Monográficos

DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO BOLIVARIANO. CASOS: VENEZUELA, ECUADOR Y BOLIVIA*

Juan Carlos Sánchez Lora

Abogado

Resumen: *El presente artículo analiza el nuevo modelo constitucional que se presenta actualmente en Latinoamérica y de cómo es que a través de sus postulados democráticos, busca contrarrestar o suprimir la presunta tensión en la que se han podido ver sometidos los Tribunales Constitucionales tras su supuesta falta de legitimidad democrática al anular y expulsar del ámbito jurídico, una ley aprobada por el Parlamento.*

Palabras clave: *Justicia Constitucional. Jurisdicción Constitucional. Control de constitucionalidad. Tribunal Constitucional, Venezuela, Ecuador, Bolivia.*

Abstract: *This article discusses the new constitutional model in Latin America. The tension that results from the tendency of constitutional courts to nullify democratic laws passed by congress is an issue that should be analyzed. Through democratic proposals, the model counteracts or suppresses the presumed tensions that result from the perceived lack of legitimacy of constitutional courts present in the new model.*

Key words: *Judicial Review. Constitutional Justice. Constitutional Jurisdiction. Constitutional Tribunal, Constitucional, Venezuela, Ecuador, Bolivia.*

I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los Tribunales Constitucionales, desde sus orígenes han sido los comisionados por el poder constituyente para garantizar la supremacía normativa de la Constitución, controlar los poderes del Estado y proteger los derechos y libertades de toda persona como institución esencial de los sistemas políticos democráticos. Su sistema judicial, ha sido acogido por la mayoría de los países del mundo dada la instrumentalidad y eficacia demostrada por más de dos siglos.

* Magíster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid; Master en Ciencias Políticas y Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid; Master en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla. Trabajo presentado para el Master en Derecho Constitucional (2011-2012), Universidad de Sevilla. Sevilla, mayo 2012.

A pesar de la consagración del sistema de justicia constitucional, muchos autores han mantenido su oposición a la función realizada por los Tribunales Constitucionales, arguyendo en su contra la falta de legitimidad democrática de éstos al anular y expulsar del ámbito jurídico una ley aprobada por el Parlamento como representante del pueblo electos a través del sufragio universal. Ante las incesantes críticas, los sistemas constitucionales han buscado disminuir y en su caso contrarrestar las tensiones a la que se pueden ver sometidas las jurisdicciones constitucionales.

En este sentido, a finales del siglo XX se va a gestar en Latinoamérica el llamado constitucionalismo bolivariano que con el argumento de ajustarse a las realidades y necesidades de la sociedad actual, configura una nueva visión de Estado de la mano de un sistema político en el que se busca una profundización democrática con la inclusión de la ciudadanía en la toma de decisiones esenciales del Estado. Este nuevo modelo constitucional es acogido por Venezuela, Ecuador y Bolivia; y para paliar la presunta tensión a la que han estado sujetas las jurisdicciones constitucionales por su falta de legitimidad democrática, proponen un método de participación ciudadana para imponer controles a la justicia constitucional y erradicar dicha tensión.

Bajo este mismo orden de ideas, el presente trabajo de investigación incide fundamentalmente sobre esos aspectos en donde se busca analizar ampliamente el sistema de justicia constitucional tradicional y el sistema de justicia constitucional del modelo bolivariano para determinar aquellas circunstancias que pueden evocar la falta de legitimidad democrática a la que pueden estar sometidos los jueces constitucionales y así poder responder a la siguiente interrogante: ¿Es el constitucionalismo bolivariano un instrumento innovador que en base a sus postulados de democracia participativa suprime la tensión a la que pueden estar sujetas las jurisdicciones constitucionales tras su falta de legitimidad? o ¿Realmente puede concebirse la falta de legitimidad de las jurisdicciones constitucionales al actuar y anular leyes adoptadas por un Parlamento que funge como la mayor representación soberana del pueblo?.

Se plantea entonces como Objetivo General:

- Analizar el sistema de justicia constitucional dentro del pretendido constitucionalismo bolivariano así como también los procesos que prevén sus constituciones para dotar de legitimidad democrática a las jurisdicciones constitucionales.

Y como Objetivos Específicos:

- Identificar si existe o no la supuesta tensión a la que están sujetos los Tribunales Constitucionales tras su falta de legitimidad democrática al anular leyes u otros actos que emanan de los Parlamentos.

- Examinar si los mecanismos propuestos por las constituciones bolivarianas para dotar de legitimidad democrática a los Tribunales Constitucionales en base al modelo democrático que los caracteriza, suprime la supuesta tensión a la que pudieren estar sujetos los jueces constitucionales.

- Señalar de qué forma influyen los mecanismos de democracia participativa en la función jurisdiccional que llevan a cabo los Tribunales Constitucionales.

II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU PAPEL DENTRO DE LA DEMOCRACIA

1. *Orígenes de los Tribunales Constitucionales*

Tras la concepción de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico, siempre se planteó el dilema de cómo garantizar su supremacía normativa y de cómo hacer efectivo su contenido jurídico. Sin embargo, pese a los diversos postulados que fueron

esgrimidos a lo largo de la historia conforme a corrientes ideológicas o doctrinales, la institución que se instauró con mayor cabida por su configuración efectiva fue otorgar el control de constitucionalidad de las leyes a los jueces, quienes vinculados a la Constitución han sabido procurar su supremacía frente al resto del ordenamiento jurídico.

La justicia constitucional como base del sistema democrático, puede ser entendida en su sentido lato como la función que tiene todo juez de salvaguardar la superioridad de la Constitución al desaplicar una ley u otro acto emanado de algún poder público que sea contrario al propio texto constitucional. Dicha función, puede reducirse orgánicamente en un sistema concentrado en donde un órgano especializado, comúnmente llamado Tribunal Constitucional, tendrá el monopolio de anular y expulsar del espacio jurídico aquellas leyes que fueren inconstitucionales.

En este mismo sentido, el origen de la justicia constitucional ha sido un tema ampliamente debatido por la doctrina. El primer antecedente conocido históricamente de la justicia constitucional data del siglo XVII, con la opinión esgrimida por el juez inglés Edward Coke en el caso “*The College of Physicians v. Dr. Thomas Bonham*” en el año 1610, quien determinó la idea de un derecho común -*common law*- superior a las leyes -*statutes*- emanadas del Parlamento, señalando que:

“And it appears in our books, that in many cases, the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such an Act to be void”¹

Atendiendo a la anterior opinión, ante la necesidad de controlar las arbitrariedades del Soberano –el Rey- y del Parlamento con la finalidad de garantizar la supremacía del *common law*, Coke arguye que aquel control debía ser tarea de los jueces. Por otro lado, a pesar de los intentos expuestos por el juez inglés, la doctrina de Lord Coke producto del caso Bonham’s fue trastornada en Inglaterra con la revolución de 1688, que proclamó la vigente doctrina en donde la supremacía corresponde al Parlamento y no al *common law*.²

Ahora bien, tomado este precedente histórico de la justicia constitucional, la mayor parte de la doctrina ha expresado que su origen deviene del constitucionalismo americano con el control judicial o *judicial review*, que respondió efectivamente a la racionalidad de un sistema de *check and balances* o frenos y contrapesos entre los poderes públicos, quienes parcialmente separados pudieron ser capaces de limitarse entre ellos, haciendo énfasis en la especial función asignada a los jueces para controlar al poder legislativo cuando dictare leyes contrarias al texto constitucional.

La Constitución de los Estados Unidos de 1787, en la sección segunda del artículo VI, formuló el principio de que la Constitución es el supremo derecho de la tierra que vincula a los jueces y en el caso de que cualquier disposición de las constituciones o de las leyes de los Estados miembros contradijera a la Constitución Federal, debía dársele prevalencia a esta última por ser considerada como la *supremacy clause*. Posteriormente a ello, en el año 1789 es dictada la primera enmienda constitucional, *bill of rights* o Carta de Derechos, que en otras

¹ Josiah Quincy, J. “*Reports of cases Argued and adjudged in the Superior Court of Judicature of de Province of Massachusetts Bay, between 1761 and 1772*”, Little, Brown and Company, Boston, 1865, p.522.

² Cappelletti, M. “*La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*”, Editado por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, Distrito Federal, 1987, p.55.

palabras impone explícitamente un límite al Congreso como poder legislativo, al no poder dictar ninguna ley que fuere contraria a los derechos y libertades que han sido expresamente reconocidos.³

Pese a los grandes avances que demostró el sistema americano a finales del siglo XVIII, el control judicial de la constitucionalidad no estaba expresamente establecido en la Constitución de los Estados Unidos y no fue sino hasta el año 1803, en el caso *Marbury vs. Madison*, cuando se va poner de manifiesto la doctrina del control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema sobre el Congreso, al momento en que el juez John Marshall anula por ser inconstitucional una ley federal -*Judiciary act*-⁴ que ampliaba la función original contrariamente a la definición establecida en la propia Constitución. Para llegar a tal solución, Marshall argumentó que en el supuesto de que una ley se encontrara en contradicción con la Constitución, existen dos alternativas: o se aplica la ley en cuyo caso se inaplica la Constitución, o se aplica la Constitución que de manera directa obliga a inaplicar la ley. Entre estas opciones, dio validez a la segunda consagrando la supremacía de la Constitución sobre el resto de las leyes.

A partir de la formidable sentencia proferida por el Juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*, el control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes a través del método del *judicial review* se expandió alrededor del mundo. Sin embargo, dicho método se reformula en el sistema europeo después de la Primera Guerra Mundial, con el modelo de jurisdicción constitucional o *Verfassungsgerichtsbarkeit*, surgido en la Constitución austríaca del 1 de octubre de 1920 tras el planteamiento formulado por el jurista Hans Kelsen, según se dispone en el artículo 140 de la Ley Constitucional-Federal por la que Austria se erige en Estado Federal, y establece:

El Tribunal Constitucional conoce de la inconstitucionalidad de las leyes de land a instancia del Gobierno federal, de la inconstitucionalidad de las leyes federales a instancia de un Gobierno de land, así como de oficio en la medida en que una de estas leyes sea presupuesto de una sentencia del Tribunal Constitucional.

El recurso mencionado en el apartado 1 puede ser presentado en cualquier momento; el recurso debe ponerlo inmediatamente en conocimiento del correspondiente Gobierno de land o federal.

La sentencia del Tribunal Constitucional por la que una ley es derogada por inconstitucional obliga al Canciller federal o al correspondiente Presidente (Landeshauptmann) de land a la inmediata publicación de la derogación; la derogación entra en vigor el día de la publicación, a menos que el Tribunal Constitucional fije un plazo para la misma. Este plazo no puede exceder los seis meses.

Lo dispuesto en el artículo 79, apartado 1, no es de aplicación al control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional.

El sistema de control de constitucionalidad europeo se caracteriza, fundamentalmente por presentarse como un proceso autónomo tramitado ante un órgano único e independiente

³ García de Enterría, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, en especial pp. 125-126.

⁴ La *Judiciary act* fue la ley aprobada el 24 de septiembre de **1789** en primera sesión por el Primer Congreso de los Estados Unidos que crea el poder judicial federal de EE.UU, que según el artículo III, sección 1 de la **Constitución** se dispuso que sería ejercido por la Corte Suprema, y los tribunales inferiores que el Congreso haya establecido para tal fin.

como lo es el Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, a requerimiento de terceros estrictamente legitimados para interponer el recurso –Jefes de gobierno, minorías parlamentarias, organismos de protección de los Derechos Fundamentales, entre otros- en el cual la constitucionalidad la norma se va a decidir en un proceso específico, cuyo contenido se agota en la obtención de un pronunciamiento acerca de la validez o constitucionalidad de la norma sometida a control con efectos generales o *erga omnes*.⁵

Al hilo de las ideas anteriores el modelo europeo de *Verfassungsgerichtsbarkeit*, se diferencia del sistema americano, en que éste último tiene lugar cuando cualquier juez, en el transcurso de un proceso, resuelve de manera incidental la posible inconstitucionalidad de una norma aplicable al caso en concreto, dictando el fallo -en caso de que la norma sea inconstitucional- como si la norma en cuestión no hubiere existido con efectos *inter partes*; mientras que el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional, se va a concentrar en un órgano especializado denominado Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, la función de decidir con efectos *erga omnes* todas las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes y demás actos emanados del Poder Público en ejecución directa de la Constitución con efectos *ex nunc* o excepcionalmente con efectos *ex tunc* de manera retroactiva.

Por otra parte, con mucha antelación al modelo europeo de control de constitucionalidad, desde mediados del siglo XIX se desarrolló en algunos países latinoamericanos el recuso de inconstitucionalidad de las leyes y el recurso de amparo para garantizar los derechos fundamentales frente a cualquier acto estatal, tal como se consagró en el artículo 113.8 de la Constitución Venezolana de 1858 al prever la acción popular de inconstitucionalidad que sería competencia de la antigua Corte Suprema y la Constitución del Estado de Yucatán en México de 1841 que dispuso el recurso de amparo, que posteriormente sería de aplicación federal con el acta de reforma constitucional de 1847.

Ahora bien, actualmente el modelo de justicia constitucional como defensa de la supremacía normativa de la Constitución que ha sido recogido en gran parte en las constituciones latinoamericanas, se presenta como una mixtura entre el método americano y el europeo en lo que respecta a la entidad que ejercerá el control de constitucionalidad, las competencias de la jurisdicción constitucional, el momento en que se puede llevar a cabo el control, los sujetos legitimadamente activos para solicitar el control, entre otros aspectos, lo que a todas luces se presenta como una evolución al sistema de control de constitucionalidad.

En orden a lo anterior, haciendo alusión a las características que han sido señaladas por el jurista Humberto Noguera Alcalá⁶ para explicar la hibridación latinoamericana del control de constitucionalidad, resulta necesario precisar una serie de elementos que van a distinguirlo tangencialmente al modelo americano del *judicial review* y el modelo europeo de *Verfassungsgerichtsbarkeit*, como pueden ser los siguientes:

a) La tipología en cuanto a la existencia o no de una jurisdicción constitucional centralizada especializada o si el control es descentralizado y desarrollado por los órganos jurisdiccionales ordinarios.

⁵ Cruz Villalón, P.: “La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p.31-32.

⁶ Nogueira A. H. “La jurisdicción constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI”, Editorial Porrúa, México, 2004, pp. 61-65; véase también Brewer-Carías, A. “*Judicial Review in Comparative Law*”, Cambridge University Press, Cambridge 1989.

En el primero de los casos, es el que se presenta en aquellos países en donde el control de constitucionalidad es ejercido exclusivamente por una jurisdicción especializada con independencia funcional como lo puede ser en un Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia a tenor de lo previsto en el artículo 196.I de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia) o en Salas Constitucionales de Cortes Supremas de Justicia (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Política de la República de Costa Rica en concordancia con el artículo 4 de la Ley de la jurisdicción constitucional costarricense).

En el otro vértice encontramos el control de constitucionalidad ejercido por todos los jueces ordinarios de una forma similar a la presentada en el sistema americano de *judicial review*, como se dispone en el caso argentino según lo previsto en los artículos 43 y 116 de la Constitución Nacional de la República de Argentina.

Por otro lado, el control de constitucionalidad se puede desarrollar complementariamente por órganos jurisdiccionales ordinarios como también por una jurisdicción constitucional especializada centralizada en un Tribunal Constitucional. Este mecanismo de justicia constitucional puede subclasificarse en los conocidos modelos dual o paralelo y mixto o integral. En el primero de ellos –sistema dual o paralelo- existe un control que se ejerce por los tribunales ordinarios con efectos *inter partes* y paralelamente un control concentrado que lleva a cabo un Tribunal Constitucional con efectos *erga omnes* en donde no existirá vinculación en ningún momento entre un sistema y otro (ejm.: caso peruano según se dispone en los artículos 138 y 201 de la Constitución Política del Perú en donde hay un control que ejerce todos los jueces ordinarios en un caso concreto y por otro lado un control abstracto ejercido por el Tribunal Constitucional). En lo que respecta al segundo supuesto –sistema mixto o integral- igual que el sistema dual o paralelo, hay un control ejercido por los tribunales ordinarios con efectos *inter partes* y un control concentrado que lleva a cabo una jurisdicción constitucional especializada, sin embargo, se distinguen en que dentro de este sistema podrá existir una vinculación entre ambos sistemas al momento en que la jurisdicción especializada podrá intervenir –una vez proferida la sentencia del juez ordinario- a revisar y en su caso transformar los efectos de la misma (ejm.: caso venezolano según se dispone en el artículo 334 en concordancia con el artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

En un sentido opuesto a lo anterior, existe otro modelo en el que el control de constitucionalidad puede encontrarse concentrado en un órgano jurisdiccional no especializado como las Cortes Supremas, que conocerán aquellas materias correspondientes a las jurisdicciones constitucionales tal como se presenta en el caso mexicano en donde la Suprema Corte de Justicia de conformidad con lo establecido en el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

b) Las competencias que se establecen a favor del órgano u órganos que realizan el control de constitucionalidad que suelen distinguirse en:

- Un control total, en donde el órgano de jurisdicción constitucional controlará todos los actos con valor y rango de ley, así como también los actos u omisiones inconstitucionales.

- Un control parcial, el cual puede ser restringido o amplio. El primero de ellos tiene lugar cuando el control es realizado solamente sobre normas jurídicas, mientras que el segundo cuando la jurisdicción constitucional además de lo anterior, conocerá de algunos actos u omisiones consideradas inconstitucionales.

- Un control limitado, en donde la jurisdicción constitucional sólo realizará el control de constitucionalidad de las leyes así como también los conflictos de competencia entre los Poderes Públicos o entre los órganos descentralizados.

c) En cuanto al momento en que se llevará a cabo el control de constitucionalidad ya que el mismo puede ser preventivo, represivo o mixto. El control preventivo tendrá lugar antes de que la norma forme parte del ordenamiento jurídico; el control represivo al momento en que la norma ya forma parte del ordenamiento jurídico; y el control mixto en el que se incluyen tanto el preventivo como el represivo.

d) Uno de los elementos esenciales que van distinguir de manera enfática el sistema de control de constitucionalidad latinoamericano con el modelo americano y europeo, se va configurar desde la legitimidad activa para ejercer el control de constitucionalidad.

En muchos países latinoamericanos existe una legitimación activa amplísima al admitir la acción popular de constitucionalidad, en donde cualquier persona puede solicitar ante la jurisdicción constitucional la nulidad de una norma por considerar que la misma es inconstitucional. Del mismo modo la jurisdicción constitucional podrá conocer de ciertos asuntos actuando de oficio para proteger los intereses generales del Estado o los derechos fundamentales de las personas. (ejm. Venezuela y Colombia)

Por otro lado, en otros países latinoamericanos existe una legitimación activa amplia, al momento en que la jurisdicción constitucional puede pronunciarse a solicitud de personas o grupos que tengan un interés legítimo o un derecho comprometido. Asimismo las jurisdicciones constitucionales podrán conocer de oficio en aquellas competencias específicas que le han sido atribuidas, e igualmente tendrá la facultad de pronunciarse a requerimiento de determinados órganos o autoridades del estado.

En último lugar tenemos la legitimación restringida que se presenta en el sistema europeo, donde la jurisdicción constitucional sólo podrá pronunciarse a requerimiento de determinados órganos constitucionales como lo son el gobierno, minorías parlamentarias, defensor del pueblo, entre otros.

e) Según el parámetro de control de constitucionalidad utilizado por las jurisdicciones constitucionales puede calcificarse en único o plural. Es único cuando el control viene dado exclusivamente bajo el parámetro de la Constitución; y plural cuando el bloque de constitucionalidad para llevar a cabo el control de constitucionalidad, viene consustanciado entre la Constitución y los tratados internacionales atinentes a los derechos humanos.

En síntesis a todas las características previamente descritas, el sistema de control de constitucionalidad que se presenta actualmente en Latinoamérica conforme a los elementos antes mencionados, es un sistema que en acogida a los modelos americano y europeo, los ha adoptado y revolucionado conforme a las situaciones fácticas del Estado constitucional contemporáneo para así garantizar la supremacía normativa de la Constitución y la protección efectiva de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos precisamente como consecuencia a los cambios globales que sucesivamente se han presentado en la sociedad.

Al hilo de las anteriores consideraciones, lo importante de todo ello es que a partir del sistema americano del *judicial review* y del método europeo de control concentrado de la constitucionalidad se ha podido explicar el origen del Tribunal Constitucional, quien en palabras de Pedro de Vega ha emergido históricamente como un instrumento de defensa de la

Constitución consecuente a la supremacía normativa que ostenta la misma y se ha consolidado por la mayoría de las constituciones de diversos países mundo.⁷

2. Competencias fundamentales de los Tribunales Constitucionales

Los Tribunales Constitucionales son configurados como la piedra angular de todo sistema democrático cuya función primordial ha sido salvaguardar la supremacía normativa de la Constitución. Para llevar a cabo tal función, las constituciones le han atribuido el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes y otros actos con rango de ley, siendo que las decisiones que sean proferidas por estos Tribunales deberán ser acatadas por los poderes públicos y los particulares, dada la influencia incisiva que tendrán dichos fallos sobre el ordenamiento jurídico.

Como ha sido previamente destacado, los Tribunales Constitucionales fueron creados para conocer de manera exclusiva e independiente de la justicia ordinaria y el resto de los poderes públicos, lo que es la materia contencioso constitucional al aplicar el control concentrado de la constitucionalidad,⁸ así como también tutelar los derechos fundamentales para controlar a los poderes del Estado cuando estos se excedieren de los límites que han sido previstos en la Constitución al reconocer los derechos y libertades de todas las personas.

En otro orden de ideas, los textos constitucionales -mayormente los europeos- han añadido sucesivamente competencias a las jurisdicciones constitucionales en otras materias que guardan relación con el proceso político y los derechos fundamentales, que singularmente varían según el ordenamiento jurídico de cada país y conforme al derecho comparado pueden destacarse las siguientes: el control previo de la constitucionalidad sobre los tratados internacionales, el control de los actos emanados de los poderes públicos dictados en ejecución directa de la Constitución, el recurso de revisión constitucional contra las sentencias definitivamente firmes de amparo y control de constitucionalidad por parte de los Tribunales ordinarios que han aplicado el método difuso o *judicial review*, interpretar la Constitución pues "...una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte..."⁹ resolver los conflictos de competencias constitucionales o políticos planteados entre los órganos o poderes secundarios, tutelar los derechos y libertades de toda persona a través del recurso general de amparo o los llamados recursos sectoriales -*habeas corpus*, recursos electorales, acciones populares, etc.- que dependerán del tipo de derecho lesionado, entre otras competencias.

Sobre este particular, es importante destacar que como consecuencia del cúmulo de competencias que han sido asignadas sucesivamente a las jurisdicciones constitucionales, indudablemente les han convertido a nivel Estatal como la institución más poderosa dentro de los sistemas democráticos tal como lo demuestra en la actualidad el Tribunal Constitucional español, en donde el juez constitucional se ha convertido en la base del consenso frente a la incapacidad del sistema político para estructurar la propia política y a la sociedad a través de

⁷ De Vega, P. "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, N° 7, 1979, p. 96.

⁸ García de Enterría, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 13.

⁹ *Ibidem*, p. 186.

acuerdos básicos que se acoplan a la tesis del “Derecho Dúctil” propuesta por el jurista italiano Gustavo Zagrebelsky.¹⁰

3. *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional.*

Desde la creación de la jurisdicción constitucional como guardián de la supremacía normativa de la Constitución, se ha formulado un incesante debate en determinar la verdadera naturaleza de los Tribunales Constitucionales precisamente a la vinculación que mantienen dichas instituciones entre lo político y lo jurídico, es decir, si su función ha de corresponder a una institución política o realmente a un verdadero Tribunal con funciones jurisdiccionales.

La polémica surgió en los últimos tiempos de la República de Weimar durante los años 1929 a 1933, tras el enfrentamiento producido entre dos grandes juristas como lo fueron Hans Kelsen y Carl Schmitt. Esta disputa giró en torno a la institución a la que se le debía atribuir la obligación de defender a la Constitución ante las violaciones que pudieran poner en peligro su contenido y efectividad. Ambos juristas coincidieron en la necesidad de reconocer una figura que pudiese defender el texto constitucional, pero difirieron en la institución que debía cumplir con dicha función, pues para Kelsen -*garante* de la Constitución- debía otorgársele a un órgano *ad hoc* denominado *Verfassungsgerichtsbarkeit* o Tribunal Constitucional, mientras que para Schmitt tal función debía recaer en la figura del *Reichspräsident* o Jefe de Estado.

El fundamento del enfrentamiento entre estos juristas viene motivado en que por un lado, para el primero de ellos -Kelsen- el Estado propiamente dicho es el derecho y la Constitución en abstracto es concebida como una norma jurídica axiológicamente pura y desprovista de cualquier componente no estrictamente normativo; a diferencia del planteamiento de Schmitt en donde la Constitución venía a expresar una serie de decisiones políticas que podían verse amenazadas por un pluralismo destructivo y sobre la cual coexisten dos principios diferentes como lo son la representación y la identidad. En otras palabras la motivación que configuró el debate vino resumido en la concepción disímil que tenían estos juristas de lo que era la Constitución y el Estado.

Tras el planteamiento esgrimido por el jurista austríaco Kelsen en que la Constitución posee un carácter normativo y que su contenido y rigidez debe ser salvaguardado por un Tribunal Constitucional, surge entonces el contraargumento del jurista alemán Schmitt señalado en sus obras *Der Hüter der Verfassung* en *Archiv des öffentlichen Rechts* (1929) y *Das Reichsgericht als Hüter Verfassung* (1929), a través de las cuales defiende la naturaleza política de los Tribunales Constitucionales al argüir que éstos no pueden garantizar el cumplimiento de la Constitución y a su vez asegurar la efectividad jurídica de la misma en aquellos casos en que la ley y el texto fundamental quedan plenamente alejados de la subsunción de la norma, ya que la compatibilidad entre dos normas de derecho no corresponde a un verdadero litigio y nada tiene que ver con el sentido procesal y técnico de lo que es la función jurisdiccional al aplicar la ley al supuesto concreto de hecho.¹¹

A pesar de los argumentos de Schmitt a través de los cuales alertaba el peligro que implicaba la imposibilidad que tenían los jueces constitucionales de garantizar ciertas segurida-

¹⁰ Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1997.

¹¹ Lombardi, G.: *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Editorial Tecnos, Madrid, 2009, en especial pp. LXII.

des mediante una operación de subsunción de una norma en otra norma constitucionalmente opuesta, lo cierto del caso es que en la actualidad la concentración del control de constitucionalidad en un organismo que aplica métodos y criterios jurisdiccionales -Tribunales Constitucionales-, se ha difundido en todos los Estados tras la aceptación irrefutable del contenido normativo de la Constitución, así como también la posibilidad que tienen estas instituciones de colmar a través de la capacidad integradora del ordenamiento jurídico, las lagunas que puedan producirse tras la imprecisión y amplitud que demuestran las normas constitucionales, pues como lo ha reseñado la hermenéutica moderna la aplicación del derecho es más que su aplicación, ya que conlleva actos de creación y en cierta medida de libre decisión.¹²

En último extremo, debe entonces distinguirse que la naturaleza de los Tribunales Constitucionales corresponde a una función jurisdiccional en donde la sustancia política que pesa sobre estas instituciones se convierte en una situación secundaria propia de la controversia que debe resolverse. Aunado a ello, resulta preciso apuntar que los jueces constitucionales al igual que el resto de los poderes públicos se encuentran sometidos a la Constitución; no obstante, la función que se les atribuye como garantes máximos de la supremacía normativa de la Constitución al enjuiciar las leyes en aplicación de los parámetros dispuestos en los textos fundamentales y los principios jurídicos que inspiraron a los constituyentes, ha resultado ser históricamente conforme al derecho comparado, la institución más eficaz que permite mantener la estabilidad democrática en aquellos países que les han reconocido y adoptado dentro sus sistemas constitucionales.

4. *Tensión en la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional como poder contramayoritario sobre el parlamento electo a través del sufragio universal.*

El juez constitucional *per se* es una autoridad a la cual el constituyente le ha atribuido la función protectora de la supremacía normativa de la Constitución, al expulsar del ámbito jurídico una ley o alguna norma que contraría el contenido y espíritu del texto constitucional. Por otro lado, desde que se atribuyó esta función a la jurisdicción constitucional, gran parte de la doctrina ha expresado su enorme rechazo a que los jueces declaren la inconstitucionalidad y anulen una ley que proviene de un Parlamento que ha sido electo democráticamente por un período determinado a través del sufragio universal, situación esta que ha planteado en la práctica grandes problemas políticos y a su vez diatribas teórico-dogmáticas en contra de las jurisdicciones constitucionales, las cuales a continuación pasan a formularse.

A. *Problemas políticos suscitados en la práctica contra los Tribunales Constitucionales*

En primer lugar, en contra de la consagración y establecimiento de la justicia constitucional en gran parte de los sistemas democráticos alrededor del mundo, uno de los países que ha manifestado históricamente su rechazo al control judicial ha sido Francia desde el siglo XVIII, sustentando a los efectos el principio asambleario jacobino basado en el carácter representativo absoluto de la voluntad general que alimenta la soberanía parlamentaria, en donde no puede existir ningún otro poder que la supedita y en caso de algún conflicto de inconstitucionalidad, será la propia Asamblea quien controlará tal controversia a través de la

¹² Zagrebelsky, G. *La giustizia costituzionale*, Editorial Il Mulino, Bolonia, 1998, en especial pp. 39-72; y Sospedra, M. *El Tribunal Constitucional como órgano político*, Obra colectiva del Tribunal Constitucional, vol. II, Madrid, 1984, en especial pp. 1785-1814.

técnica del *référé législatif*, que particularmente obliga al juez a consultar a la Asamblea cuando encontrare dudas respecto a la interpretación de una ley.¹³

En contraposición al sistema francés, los Estados Unidos de América quien se presenta como el país con mayor tradición y consolidación en lo que respecta al sistema de justicia constitucional caracterizado por su realismo y pragmatismo en comparación con el sistema europeo, pese a su larga trayectoria de más de doscientos años, la crítica contramayoritaria de los jueces constitucionales ha sido constante por parte de juristas, académicos e incluso presidentes de dicho país.

Thomas Jefferson, el tercer presidente de los Estados Unidos de América (1801-1809) siempre negó que el control judicial ratificado en la espectacular sentencia *Marbury vs. Madison*, significare que la Corte Suprema tiene la última palabra, pues aducía que cuando los poderes deben actuar en sus respectivos ámbitos, pueden legítimamente interpretar la Constitución de una forma distinta. De manera similar, el presidente Abraham Lincoln (1861-1865) tras la posición asumida por la Corte Suprema en la sentencia *Scott vs. Sandford* del año 1857,¹⁴ criticó el respectivo fallo arguyendo que la esclavitud no era una cuestión jurídica sino política y en el discurso de toma de posesión de su mandato en el año 1861, negó que la Corte Suprema tuviese la última palabra en cuestiones constitucionales.¹⁵

Estas inquietudes respecto al control judicial de la constitucionalidad de las leyes persistieron en ciertos grupos sociales y para inicios del siglo XX se gesta la tesis del llamado “gobierno de jueces” formulada por el jurista francés Edouard Lambert en su obra *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* y acogida por el expresidente Theodore Roosevelt (1901-1904) al replicar en el año 1912 ciertas sentencias de la Corte Suprema en las que condenó la intervención legislativa en materia económica.

En el año 1937, el entonces presidente Franklin D. Roosevelt durante su segundo mandato materializa una pugna frontal en contra de la Corte Suprema, quien a través de sus sentencias *Carter vs. Carter Coal Company* (1936), *West Coast Hotel vs. Parrish* (1937) y *National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin Steel Corporation* (1937), revertía la legislación del *New Deal*¹⁶, aprobado por el Congreso de los Estados Unidos cuyo fin era paliar los destellos producidos en el país tras la crisis de 1929.

Ante tal confrontación, el Presidente Franklin D. Roosevelt va a retrotraer el viejo argumento contramayoritario de los jueces, quienes a través de sus fallos echaban abajo un programa económico nacional que contaba con el apoyo de más de cien millones de ciudada-

¹³ García de Enterría, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., pp.164-165.

¹⁴ El caso *Scott vs. Sandford* fue una sentencia muy controvertida en gran parte de la sociedad estadounidense, ya que la Corte Suprema declaró que todos los negros -fueren esclavos o no-, no son y nunca podrían llegar a ser ciudadanos de los Estados Unidos. Asimismo, declaró inconstitucional el Compromiso de Missouri de 1820, motivo por el cual se permitió la esclavitud en todo el territorio del país norteamericano.

¹⁵ Beltrán de Felipe, M. y González, J. V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005, en especial pp. 18-49.

¹⁶ El *New Deal* es conocido como el programa de política económica keynesiana, presentado por el Presidente Franklin D. Roosevelt tras la crisis de 1929, que consistía en aplicar políticas de gasto, regulación del proceso productivo con la participación activa del Estado dentro del mercado.

nos. Es por ello que Roosevelt en el año 1937, opta por poner en práctica el llamado *Court packing plan*, que correspondía a una ley que autorizaba al Presidente a adoptar ciertas medidas atinentes a la organización jurisdiccional donde se le facultaba a nombrar a una especie de jueces adjuntos a los jueces que venían conformando la Corte Suprema y a su vez permitiría adelantar la edad de jubilación y ampliar la plantilla de jueces de la Corte de nueve a quince miembros. Tras la conmoción política, social y constitucional que produjo el *Court packing plan*, finalmente fue rechazado por el Senado.

A pesar de esto, desde que se sometió el proyecto de ley de reforma jurisdiccional a la aprobación del Congreso, el *Court packing plan* produjo efectos amedrentadores a los jueces de la Corte Suprema, quienes de manera sistemática cambiaron la línea jurisprudencial en respaldo de las medidas económicas nacionales, tal como se dispuso en la mencionada sentencia *West Coast Hotel vs. Parrish (1937)*,¹⁷ a través de la cual se refrendó la constitucionalidad de la *Ley de Washington* del año 1932, que establecía un salario mínimo para las mujeres, ya que la libertad contractual¹⁸ no estaba prevista de manera expresa en la Constitución y a razón de ello tal libertad no podía considerarse ilimitada.

Del mismo modo en la destacada sentencia *National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin Steel Corporation (1937)* la Corte Suprema confirma la constitucionalidad de la *National Labor Relations Act* del año 1935,¹⁹ que garantizaba la libertad sindical en empresas de ámbito comercial interestatal y en empresas cuya actividad afectase a dicho comercio. Tal sentencia dio un giro de ciento ochenta grados a lo que fuere establecido en el asunto *Carter vs. Carter Coal Company*, puesto que en el caso de marras se permitió que la Federación regulara aspectos que abarcan las relaciones laborales. Años posteriores al *Court packing plan* de Roosevelt y a los cambios jurisprudenciales realizados por la Corte Suprema de los Estados Unidos durante sus períodos presidenciales -conocido como revolución constitucional-, presidentes como Richard Nixon (1969-1974) y Ronald W. Reagan (1981-1989), mantuvieron su posición en contra de la Corte, haciendo eco a los efectos del argumento contramayoritario de los jueces.

Es conveniente traer a colación las críticas a la las que estuvo sometida la Corte Suprema de los Estados Unidos durante el período en la que fue presidida por el jurista Earl Warren (1953-1960). Esta fase fue reconocida como la Corte Warren y se caracterizó fundamentalmente por mantener un fuerte activismo social en la preservación de los derechos fundamentales pues a través de sentencias como *Cooper vs. Aaron (1958)*, *Brown vs. Board of Education*, *Mapp vs. Ohio (1961)*, *Baker vs. Carr (1962)*, *New York Time vs. Sullivan (1964)*, entre otras, que erradicaron la segregación en las escuelas y en los espacios públicos, consagraron efectivamente el derecho a la defensa y el debido proceso, reordenaron y redefinición de los distritos electorales y garantizaron el derecho a la libertad de expresión sin que existiere ningún tipo de activismo por parte del Congreso o de las Asambleas estatales.²⁰

¹⁷ Beltrán de Felipe, M. y González, J. V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, op. cit., pp. 229-233.

¹⁸ La libertad contractual venía siendo protegida según la doctrina configurada en la sentencia *Lochner vs. New York* del año 1905, por el derecho al proceso debido en el sentido de que el patrono y trabajador tenían derecho a negociar y a determinar las condiciones del trabajo sin injerencias del gobierno.

¹⁹ Beltrán de Felipe, M. y González, J. V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, op. cit., pp. 233-239.

²⁰ Newton, J. **Justice for all: Earl Warren and the Nation he made**, Riverhead Books, USA, 2006, en especial p. 405.

Por otra parte, en lo que respecta al ámbito europeo resulta preciso hacer mención al Tribunal Constitucional español, quien en la actualidad ha sido objeto de críticas tanto en sede política como académica tras haber enjuiciado la constitucionalidad del Estatuto de Cataluña en su sentencia 31/2010 a través de la cual interpretó y anuló una serie de artículos por ser inconstitucionales. Al Alto Tribunal se le reprochó su falta de legitimidad al haber sido capaz de anular una serie de artículos e incluso disposiciones del preámbulo -a las que reconoce su valor normativo- de un Estatuto que además de contar con la aprobación del Parlamento Autonómico de Cataluña y de las Cortes Generales, se encontraba refrendado por el electorado de dicha Comunidad.²¹

Asimismo, los debates en contra de los Tribunales Constitucionales se han presentado en países latinoamericanos como por ejemplo puede aludirse a un caso que en el año 2007 generó grandes controversias en la República Bolivariana de Venezuela. Me refiero al enfrentamiento suscitado entre la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la Asamblea Nacional venezolana producto de la sentencia Nro. 301 de fecha 27 de febrero de 2007 (*caso: Adriana Vigilanza y Carlos A. Vecchio*), en la que mencionada Sala al conocer de una acción popular de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Impuesto sobre la Renta se extralimitó en sus funciones, ya que inadmite la respectiva acción y posteriormente pasó de oficio a reformar artículos de dicha ley que en ningún momento habían sido impugnados.²²

En vista de tal situación, la Asamblea Nacional confrontó a la Sala Constitucional rechazando el fallo de marras por considerarla inconstitucional al tratarse de una usurpación de poderes tras haber asumido funciones que exclusivamente correspondían al poder legislativo y consecuentemente a ello exhortó al pueblo a inaplicar el dispositivo del fallo atinente a la reforma que habría hecho sobre la citada ley e inició una investigación para determinar las responsabilidades a las que hubiere lugar.

B. *Problemas teórico-dogmáticos de la presunta falta de legitimidad democrática de los Tribunales Constitucionales*

Los problemas coyunturales producidos en contra de las jurisdicciones constitucionales, han estado sustentados en corrientes teóricas que ponen en cuestionamiento la falta de legitimidad democrática de los jueces constitucionales para garantizar la supremacía de la Constitución.

Estas teorías parten del fundamento en que la ley desde el punto de vista democrático emana de una autoridad (Parlamento) que representa fundamentalmente al pueblo y por el mero hecho de que sus miembros sean electos a través del sufragio universal, todo acto que

²¹ En Italia se ha presentado una polémica entre el Primer Ministro italiano Silvio Berlusconi y la Corte Costituzionale, quien mediante sentencia Nro. 262/2009 de fecha 07 de octubre de 2009, declaró la inconstitucionalidad de la Ley de inmunidad Nro. 124 en la que se disponía dentro de su articulado la suspensión del proceso penal respecto de altos cargo del Estado. La Corte Costituzionale anuló dicha ley, arguyendo que la misma contrariaba ciertas disposiciones constitucionales como lo es el principio de igualdad y que la inmunidad de los Altos Cargos del Estado no debían legislares mediante ley ordinaria sino mediante ley constitucional. Ante tal situación, el Primer Ministro Berlusconi (plenamente beneficiado por la citada ley ante las controversias a las que ha estado sometido en estos últimos años y los procesos penales que se siguen en su contra) cuestiona el respectivo fallo tachándolo como político y poniendo en entredicho la legitimidad de la Corte al anular una ley emanada del Parlamento.

²² Brewer-Carías, A. "El juez constitucional en Venezuela como legislador positivo de oficio en materia tributaria", *Revista de Derecho Público*, N° 109, 2007, pp. 193-198.

sea dictado bajo su autoridad se encuentra revestido de legitimidad democrática. Cuando la jurisdicción constitucional en aplicación de criterios jurídicos controla la constitucionalidad de una ley, surge entonces la cuestión de cómo un juez que carece de legitimidad democrática al no ser designado ni electo conforme a criterios democráticos por un período determinado a través del sufragio universal, puede ser capaz de declarar la inconstitucionalidad y anular una ley que se encuentra dotada de un amplio margen de legitimidad democrática, imponiéndose contrariamente a una decisión adoptada por la mayoría de la ciudadanía.

La primera de estas teorías fue formulada en el año 1921, cuando el mencionado jurista francés Edouard Lambert realizó un examen crítico al control judicial implementado en el constitucionalismo americano tras el excesivo protagonismo que se concede a los jueces constitucionales en el sistema institucional estadounidense. Dicha crítica, denominada “gobierno de los jueces” que coincidió con la posibilidad de que el control judicial americano fuese acogido en su país durante la Tercera República, motivó a éste a prevenir los posibles riesgos que acarrearía la concepción del *judicial review* a la hora de irrumpir justamente en el principio de separación de poderes, ya que los jueces alteran su equilibrio al usurpar funciones que corresponden exclusivamente a otros poderes e indirectamente someten al pueblo a una Constitución que es erigida por los propios jueces.

Sin embargo, Lambert hace suyas las soluciones que venían siendo propuestas por los progresistas norteamericanos para remediar el activismo judicial, destacando que se debían: a) Ampliar el ámbito de participación del pueblo en la selección de los jueces como respuesta a la firme vocación democrática del sistema estadounidense; y b) Potenciar la aplicación administrativa del derecho, en donde el control judicial no fuere casuístico sino que el mismo se aplicara en interés general como categoría dotada de sustantividad propia, cuya definición correspondía insoslayablemente al legislador y no como bifurcación de las decisiones judiciales atributivas de derechos y obligaciones a las partes.²³

Posteriormente en la década de los sesenta, el jurista Alexander M. Bickel -conocido por su manifiesta oposición al *judicial review*- en su obra *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, denomina como “*The Counter-Majoritarian Difficulty*” la facultad que poseen los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes. En dicha obra señala que el juez Marshall al resolver el caso *Marbury vs. Madison* erró al argumentar que la Constitución era la expresión máxima del pueblo sobre la cual debían regirse los jueces ante la colisión que pudiese presentar alguna norma, de modo que cuando la Corte Suprema anulaba una ley o algún acto del poder ejecutivo, amenaza la voluntad de representación del pueblo actual pues el control no lo realizaba en nombre de la mayoría imperante, sino en contra de ella.²⁴ Como consecuencia de tales apreciaciones, Bickel enfatiza que el sistema de control judicial de las leyes constituía un acto antidemocrático.

Precisadas las críticas a las que ha estado sujeta la justicia constitucional desde su formulación respecto a la falta de legitimidad democrática de los jueces constitucionales, Víctor Ferreres Comella en su libro *Justicia Constitucional y Democracia*, analiza la función que ejercen los Tribunales Constitucionales al controlar que las leyes emanadas del Parlamento respeten los derechos y libertades que han sido reconocidos y garantizados por la Constitu-

²³ Lambert, E. *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos. La experiencia americana de la constitucionalidad de las leyes*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, en especial pp. XV-XXI.

²⁴ Bickel, A. *The Least Dangerous Branch*, Boobs-Merrill Educational Publishing, Indianapolis, 1962, en especial pp.16-17.

ción. Bajo este punto de partida, Ferreres señala que el juez constitucional al determinar la compatibilidad entre el contenido de una ley u otro acto emanado de algún poder público y las disposiciones que integran el propio texto fundamental, debe imperiosamente llevar a cabo una labor interpretativa sobre dichos textos lo que en ciertas ocasiones puede resultar incompatible con los principios democráticos.²⁵

A su juicio, el control judicial de las leyes tiene dos peculiaridades a las cuales debe prestárseles gran atención. Por un lado, la indeterminación que envuelve a la mayoría de las disposiciones que forman parte del ordenamiento jurídico, en especial las que componen el texto constitucional que suelen ser enunciativas y muy genéricas, a diferencia de lo que ocurre con el resto de las leyes cuyas normas están estructuradas bajo un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; y por el otro, la apreciación que deben tener los jueces constitucionales al ejercer el control sobre una ley que se encuentra revestida de legitimidad democrática por el hecho de haber sido aprobada por un Parlamento electo democráticamente.

En alusión a tales características, destaca tres circunstancias que podrían provocar la aparición de una objeción democrática en contra de los jueces constitucionales, que precisamente corresponden al argumento contramayoritario en contra de la justicia constitucional que se ha generado desde su gestación. Estas circunstancias responden efectivamente a las siguientes precisiones:

a) La menor legitimidad democrática que pueden tener los jueces constitucionales al enjuiciar una ley que emana de un Parlamento que ha sido electo periódicamente por la ciudadanía a través del sufragio universal en contraposición a los jueces constitucionales en donde su elección y designación se mantiene alejada de la participación ciudadana.

b) La rigidez que posee la Constitución sobre la cual el Parlamento no puede contrarrestar fácilmente los efectos producidos en la decisión proferida por juez constitucional al declarar la nulidad de una ley, pues en este caso la única solución que podría plantearse de manera democrática es la tramitación de una reforma constitucional, que singularmente corresponde a un procedimiento tedioso a la hora de que el Parlamento lo instruyera por cualquier decisión que emane de la jurisdicción constitucional.

c) La controvertibilidad interpretativa de la Constitución, pues la interpretación del texto constitucional es conflictiva dada la amplitud de conceptos controvertidos y de colisiones entre las diversas disposiciones.²⁶

En síntesis, enfatizando las circunstancias que pueden evocar la falta de legitimidad democrática de la justicia constitucional según lo señala Víctor Ferreres, en la actualidad se ha venido gestando una nueva corriente constitucional al que califico en el presente trabajo como “constitucionalismo bolivariano” desarrollado en Venezuela, Ecuador y Bolivia, que en base a sus postulados y principios de democracia participativa buscan contrarrestar la presunta tensión a la que pudieren estar sujetos los Tribunales Constitucionales tras su falta de legitimidad democrática, supuesto este que será abordado con mayor profundidad en el siguiente capítulo.

²⁵ Ferreres Comella, V. *Justicia Constitucional y Democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, en especial pp. 21-22.

²⁶ Ferreres Comella, V. *Justicia Constitucional y Democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, en especial pp. 23-47

III. PLANTEAMIENTO DEL CONSTITUCIONALISMO BOLIVARIANO Y LA CONCEPCIÓN DE SUS JURISDICCIONES CONSTITUCIONALES

1. *Origen del Constitucionalismo Bolivariano*

El constitucionalismo propiamente dicho responde a un fenómeno político e intelectual que surge en un momento histórico determinado, en donde la racionalidad se impone a la legitimidad del poder político con el fin ulterior de ordenar a una sociedad política a través de una Constitución escrita, es decir, “como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado, regulando los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos”.²⁷

Mucho se ha hablado del origen del constitucionalismo en donde pueden señalarse precedentes antiguos que datan del período greco-romano, sin embargo, su institución coincide con las revoluciones liberales suscitadas a finales del siglo XVIII, específicamente la Revolución Americana con la Constitución estadounidense de 1787 y la Revolución Francesa con su Constitución de 1791. Estos modelos constitucionales se fueron extendiendo paulatinamente en la Europa Occidental y el resto de América.²⁸

Al hilo de estas ideas, resulta claro que los modelos constitucionales conforme a pasado el tiempo han ido evolucionando; quiere decir ello que las situaciones de hecho que ocurrieron en el siglo XVIII no son las mismas que se han planteado en siglos posteriores, especialmente en el siglo XX caracterizado por conflagraciones mundiales que singularmente influyeron en las Constituciones de muchos países europeos, hasta el actual siglo XXI que es denotado por la erosión y retroceso de aspectos básicos que se integran en la desformalización y desjuridización general, y en concreto en la huida del Derecho Público así como también por un proceso de renovación y fortalecimiento ante el supuesto desorden constitucional del poder y de la vida política.²⁹

Tras el largo proceso de evolución del constitucionalismo, en la actualidad se presenta una nueva oleada calificada como neoconstitucionalismo, que las constituciones que lo caracterizan “...no se limitan a establecer competencias o separar a los poderes públicos, sino que contiene altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.”³⁰

En este mismo sentido, el neoconstitucionalismo como teoría del derecho se fundamenta en el examen de la dimensión positiva de la Constitución, donde no se requiere el análisis de la legitimidad democrática y de la fórmula a través de la cual la voluntad constituyente se

²⁷ García Pelayo, M. *Escritos políticos y sociales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, en especial p. 34; véase también Ferrara, G.: *La Costituzione. Dal Pensiero politico alla norma giuridica*, Fel-trinelli, Milán, 2006; De Vega, P.: “Consideraciones en torno al republicanismo de Maquiavelo”, *Revista de Estudios Políticos*, Nº 120, 2003; y Boggetti, G. “Cos’è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin”, *Quaderni costituzionali*, Nro. 1, 2008.

²⁸ Aragón, M. “Sobre las Nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nro. 50, 1986, pp. 12-14.

²⁹ De Cabo, C. *Dialéctica del sujeto dialéctica de la Constitución*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, en especial pp. 141- 142; véase también García Pelayo, M.: *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Editorial Alianza S.A, Madrid, 1993.

³⁰ Carbonell, M. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, en especial p. 9-10.

traslada a la voluntad constituida, de manera tal que reivindica el Estado de Derecho en su significado último, es decir, hacia aquel tercer modelo ampliado de Estado de Derecho señalado por Luigi Ferrajoli³¹, que surge en las crisis actuales al manifestar un colapso de la capacidad reguladora de la ley y la pérdida de la unidad y coherencia.³²

En otro particular, esta oleada se ha extendido desde Europa y se ha desarrollado con un cierto vínculo de manera paradigmática en Latinoamérica, particularmente en tres países como lo son Venezuela, Ecuador y Bolivia. Esta forma de constitucionalismo, al que califico como constitucionalismo bolivariano según el término acuñado por autores como Roberto Gargarella y Marcelo Neves³³, se presenta como un fenómeno que surge a causa de la actual fase de la globalización bajo la crítica al sistema capitalista ante la crisis del Estado social y el presunto fracaso de las políticas neoliberales que llevaron consigo la deslegitimación del sistema político constitucional tradicional.

El llamado constitucionalismo bolivariano, según lo expresan Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau³⁴, es producto de reivindicaciones sociales en América Latina que emanan de la ruptura de la relación capital-trabajo en la que se acompaña la dotación de conciencia política y hasta organizativa, en donde se incluyen un sin número de afectados y excluidos que van desde los sin tierra, las clases medias urbanas, campesinos y comunidades indígenas. Estos grupos sociales formarán parte de un “nuevo sujeto histórico”³⁵ que tras la falta de representación, credibilidad en los partidos políticos y a los predecesores gobiernos nacionales, van a fusionarse para exigir cambios políticos a través de una democracia directa en antonomasia a las crisis económico-sociales que produjeron los sistemas de democracia representativa.

Ahora bien, el punto relevante es responder a la siguiente cuestión: *¿Por qué llamar constitucionalismo bolivariano a esta fase de constitucionalismo que se presenta actualmente en América Latina?*

Fundamentalmente, se usa esta terminología para definir a una nueva forma de constitucionalismo que se plantea bajo características similares en Venezuela, Ecuador y Bolivia. Su noción emana del sistema venezolano, en donde el “nuevo sujeto histórico” en apatía a los sistemas políticos anteriores y guiados por un nuevo líder político catalogado como socialista, una vez que accede a la presidencia hace un llamamiento al poder constituyente para que sea redactada una nueva Constitución acorde a una nueva visión de Estado y a un sistema político de democracia participativa, en donde la ciudadanía intervendrá activamente en la

³¹ Ferrajoli, L. “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pp. 13-29.

³² Viciano Pastor, R. y Dalmau, R. *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?*, VIII Mundial de la Asociación Internacional de derecho constitucional, p.2, www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/13/245.pdf.

³³ Gargarella, R. *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en américa - 1776-1860-*, Editorial Siglo XXI, Madrid, 2005, en especial p. 162 y ss; véase también Neves, M., “La concepción del Estado de derecho, con especial referencia a la fuerza normativa de un derecho supranacional”, en Von Bogdandy, A., Landa, C., y Antoniazzi, M. (eds.), *¿Integración Suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, **Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht** y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 51-78.

³⁴ Viciano Pastor, R. y Dalmau, R. *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?*, *op. cit.*, pp. 3-4.

³⁵ De Cabo, C. *Dialéctica del sujeto dialéctica de la Constitución*, *op. cit.*, p. 143.

toma de decisiones esenciales del Estado, remediando así las exclusiones a las que gran parte de la sociedad estuvo sujeta en los gobiernos anteriores. El primer texto constitucional del modelo bolivariano resulta ser la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), la cual entró en vigor el día 30 de diciembre de 1999, con una votación a su favor de más del 70 % del pueblo venezolano.³⁶

La dialéctica de este modelo constitucional se va expandir sucesivamente a Ecuador, donde su población como “nuevo poder constituyente” en rechazo a los sistemas gubernamentales anteriores, elige en el año 2007 a un nuevo presidente quien en consonancia al mandatario venezolano a los pocos meses de tomar las riendas de su gobierno, va llamar a la celebración de una Asamblea Constituyente la cual redacta la Constitución de la República del Ecuador (CRE), vigente desde el 28 de septiembre de 2008, con una estructura ideológica y organizativa tautológica a la venezolana. Lo mismo ocurrió en el caso de Bolivia, en donde su presidente al llegar al poder en el año 2005 con el apoyo del “nuevo poder constituyente”, un año más tarde solicitará la celebración de una Asamblea Constituyente quien redactará la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (CPEPB), la cual entró en vigor el 7 de febrero de 2009, con la misma esencia que demuestran las Constituciones de Venezuela y Ecuador.

2. Características del Constitucionalismo Bolivariano

Como bien ha sido reseñado en el apartado primero del presente capítulo, el constitucionalismo bolivariano tiene su origen en los cambios constitucionales suscitados en Venezuela y su posterior propagación a otros países de Latinoamérica como Ecuador y Bolivia. Sin embargo, además de los elementos similares que se circunscriben al surgimiento del “nuevo poder constituyente” que va reaccionar para reivindicar sus derechos ante las crisis socio-económicas y la falta de representatividad que caracterizaron a dichos países a lo largo del siglo XX, existen ciertos elementos que esencialmente arrojan esas Constituciones como pueden ser los previstos a continuación:

a) Las Constituciones de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), surgen como resultado a la convocatoria de Asambleas Constituyentes por parte de los mandatarios nacionales al poco tiempo de ascender al poder bajo argumentos de necesidad causados por las crisis que se presentaban en dichos países. Por otra parte, tras el llamado de los presidentes respectivos a la celebración de Asambleas Constituyentes, emerge entonces la cláusula legitimadora de estos procesos cuando son sometidos a referéndum popular en dos momentos específicos que son la activación del proceso constituyente y la posterior aprobación del texto constitucional.

b) Las constituciones bolivarianas tratan de romper con el carácter rígido e inmutable de la Constitución con la prohibición de que los poderes constituidos tengan capacidad para reformar el texto fundamental por ellos mismos. En efecto, para romper con la rigidez constitucional dotan a las mismas de mecanismos que puedan hacerlas más útiles en la emancipación y avance de los pueblos, a través de la Constitución como mandato directo del poder constituyente y, en consecuencia, fundamento último del poder constituido³⁷.

³⁶ Márquez, T. “La nueva institucionalidad de la letra a la práctica”, en *Una lectura sociológica de la Venezuela actual*, Konrad Adenauer Stiftung y Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, Vol. II, p. 55.

³⁷ Viciano Pastor, R. y Dalmau, R. ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?, *op. cit.*, p. 4.

c) El poder público nacional, dentro del constitucionalismo clásico, se encuentra fragmentado fundamentalmente en tres instituciones independientes y autónomas -poder ejecutivo, legislativo y judicial- quienes actuarán conforme a las competencias que han sido previstas en los respectivos textos constitucionales. Por el contrario, el constitucionalismo bolivariano se aparta de la noción clásica de poder público nacional respecto a las instituciones que lo conforman, ya que se adhieren otras especializadas que son diseñadas para cubrir los requerimientos y exigencias del nuevo modelo constitucional.

d) Las constituciones bolivarianas establecen un activismo económico fuerte por parte del Estado, tras la definición propia del Estado como un Estado Social. Respecto al régimen económico que caracteriza a sus constituciones, se reconoce expresamente la economía de mercado, pero a la vez garantizando una fuerte regulación e intervención del Estado en los asuntos económicos de acuerdo a los objetivos de justicia social, justa distribución de la riqueza y desarrollo integral de las personas. La intervención estatal se manifiesta en aspectos que van desde el reconocimiento a la función social de la propiedad privada, la cual será un derecho sometido a limitaciones de carácter legal (artículos 115 de la CRBV, 323 de la CRE y 57 de la CPEPB), la planificación de la economía por parte del Estado, la reserva de algunas actividades económicas a la actividad estatal, entre otras.³⁸

e) Las constituciones bolivarianas reconocen y tutelan los derechos fundamentales de primera –civiles y políticos- y segunda generación - económicos, sociales y culturales-. En antinomia al derecho constitucional tradicional que reconoce ambas generaciones de derecho pero no tutela de los derechos segunda generación a través de recursos extraordinarios, los tres países que conforman el constitucionalismo bolivariano de manera innovadora no sólo reconocen estos derechos en sus constituciones, sino que permiten la tutela de los derechos de segunda generación e incluso de aquellos derechos que se encuentran recogidos en los tratados internacionales y no figuran de manera categórica en sus texto constitucionales, a través de mecanismos extraordinarios tal como se establece en los artículos 27 de la CRBV que prevé la acción de amparo constitucional, el 88 de la CRE con la acción de protección y el 128 de la CPEPB con la acción de amparo constitucional.³⁹

Del mismo modo, tras el reconocimiento de los derechos de segunda generación aunado a la participación activa que se reconoce a la ciudadanía en este nuevo modelo constitucional, se faculta a toda persona individual o colectiva que se vea afectada por un acto normativo que tenga efectos contrarios a la propia Constitución, a ejercer una acción de inconstitucionalidad al acudir ante la jurisdicción constitucional competente para solicitar la nulidad del respectivo acto, según puede evidenciarse en los artículos 26 de la CRBV, 439 de la CRE y 132 de la CPEPB.

f) Los textos constitucionales que forman parte del constitucionalismo bolivariano, configuran un sistema político de democracia participativa que dependiendo del caso pueden ser más o menos directo de manera que exista una estrecha relación entre soberanía –pueblo- y gobierno, tal como se prevé en el preámbulo de la CRBV, el artículo 95 de la CRE y el artículo 11 numeral II de la CPEPC. Este sistema democrático es previsto en las constituciones bolivarianas tras el declive o erosiónamiento que ha podido sufrir la democracia representativa en estos países como consecuencia de los problemas sociales, económicos e institucionales.

³⁸ Noguera Fernández, A.: *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Editorial Tirante Lo Blanch, Valencia, 2010, en especial pp. 169-174.

³⁹ Noguera Fernández, A.: *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Editorial Tirante Lo Blanch, Valencia, 2010, en especial pp. 210-211.

les que incidieron afinadamente en la falta de representatividad y exclusión de gran parte de la sociedad por parte de los antiguos gobernantes. Dicho modelo se configura como un complemento en la legitimidad y un avance en la democracia, pero no como una sustitución definitiva de la representación.⁴⁰

Para explicar lo anterior, resulta evidente que la ciudadanía no sólo participará en momentos excepcionales o extraordinarios en uso de mecanismos como la iniciativa legislativa o el referéndum, utilizados tradicionalmente para reforzar la democracia representativa siempre y cuando estén estipulados en la propia Constitución y desarrollados en el resto del ordenamiento jurídico, sino que la ciudadanía en la democracia participativa tendrá una intervención continua y sistemática en gran parte de las decisiones políticas a favor de la Nación.

En resumen, la democracia participativa que promueve el constitucionalismo bolivariano tal como ha sido reseñado, corresponde a un concepto intermedio entre democracia directa y democracia representativa que busca legitimar el sistema democrático al tener en cuenta la opinión de la sociedad civil en las decisiones políticas de la nación. Por otra parte, la concepción como tal de democracia participativa es poco clara en los textos constitucionales bolivarianos, pues en lo que respecta a los casos de Venezuela y Ecuador la participación ciudadana se limita a tomar en cuenta su opinión en las decisiones políticas y controlar a los representantes durante el transcurso de sus gobiernos en uso de los mecanismos correspondientes; mientras que en el caso de Bolivia además de esto, demuestra un componente de participación directa al facultar a la población a tomar por sí misma ciertas decisiones políticas.

A modo de ejemplo, puede acotarse en el primero de los casos, el mecanismo de referéndum revocatorio a todo cargo o mandato de elección popular tal como se encuentra previsto en los artículos 72 de la CRBV, 105 de la CRE y 240 de la CPEPB. Sobre este supuesto, debe destacarse que los sistemas democráticos tradicionales prevén como requisito *sine qua non* una periodicidad de las elecciones como límite temporal propio de la democracia, en donde el pueblo a través de las elecciones podrá elegir a sus gobernantes y a su vez podrá imponer la rendición de cuentas o *accountability* a la autoridad competente de turno al no reelegirlo en futuras elecciones. No obstante, el constitucionalismo bolivariano dispone de un mecanismo innovador de *accountability* en donde no se requiere esperar a que el gobernante concluya su mandato, sino que una vez transcurrido la mitad del período al que ha sido electo, el pueblo podrá revocar ese mandato a través de referéndum. En lo que respecta al segundo de los casos (la democracia directa del sistema constitucional boliviano), puede materializarse con la participación directa de la ciudadanía en la elección de los Magistrados que formarán parte del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia a través del sufragio universal.

En definitiva y como corolario a las anteriores consideraciones Venezuela, Ecuador y Bolivia sistemáticamente a través de sus constituciones han otorgado un gran poder del que antes carecían gran parte de sus pueblos, quienes participarán activamente en la toma de decisiones sobre cuestiones fundamentales del Estado amén de que la soberanía resida eficazmente en el pueblo. Sin embargo, es preciso señalar que si bien la participación activa de la ciudadanía tiene efectos beneficiosos al dotar de legitimidad democrática muchas de las decisiones gubernamentales de la que es protagonista, no es menos cierto que a la hora de ponerse en práctica para controlar y limitar el poder hegemónico del Estado, puede ser ignorado, de la forma ocurrida en el caso venezolano en el año 2000, cuando la Asamblea Nacio-

⁴⁰ Viciano Pastor, R. y Dalmau, R.: ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?, *op. cit.*, p. 20.

nal dictó la Ley Especial para la designación de los altos funcionarios públicos del Poder Judicial y del Poder Ciudadano, excluyendo en ella la participación de la sociedad en dichos procesos contraviniendo ulteriormente el contenido de la Constitución.⁴¹

3. *Del modelo de Justicia Constitucional en el Constitucionalismo Bolivariano a la luz de la democracia participativa*

Para iniciar este apartado, es preciso hacer mención que el constitucionalismo bolivariano al igual que el constitucionalismo tradicional, reconoce a la Constitución como la norma suprema del ordenamiento jurídico sobre la cual se encuentran sujetos todos los poderes públicos que son creados en los respectivos textos constitucionales. Asimismo, las constituciones de los países que forman parte del modelo bolivariano, conceden jerarquía constitucional a todos aquellos tratados de derechos humanos debidamente ratificados, previendo así la progresividad de los derechos en la medida de que dispongan de normas sobre el goce y ejercicio más favorables a aquellos derechos que se encuentran previstos en dichas constituciones.

En este mismo orden de ideas, con el objeto de garantizar la supremacía constitucional tras la inconstitucionalidad de alguna ley o cualquier acto emanado de alguna autoridad del poder público, las constituciones bolivarianas análogamente al constitucionalismo tradicional, establecen mecanismos de control judicial para solventar estas situaciones, disponiendo para ello de los dos principales métodos de control de constitucionalidad presentes en el derecho comparado.

En el caso venezolano, el artículo 334 de la CRBV prevé un sistema mixto integral de control de constitucionalidad, en donde coexistirán por un lado, el método concentrado propio del modelo kelseniano, a manos de un Tribunal especializado que forma parte del Poder Judicial -Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia- quien tiene el monopolio de declarar con efectos *erga omnes* la nulidad de leyes o actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución; y por el otro lado, el método norteamericano del *judicial review* o control difuso de constitucionalidad, mediante el cual todo juez con efectos *inter partes*, tiene el deber de inaplicar una ley al caso concreto que le corresponde conocer y en su defecto aplicar la Constitución cuando aquella sea contraria al texto constitucional. De este mismo modo, debe señalarse que el sistema de justicia constitucional venezolano se identifica dentro del sistema mixto o integral, en el sentido de que existe una inbricación entre los métodos difuso y concentrado al momento en que la Sala Constitucional podrá revisar las sentencias de los tribunales en las que se hiciera uso del control difuso de constitucionalidad de las leyes según se prevé en el artículo 336.10 CRBV, lo cual evita disparidad de criterios entre los jueces sobre la compatibilidad de alguna ley con la Constitución y permite a la Sala de decir la última palabra sobre este asunto.⁴²

⁴¹ Brewer-Carías, A. “La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela”, *XXX Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos del Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara*, 2005, pp. 33-174.

⁴² Casal, Jesús M. “Justicia Constitucional y derechos fundamentales en Venezuela”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, Konrad Adenauer Stiftung y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Uruguay, 2010, p.88.

En otros términos, el sistema de control de constitucionalidad ecuatoriano aparentemente pareció pasar de un sistema de control difuso estipulado en el artículo 274 de la antigua Constitución del año 1998, a un sistema concentrado por parte de un Tribunal extraordinario denominado Corte Constitucional. Esta Corte, a tenor del artículo 429 de la CRE es el órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia; y conforme a lo estipulado en el artículo 428 *ejusdem* cuando un juez ordinario (a solicitud de parte o de oficio) evidencie que una norma contradice a la Constitución o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos que establezcan derechos más favorables a los previstos en el propio texto constitucional, deberá paralizar el juicio y remitir el asunto a la Corte Constitucional para que ésta resuelva la constitucionalidad de la norma.

Sin embargo, el sistema de justicia constitucional ecuatoriano tiene ciertos matices que no son diáfanos, debido a la contradicción presentada entre el citado artículo que pareciera perfeccionar un sistema de control de constitucionalidad concentrado, con otro artículo de la propia Constitución que deja la puerta abierta al método difuso, ya que los jueces podrán inaplicar una ley al caso concreto y en su defecto aplicar la norma constitucional.⁴³

Al hilo de las ideas anteriores, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) publicada en fecha 28 de julio de 2009, deja claro que Ecuador preserva un sistema mixto de justicia constitucional, ya que en sus artículos 141 y 142 se dispone expresamente del control concreto de constitucionalidad en donde cualquier juez puede inaplicar la norma contraria a la Constitución y sólo en caso de que tenga dudas razonables y motivadas de que una norma contraría a la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, es cuando suspenderá la tramitación de la causa y planteará un cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional.

Por el contrario a los sistemas venezolanos y ecuatorianos, Bolivia establece un sistema concentrado de control de constitucionalidad en donde el Tribunal Constitucional Plurinacional será el órgano con competencia exclusiva para anular y expulsar del espacio jurídico toda ley o acto con valor y rango de ley que sea contrario a la Constitución. Sin embargo, el sistema europeo presente en la Constitución de Bolivia no se trata de un modelo puro, pues subsisten rasgos y elementos importantes del modelo americano de control difuso de constitucionalidad, al concedérsele competencias extraordinarias en el ejercicio del control de constitucionalidad como parte de la jurisdicción constitucional a los jueces de partido (jueces de primera instancia) y tribunales judiciales como las Cortes Superiores de Distrito (Cortes de Apelación), al conocer y resolver acciones tutelares de *habeas corpus*, amparo constitucional y *habeas data*.⁴⁴

Según se establece en el artículo 196.I de la CPEPB, el Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

⁴³ Artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁴⁴ Rivera Santivañez, J. "Algunos avances en el proceso de judicialización de los derechos humanos en Bolivia", en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, Konrad Adenauer Stiftung y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Uruguay, 2010, p.34.

Dentro de las atribuciones previstas en el respectivo texto fundamental en consonancia con el artículo 101 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP) de fecha 06 de julio de 2010, el Tribunal Constitucional conocerá las acciones de inconstitucionalidad de carácter abstracto y concreto.⁴⁵

En lo que atañe a las acciones de inconstitucionalidad de carácter concreto según se establece en el artículo 109 de la LTCP, será promovida por el Tribunal o autoridad administrativa de oficio o a instancia de partes en aquellos procesos judiciales o administrativos cuando su decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decreto y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales aplicables a aquellos procesos. En este supuesto, la autoridad en cuestión deberá notificar al órgano del cual emana el respectivo acto normativo para que responda lo que tenga lugar en base a la posible inconstitucionalidad de dicho acto.

Independientemente de que haya sido o no contestada la acción de inconstitucionalidad, la autoridad judicial o administrativa deberá rechazar o no el respectivo recurso. En el primero de los casos, deberá ser elevada a consulta de oficio al Tribunal Constitucional Plurinacional, mientras que en el supuesto de que la acción de inconstitucionalidad haya sido admitida, deberán remitirse las copias certificadas del expediente de marras para que el Tribunal Constitucional resuelva.⁴⁶

En otro orden de ideas, señalado como ha sido el sistema de control de constitucionalidad que establece el constitucionalismo bolivariano en las constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia, resulta importante traer a colación la influencia que trae aparejado el modelo de democracia participativa propuesto por ese modelo constitucional en lo que respecta a la configuración de las jurisdicciones constitucionales.

Como ha sido reseñado previamente en capítulo segundo del presente trabajo de investigación, desde la creación de los Tribunales Constitucionales hasta la actualidad, la justicia constitucional ha recibido incesantes críticas tras la supuesta tensión a la que están sujetas las jurisdicciones constitucionales por presuntamente carecer de legitimidad democrática - integradas por un grupo mínimo de jueces-, que como poder contramayoritario pueden anular una ley emanada del Parlamento, quien democráticamente cuenta con mayor representación ciudadana y sus miembros han sido electos a través del sufragio universal.

Ahora bien, el constitucionalismo bolivariano a fin de contrarrestar la presunta tensión a la que pudieren estar sujetos los Tribunales Constitucionales, ha propuesto un nuevo mecanismo propio del sistema político de democracia participativa que va a coincidir a la hora de dotar de cierta legitimidad democrática a los magistrados que formarán parte de la jurisdicción constitucional.

De esta manera surge la interrogante: *¿Cómo dotar de legitimidad democrática a los jueces que forman parte de las jurisdicciones constitucionales a través del principio de democracia participativa establecido por el constitucionalismo bolivariano?*

Para responder a esta cuestión aunque parezca paradójico, el constitucionalismo bolivariano ha tejido minuciosamente una fórmula a través de la cual dota de mayor legitimidad democrática a las jurisdicciones constitucionales desde el momento en que serán designados los jueces que formarán parte de las mismas, de modo que, haciendo uso del sistema de de-

⁴⁵ Artículo 202.1 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

⁴⁶ Artículo 112 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional

mocracia participativa, la ciudadanía intervendrá e influirá -dependiendo del caso- directa o indirectamente en la postulación, evaluación y/o designación de jueces que integran las jurisdicciones constitucionales.⁴⁷

Por consiguiente, la participación de la ciudadanía en el proceso de formación del Tribunal Constitucional al postular, evaluar y/o designar a los jueces constitucionales, servirá como elemento proveedor de legitimidad democrática a dicha institución, en contraposición al sistema político de democracia representativa en donde son los representantes (parlamentos-gobiernos) quienes tienen la facultad ineludible de designar a los miembros que formarán parte de la jurisdicción garante de la supremacía constitucional.

A. *Sistema de designación de jueces constitucionales en la República Bolivariana de Venezuela*

Para iniciar el análisis del método venezolano a través del cual la ciudadanía -en base al principio de democracia participativa- intervendrá activamente en el proceso de designación de jueces constitucionales, es importante tomar en cuenta el sistema de control de constitucionalidad recogido en su texto fundamental. Como ha sido previamente descrito, Venezuela acoge un sistema mixto de control constitucional según se dispone en el artículo 334 de la CRBV, es decir, coexisten tanto el método concentrado como el difuso de justicia constitucional.

En su conjunto y haciendo énfasis al control difuso venezolano, todo juez está obligado a garantizar la integridad de la Constitución, por lo que estas autoridades cuando deban resolver un caso y encuentren alguna incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, deberán dar prioridad a la norma constitucional aplicándola y una vez hecho éste proceso informarlo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia señalando el fundamento y alcance de la desaplicación adoptada.⁴⁸ En vista de ello, puede determinarse que la función asignada a todos los jueces como garante de la supremacía constitucional los concibe directamente en jueces constitucionales, pero con las limitantes que implican sus propias atribuciones ya que las decisiones proferidas poseerán sólo efectos *inter parte*.

Aceptando esta concepción amplia de juez constitucional según el derecho constitucional venezolano, resulta pertinente diferenciar al juez ordinario como juez constitucional al hacer uso del método difuso, con el juez constitucional que forma parte de la jurisdicción constitucional especializada y que aplica el control concentrado de la constitucionalidad. Como resultado a la diferenciación entre jueces constitucionales en el sistema previsto en la CRBV, lo esencial como punto de análisis radica en la designación de aquellos jueces que forman parte de la jurisdicción constitucional.

En el marco de las observaciones anteriores, la jurisdicción constitucional venezolana se encuentra enmarcada en una sala especializada que forma parte del Tribunal Supremo de

⁴⁷ El sistema estadounidense presenta desde el siglo XIX la posibilidad de incluir la participación ciudadana en el proceso de selección de jueces estatales con la idea de acercar la función judicial al pueblo y así dotar a los jueces de mayor legitimidad democrática a través del denominado método "*merit plans*" utilizado en 33 Estados como California, Nebraska, Missouri, entre otros, en donde los méritos de los jueces son reforzados con el apoyo popular. Para ello, se crea una Comisión *ad hoc* que recibirá las candidaturas y formará un listado en donde el Gobernador procederá a nombrar al respectivo juez por un periodo no inferior de un año; una vez transcurrido ese tiempo el juez es sometido a un referendun popular para confirmarle en el cargo por un periodo más prolongado.

⁴⁸ Artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Justicia, institución esta que funge como máximo órgano del Poder Judicial⁴⁹. Dicho Tribunal esta conformado por siete Salas -Sala Plena, Sala Constitucional, Político Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social- que actúan conforme a las atribuciones previstas en la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ). Ahora bien, el Tribunal Supremo de Justicia estará integrado por treinta y dos magistrados que en su conjunto forman la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia; siete de ellos integran la Sala Constitucional mientras que el resto de las Salas se componen, cada una de ellas, por cinco magistrados.

Aunado a lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional especializada, a tenor de lo previsto en el artículo 335 de la CRBV, será el máximo y último interprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación, dando vinculación a sus decisiones frente a las demás Salas que integran el Tribunal Supremo de Justicia y el resto de los Tribunales. Entre las atribuciones concedidas a esta Sala, según se evidencia en el artículo 336 de la CRBV, en concordancia con el artículo 25 de la LOTSJ, puede apreciarse fundamentalmente el control concentrado de constitucionalidad sobre leyes nacionales, constituciones o leyes estatales, actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución dictados por cualquier otro órgano estatal del Poder Público, entre otra

Hecha las observaciones anteriores respecto a la conformación del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, el cual arropa a la Sala Constitucional de dicho Tribunal como jurisdicción especializado en esta materia, es conveniente entonces hacer referencia al proceso de designación de sus magistrados armonizándolo al principio de democracia participativa que es uno de los elementos esencial del constitucionalismo bolivariano.

En primer lugar, como todo sistema constitucional el aspirante a juez o magistrado deberá cumplir con unos requisitos que se encuentran recogidos en las Constituciones u otras leyes especiales que forman parte del ordenamiento jurídico de cada Estado. En el caso venezolano, para ser magistrado del Tribunal Supremo de Justicia a tenor del artículo 263 CRBV en concordancia con el artículo 37 de la LOTSJ, deberán cumplirse ciertos requisitos entre los cuales pueden mencionarse: ser nacional por nacimiento y no poseer otra nacionalidad, ser abogado de reconocida honorabilidad y competencia con ejercicio durante un mínimo de quince años o haber sido profesor universitario durante un lapso de quince años y tener la categoría de profesor titular, renunciar a cualquier militancia política, tener un título universitario, maestría o doctorado en el área de ciencias jurídica, entre otras.

Precisado lo anterior y a tenor de lo previsto en el artículo 264 de la CRBV en consonancia con el artículo 38 de la LOTSJ, los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán designados por la Asamblea Nacional por un período único de doce años bajo el siguiente proceso:

Primera fase (Convocatoria y Postulaciones): Tras la convocatoria anunciada por el Comité de Postulaciones Judiciales⁵⁰, el candidato a la magistratura, si creyese cumplir con los extremos legales señalados *ut supra*, podrá postularse por iniciativa propia o por organi-

⁴⁹ Artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁵⁰ El Comité de Postulaciones Judiciales según el artículo 16 de la LOTSJ, tendrá la función principal de seleccionar a los candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, a través de un proceso público y transparente, para posteriormente ser presentados ante el Poder Ciudadano (conformado por el Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Fiscal General), quien realizará la segunda preselección bajo lo contemplado en el artículo 264 de la CRBV.

zaciones vinculadas con la actividad jurídica ante el citado Comité, quien sirve como órgano asesor de la Asamblea Nacional para la selección de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.⁵¹

Particularmente, este Comité se concibe como máximo órgano representativo de la sociedad venezolana. Esta integrado por once miembros principales con sus respectivos suplentes, que son designados por mayoría simple de la Asamblea Nacional (AN) para desempeñarse por un período máximo de dos años. Cinco de sus miembros serán elegidos del seno de la AN, mientras que los otros seis miembros se encuentran vinculados al principio de democracia participativa, ya que éstos serán elegidos de los sectores de la sociedad a través de un procedimiento público habiendo cumplido con los requisitos legales previstos en la LOTSJ.⁵²

Segunda Fase (Impugnaciones y primera preselección): El Comité de Postulaciones Judiciales una vez recibidas todas las candidaturas a la magistratura, publicará en un diario de circulación nacional los nombres de los postulados para que las personas interesadas - participación activa de la ciudadanía- puedan impugnar las candidaturas ante el señalado Comité, quien posteriormente se pronunciará y notificará al candidato afectado para que exponga en una audiencia sus alegatos haciendo uso de los medios de prueba necesarios para contradecir las impugnaciones respectivas.⁵³

Culminada las audiencias, el Comité de postulaciones aprobará por medio de las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes el baremo que se utilizará para la preselección de los candidatos. Entre todos los candidatos, el Comité de Postulaciones Judiciales preseleccionará un número no inferior al triple de los cargos de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, remitiendo posteriormente la lista de preseleccionados con sus respectivos expedientes al Poder Ciudadano.

- **Tercera fase (Evaluación y segunda preselección):** El Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, hará una segunda preselección que será presentada a la AN para que realice la selección final.⁵⁴

- **Cuarta fase (Selección y Designación):** La AN tras recibir el listado de la segunda preselección de candidatos, seleccionará a los magistrados conforme al artículo 264 de la CRBV en sesión plenaria con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de sus miembros. En caso de que no se lograra alcanzar la mayoría calificada requerida, se convocará a una segunda sesión plenaria y si tampoco se obtuviese esa mayoría calificada, se convocará a una tercera sesión que de no ser favorable, se convocará a una cuarta y última sesión donde se harán las designaciones con el voto favorable de la mayoría simple de los miembros de la AN.⁵⁵

⁵¹ Artículo 64 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

⁵² *Ibidem*, Artículo 65 y 68.

⁵³ *Ibidem*, Artículo 71.

⁵⁴ Artículo 74 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

⁵⁵ Artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Si bien es cierto que la mayoría calificada (2/3 partes) para la designación de magistrados resulta ser un procedimiento complicado para adoptar un consenso en el seno del Parlamento, el mero hecho de que se lleven a cabo sucesivas convocatorias ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, indiscutiblemente desvirtúa el respectivo precepto pues si no se llegare al consenso requerido para nombrar como magistrado a un determinado candidato, su designación en ningún momento podría producirse aún menos por una votación minoritaria.

De acuerdo con el proceso de designación de magistrados establecido en el sistema venezolano, puede observarse que la ciudadanía participa activamente en la primera y segunda fase, al postular candidatos, evaluarlos e impugnarlos, lo que denota un proceso innovador estrictamente influenciado por el sistema político de democracia participativa propio del constitucionalismo bolivariano que irrumpe fehacientemente con el modelo tradicional de selección de magistrados en el derecho comparado.

B. *Sistema de designación de jueces constitucionales en la República del Ecuador*

El sistema de control judicial previsto en la Constitución ecuatoriana se presenta de forma similar al modelo mixto venezolano, pero con ciertas salvedades en aspectos específicos de los métodos que lo integran. En lo que respecta al control difuso, el artículo 425 de la CRE en concordancia con los artículos 141 y 142 de la LOGJCC, regula su aplicación al momento en que un juez al estudiar un caso concreto en donde se presente un conflicto entre normas de distinta jerarquía, deberá dar aplicación a la norma de mayor rango. En efecto, el control difuso ecuatoriano sigue el modelo tradicional de *judicial review* propio del constitucionalismo norteamericano, pues se concede al juez la facultad de desaplicar la norma a un caso concreto cuando ésta sea contraria a la propia Constitución. Sin embargo, el hecho innovador y que resulta paradójico en el sistema ecuatoriano, es que la facultad de inaplicar una norma en favor de otra de mayor jerarquía, se extiende a otras autoridades no judiciales.

Por otro lado, dentro del sistema de control constitucional ecuatoriano se integra igualmente el método de control concentrado, realizado por una Corte Constitucional que estará integrada por nueve jueces que serán designados por un período único de nueve años, a través de un proceso provisto de participación ciudadana como consecuencia al sistema de democracia participativa propio del constitucionalismo bolivariano.

El procedimiento de designación de jueces de la Corte Constitucional se encuentra recogido en el artículo 434 de la CRE y desarrollado especialmente en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), que a continuación pasará a analizarse.

Para ser juez de la Corte Constitucional del Ecuador, el candidato deberá cumplir ciertos requisitos legales que concretamente se encuentran recogidos en el artículo 433 de la CRE y el artículo 172 de la LOGJCC, entre los que destacan: ser nacional ecuatoriano y encontrarse en ejercicio de sus derechos políticos; tener título de tercer nivel en derecho legalmente reconocido en el país; haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado, la judicatura o la docencia en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años; y no pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político, entre otras.

Cumplidos los anteriores requisitos, el proceso de selección y designación de jueces de la Corte Constitucional se desarrolla en cinco fases según se prevé en el artículo 178 de la LOGJCC, y se plantea de la siguiente manera:

- **Primera fase (Integración de la Comisión Calificadora):** la Comisión Calificadora⁵⁶ a tenor de lo dispuesto en el artículo 179 de la LOGJCC, será la institución encargada de evaluar y designar a los miembros de la Corte Constitucional y se instaurará con una antelación de seis meses a la conclusión del período de la terna de jueces de la Corte. Estará inte-

⁵⁶ Artículo 434 de la Constitución de la República del Ecuador.

grada por dos miembros de la Función Legislativa -poder legislativo nacional-, dos miembros Función Ejecutiva -poder ejecutivo- y dos miembros de la Función de Transparencia y Control Social,⁵⁷ siendo éste último el que responderá efectivamente al principio de democracia participativa o participación ciudadana en la designación de los jueces de la jurisdicción constitucional ecuatoriana.

- **Segunda fase (Convocatoria y verificación de requisitos):** una vez Constituida la Comisión Calificadora, se realizará por parte de ésta una convocatoria pública a través de los medios de comunicación para que la Función Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social presenten candidaturas -nueve candidatos por cada uno de estos órganos- de fuera de su seno como jueces a la Corte Constitucional. Una vez realizadas las propuestas por los citados órganos del Poder Público, la Comisión Calificadora procederá a evaluar si los candidatos propuestos cumplen o no con los requisitos previstos en la CRE, y en caso de no cumplirlos se presenten por los órganos correspondientes, nuevos candidatos en su reemplazo.⁵⁸

- **Tercer fase (Concurso Público):** cerrado el proceso de revisión formal hecho por la Comisión Calificadora, se dará comienzo al concurso público entre los candidatos que hayan cumplido con los extremos legales. En términos de igualdad, la citada Comisión evaluará la formación, experiencia y la producción profesional y académica de cada uno de los candidatos, la cual no excederán del treinta por ciento de la puntuación total. Asimismo, se llevará a cabo un concurso de oposición que atenderá a las materias y habilidades requeridas para el ejercicio como juez en la Corte Constitucional.⁵⁹

- **Cuarta fase (impugnaciones):** una vez publicado el listado de los candidatos, se abrirá un período prudente para que la Comisión Calificadora reciba y ponga en curso las impugnaciones que realice la ciudadanía. Estas impugnaciones ponen nuevamente de manifiesto la democracia participativa del constitucionalismo bolivariano, en donde no sólo se agotará con la formación de una institución -Función de Transparencia y Control Social- que integrará la Comisión Calificadora, sino que se realizará de forma general para toda la ciudadanía a la cual se le permite manifestar su contradicción sobre los candidatos postulados a jueces del Tribunal Constitucional.

Consecutivamente, se abrirá un período de audiencias públicas en donde los candidatos serán escuchados en relación a las impugnaciones recibidas por la Comisión. Una vez concluido, la Comisión Calificadora elaborará el listado definitivo de las personas elegibles.⁶⁰

- **Quinta fase (Comparecencia oral, elección y designación de jueces):** la Comisión Calificadora publicará a través de los medios de comunicación el listado de las personas elegibles con el señalamiento de la comparecencia pública-oral en la cual serán examinadas.

⁵⁷ La Función de Transparencia y Control Social a tenor del artículo 204 de la CE, es un órgano que forma parte del poder público nacional, el cual promoverá e impulsará el control de las entidades y organismo del sector público, personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público; fomentará e incentivará la participación ciudadana, protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción. Estará integrada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (institución integrada por organizaciones sociales y la ciudadanía según se dispone en el artículo 207 de la CE), la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General y las superintendencias.

⁵⁸ Artículo 180 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

⁵⁹ *Ibidem*, Artículo 181.

⁶⁰ *Ibidem*, Artículo 182.

Llevada a cabo la comparecencia, la Comisión formulará preguntas previamente elaboradas que serán escogidas al azar por los candidatos, donde prevalecerá la argumentación sobre la memoria. Concluida esta fase, la Comisión Calificadora realizará el listado con las calificaciones obtenidas por los candidatos y posteriormente nombrará a los tres que hayan obtenido las puntuaciones más altas como jueces de la Corte Constitucional que serán designados formalmente ante la Asamblea Nacional en sesión extraordinaria.⁶¹

En referencia al proceso de designación de jueces constitucionales de la Corte Constitucional del Ecuador, resulta clara la participación ciudadana en dicho proceso en dos fases esenciales que se circunscriben a la integración de la Comisión Calificadora -primera fase- y la impugnación a las candidaturas -cuarta fase-. Este sistema de designación de jueces, a pesar de las diferencias adjetivas que demuestra al proceso venezolano, igualmente establece una participación indirecta ya que la sociedad sólo podrá influir limitadamente en la designación de los jueces que formarán parte de las jurisdicciones constitucionales.

C. *Sistema de designación de jueces constitucionales en el Estado Plurinacional de Bolivia*

El sistema de justicia constitucional previsto en la Constitución de Bolivia, a diferencia del resto de las constituciones que forman parte del modelo bolivariano, prevé únicamente un sistema de justicia constitucional concentrado en manos del denominado Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. A pesar de ello, el proceso de designación de magistrados que integrarán dicho Tribunal, va a demostrarse de manera similar a las constituciones de Venezuela y Ecuador con una tendencia claramente dirigida al principio de democracia participativa. Sin embargo, el caso boliviano es el más paradigmático del nuevo modelo de constitucionalismo en lo que respecta a la reducción de la “tensión” que pudieren tener los jueces constitucionales tras la falta de legitimidad democrática en las funciones que llevan a cabo, ya que en éste caso la participación ciudadana se perfecciona con la elección directa de los magistrados que formarán parte del Tribunal Constitucional a través del sufragio universal según se prevé en el artículo 198 de la CPEPB.

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia estará integrado por siete magistrados con sus respectivos suplentes que serán electos por un período de seis años sin reelección. En respuesta a la organización político territorial del Estado Plurinacional de Bolivia tras el reconocimiento expreso en el artículo 2 de la CPEPB de naciones pre coloniales y pueblos indígenas originarios campesinos, al menos dos de los magistrados que formarán parte del Tribunal Constitucional deberán provenir del sistema indígena,⁶² de modo que la sensibilidad acreditada para las culturas indígenas pueda así estar presente y hacerse viva⁶³.

De la misma manera a los sistemas constitucionales que reconocen la justicia constitucional, toda persona que desee optar a la magistratura deberá cumplir con una serie de requisitos que se encuentran dispuestos en las constituciones y otras leyes especiales. En el caso boliviano, según se recoge en el artículo 199 de la CPEPB y el 17 de la LTCP el candidato deberá cumplir con ciertos requisitos como lo puede ser: contar con la nacionalidad boliviana, tener treinta y cinco años de edad como mínimo, hablar al menos dos idiomas oficiales del país en el marco de lo establecido en la Disposición Transitoria Décima de la Constitu-

⁶¹ Artículo 183 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

⁶² Artículo 13 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.

⁶³ Clavero, B. “Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: El reto constituyente de Bolivia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 94, enero-abril 2012, p. 41.

ción Política del Estado, poseer un título de abogado en provisión nacional, tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos, etc.

En vista de los requisitos previstos en el citado texto normativo, llama la atención la exigencia a los candidatos a la magistratura de hablar como mínimo dos idiomas oficiales, es decir, además del castellano una de las treinta y seis lenguas que emanan de las culturas indígenas reconocidas expresamente en el artículo 5 de la CPEPB. Según se asentó en la disposición transitoria décima del texto fundamental boliviano, dicho requisito sería de aplicación progresiva de acuerdo a la ley, pero lo cierto es que la LTCP que regula el procedimiento de elección de magistrados del Tribunal Constitucional no mencionó nada al respecto. Debido a esto, sigue existiendo en Bolivia una gran incertidumbre en relación al requisito en cuestión, ya que como consecuencia al gran número de idiomas reconocidos bajo argumentos de igualdad e inclusión social, pueden persistir y acentuarse en gran medida las diferencias históricas que han caracterizado a la sociedad boliviana y en todo caso, dicha exigencia no puede ser implementada de manera tan drástica sin tomar en consideración que los diversos dialectos indígenas (aymara, quechua, guaraní, pacawara, tapiete, entre otros) son aprehendidos como lengua materna por los nativos de zonas respectivas, lo que genera en sí una gran diversidad léxicos que en el plano institucional como lo es un Tribunal Constitucional, requieren ser homogenizadas en un solo contenido y sentido para toda la nación boliviana.

Señalado lo anterior, corresponde ahora analizar el procedimiento de elección de magistrados al Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia de acuerdo a las siguientes fases:

- **Primera fase (Convocatoria):** la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP) realizará la convocatoria a las elecciones respectivas faltando seis meses para la fecha en que concluya el mandato de los magistrados, señalando las condiciones de elegibilidad y las características del procedimiento. Las elecciones se llevarán a cabo cuando menos con treinta días de antelación de la conclusión del mandato de los magistrados.⁶⁴

- **Segunda fase (Postulaciones y Preselección):** tras la convocatoria realizada por la ALP, las personas que cumplan con los requisitos exigidos en la CPEPB y la LTCP, se postularán de manera individual o por organizaciones sociales de las naciones y pueblos indígenas y la sociedad civil en general. Una vez recibidas las candidaturas correspondientes, la ALP realizará una preselección de 28 postulantes por medio del voto de las dos terceras (2/3) partes de sus miembros presentes, en donde la mitad de los candidatos deberán representar al sexo femenino.⁶⁵

- **Tercera fase (Elección y posesión):** llevada a cabo la preselección por parte de la ALP, el Órgano Electoral Plurinacional (OEP) organizará el proceso electoral respectivo. En el transcurso de este proceso, los candidatos a la magistratura no podrán realizar campaña electoral personalmente o a través de terceras personas so pena de ser inhabilitados, por lo tanto, la difusión de los candidatos y sus méritos corresponderán únicamente al OEP. Una vez que se realice la elección, los siete candidatos con mayor cantidad de votos serán designados como magistrados titulares, y los siete siguientes como magistrados suplentes.⁶⁶

⁶⁴ Artículo 16 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.

⁶⁵ *Ibidem*, Artículo 19.

⁶⁶ Artículo 20 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.

De acuerdo con el proceso boliviano de elección de magistrados, parece superarse la presunta tensión que pudieren causar los jueces de las jurisdicciones constitucionales al estar desprovistos de legitimidad democrática. No obstante, el innovador proceso de elección de magistrados puede traer consigo grandes inconvenientes que sustancialmente pueden deteriorar la función imprescindible que ha sido concedida al Tribunal Constitucional para salvaguardar la supremacía normativa de la Constitución y mantener el hilo democrático del Estado al garantizar los derechos y libertades de toda persona.

En otro orden de ideas y como corolario a las consideraciones antes señaladas respecto a los procesos de legitimación democrática de los Tribunales Constitucionales previstos por el constitucionalismo boliviano en base a sus postulados de democracia participativa, queda entonces analizar si este modelo constitucional realmente suprime la supuesta tensión de la falta de legitimidad democrática a la que han estado sujetos los jueces constitucionales.

IV. COMENTARIOS Y CONCLUSIONES ACERCA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL NUEVO MODELO BOLIVARIANO

En los capítulos anteriores se ha hecho referencia al origen y función de la justicia constitucional en el constitucionalismo tradicional, así como también la posible tensión sobre la cual pueden estar sujetos los jueces constitucionales tras su falta de legitimidad democrática. Posteriormente a ello, se ha hecho un análisis exhaustivo del llamado constitucionalismo boliviano y como es que a través de sus principios o postulados de democracia participativa, parece suprimirse la presunta tensión que evoca la falta de legitimidad democrática de los jueces.

Ahora bien, dentro del presente capítulo simplemente me detendré a responder tres cuestiones que sintetizarán en base a los aspectos que han sido previamente analizados, si el constitucionalismo boliviano suprime o no la supuesta tensión democrática de los jueces que forman parte de la justicia constitucional respondiendo las siguientes cuestiones:

1. *¿Realmente puede concebirse la tensión de los Tribunales Constitucionales por su presunta falta de legitimidad democrática?*

Desde que se origina la justicia constitucional en el sistema americano a partir del año 1803 en el caso *Marbury vs. Madison*, distintos autores han defendido tal sistema como el instrumento esencial para garantizar la supremacía normativa de la Constitución. Por otro lado, desde su consagración y su expansión a los sistemas democráticos en muchos países alrededor del mundo, no han faltado aquellos autores que bajo argumentos considerables han puesto en duda la atribución de los jueces constitucionales para anular leyes que han sido aprobadas por los Parlamentos, haciendo énfasis al argumento contramayoritario de estos jueces quienes desprovistos de legitimidad democrática expulsan del ámbito jurídico las leyes que han sido consentidas por la mayoría parlamentaria como representación ciudadana.

En primer lugar, atendiendo al mencionado argumento contramayoritario de los jueces y en consonancia con las circunstancias esgrimidas por Víctor Ferreres⁶⁷, que podrían incitar a la aparición de una objeción democrática en contra de la justicia constitucional, *prima facie* podría pensarse que la tensión a la que están sujetos los jueces constitucionales por su falta de legitimidad democrática es plausible y dependerá en todo caso al matiz en que se pretende o no defender.

⁶⁷ Ferreres Comella, V. *Justicia Constitucional y Democracia*, op. cit., señaladas en el capítulo II pp. 18.

A los efectos, me decanto a favor de los Tribunales Constitucionales en que su legitimidad democrática no se ve cuestionada, apelando fundamentalmente a la premisa que justifica la justicia constitucional desde sus orígenes, es decir, a considerar a la Constitución como una norma suprema dentro del ordenamiento jurídico que debe ser respetada por todos los órganos del poder público y el pueblo en general. Esta premisa fue el argumento propuesto por Alexander Hamilton en la obra *El Federalista* y recogida en la Constitución Federal de los Estados Unidos de América de 1787, al articular el texto constitucional como *fundamental law* sobre el resto de las leyes que son adoptadas por el Congreso; y dada la estrecha vinculación que la norma fundamental impone a los jueces, éstos tendrán la facultad de inaplicar aquellas leyes que la contradigan. Del mismo modo, al llevarse a cabo la primera enmienda de la Constitución estadounidense en 1789 e incluirse la Carta de Derechos o *bill of rights*, se imponen explícitamente límites al Congreso como órgano del poder público que cuenta con la mayor representatividad de la ciudadanía.⁶⁸

No obstante, el hecho de considerar a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico - requisito *sine qua non* de un sistema político democrático- que expresa ante todo la voluntad propia del pueblo, a diferencia de las leyes aprobadas por un Parlamento que solamente manifiestan la voluntad expresada por los representantes, su eficacia normativa debe ser asegurada jurisdiccionalmente por un juez o en definitiva por un Tribunal Constitucional que al igual que el resto de los poderes públicos y la propia ciudadanía, se encuentra vinculado a la propia Constitución, pero por razones instrumentales poseen una aprehensión en lo que respecta a los derechos fundamentales y a la rigidez y superioridad del texto constitucional.

Como señaló García de Enterría, el argumento jacobino que puede presentar una tensión al sobreponer una decisión judicial al voto mayoritario de la Asamblea, no solamente es sofisticado sino negador extremo del concepto mismo de Constitución que es obra del poder constituyente superior a los poderes constituidos -Parlamento-, que por el carácter rígido que la caracteriza no puede ser modificada por las leyes.⁶⁹

Por otro lado, el Tribunal Constitucional además de considerarse como guardián de la rigidez de la Constitución, su institución es adoptada y consagrada por la mayoría de los países del mundo al ser el instrumento que ha demostrado mayor eficacia al proteger los derechos fundamentales de toda persona ante la amenaza y/o vulneración que puedan ser ejecutados por los todos los poderes públicos entre los que destaco en este trabajo al Parlamento, pues bajo el argumento de la legitimidad democrática mayoritaria que tienen las leyes, resultaría inconcebible que éstas sean aceptadas y puedan vulnerar derechos y libertades.

En dicho caso, la legitimidad democrática de las leyes emanadas del Parlamento que vulneren derechos fundamentales, pierden de manera inmediata la legitimidad de la que pudieron haber gozado, pues el reconocimiento de derechos y libertades previstas en la Constitución responden fielmente a los límites de los poderes del Estado que son propios de los sistemas democráticos e ineludiblemente deben ser salvaguardados por los Tribunales Constitucionales. Aunado a lo anterior, resulta preciso señalar que la democracia *stricto sensu* no responde al gobierno de las mayorías sino fundamentalmente al principio de las minorías y el respeto de sus libertades que se encuentran previstas en la propia Constitución y han de ser

⁶⁸ García de Enterría, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 50-55.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 184-196.

preservadas por los órganos garantes de su supremacía normativa -Tribunales Constitucionales-, con el fin de que esas minorías, dentro del sistema político, puedan ascender en cualquier momento al poder formar nuevas mayorías, pues singularmente estas últimas serán considerada como una regla a utilizar dentro de la democracia como mecanismo impecable de la toma de decisiones.⁷⁰ Cuando la regla de la mayoría -vista como un instrumento, más no un principio- se eleva erróneamente como principio legitimador del sistema democrático, paulatinamente se está destruyendo la democracia y la regla de la mayoría en sí misma.⁷¹

En este propósito y a modo de colofón, debe acotarse además que el poder constituyente ha atribuido al Tribunal Constitucional -como poder adicionado al resto de los públicos- la comisión de defender la supremacía normativa de la Constitución al poder interpretarla, anular aquellos actos que la contravengan e intente modificarla y salvaguardar los derechos y libertades que han sido reconocidos en ella, lo que permite asumir que la legitimidad democrática de las jurisdicciones constitucionales viene dada por el propio texto constitucional y no requiere de elementos externos para afianzar sus facultades a través de mecanismos democráticos, pues su institucionalidad esencialmente es necesaria para mantener el equilibrio al consolidar el sistema político democrático.

2. *¿El mero hecho de legitimar democráticamente a los jueces que forman parte de las jurisdicciones constitucionales a través de los mecanismos de democracia participativa previstos en el constitucionalismo bolivariano, contrarresta la supuesta tensión en la que pudieren estar sujetos los Tribunales Constitucionales tras la falta de legitimidad democrática al actuar y declarar la nulidad de las leyes que son aprobadas por el Parlamento?*

Como se ha demostrado a lo largo de la presente investigación, la tensión referente a la falta de legitimidad democrática de las jurisdicciones constitucionales al anular una ley que ha sido adoptada por el Parlamento como representación mayoritaria de la ciudadanía, no puede ser concebida, ya que dicha legitimación es propia del reconocimiento de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico que a su vez atribuye a los Tribunales Constitucionales la función garante de su rigidez y salvaguarda de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos dentro del sistema político democrático.

Ahora bien, el constitucionalismo bolivariano tal como se ha reseñado con anterioridad, se encuentra enmarcado bajo un sistema político de democracia participativa que sin derogar la representación de las autoridades, va a permitir a la ciudadanía intervenir activamente en la mayor parte de las decisiones que deben ser adoptadas por el Estado. La participación ciudadana no sólo va a limitarse a intervenir en momentos excepcionales o extraordinarios para reforzar comúnmente a la tradicional democracia representativa, sino que en el modelo bolivariano la intervención popular será permanente para controlar o adoptar distintas decisiones de las cuestiones fundamentales del Estado.

Desde esta perspectiva, la participación activa de la ciudadanía dentro del modelo bolivariano va a tener injerencia en lo que respecta a las jurisdicciones constitucionales con el fin de dotarles de legitimidad democrática y así contrarrestar la plausible tensión que se resume bajo el argumento contramayoritario. En tal sentido, la ciudadanía intervendrá de manera directa -Bolivia- o indirecta -Venezuela y Ecuador- en la designación o elección de los jue-

⁷⁰ Bryce, J. *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Editorial Civitas, Madrid, 1962.

⁷¹ Fernández-Miranda Campoamor, C. y Fernández-Miranda Campoamor, A.: *Sistema Electoral, Partidos Políticos y Parlamento*, Editorial Colex, Madrid, 2008, en especial pp. 26-33.

ces que conformarán los Tribunales Constitucionales o las Salas especializadas para cumplir esta función.

Así construido el fundamento bolivariano para lidiar y contrarrestar la tensión a la que pueden estar sujetos los jueces que forman parte de las jurisdicciones constitucionales tras su falta de legitimidad democrática, es menester hacer mención que la CRBV, la CRE y la CPEPB, de forma similar en sus artículos 7, 424 y 410.II, respectivamente, reconocen a sus textos fundamentales como normas supremas dentro del ordenamiento jurídico a la cual se encuentran supeditados todos los poderes públicos y el resto del ordenamiento jurídico.

La eficacia normativa de la Constitución como norma suprema, que se vincula bajo una relación común de dependencia a los sistemas democráticos, se encuentra garantizada jurisdiccionalmente por una autoridad, que al igual que el resto de los poderes públicos debe actuar apegada conforme a las competencias y límites establecidos en la propia Constitución, con la discrepancia de que éstos por razones instrumentales poseen una aprehensión en lo que respecta a los derechos fundamentales y a la rigidez y superioridad del texto constitucional. El sistema de justicia constitucional ha sido adoptado por los constituyentes en las constituciones bolivarianas al acoger un control judicial que configura indistintamente del caso, el establecimiento de jurisdicciones constitucionales autónoma e independiente (Venezuela artículo 335 de la CRBV; Ecuador artículo 429 de la CRE; y Bolivia artículo 196.I de la CPEPB).

En líneas generales, las constituciones bolivarianas desde el momento que reconocen la supremacía normativa de la Constitución y el propio constituyente comisiona a una jurisdicción constitucional -Venezuela a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Ecuador a la Corte Constitucional y Bolivia al Tribunal Constitucional Plurinacional- para garantizar su supremacía, interpretarla y proteger los derechos y libertades de todas las personas, instantáneamente legitiman democráticamente su institucionalidad. En tal sentido, los mecanismos propios del principio de democracia participativa que caracteriza al constitucionalismo bolivariano utilizados en la elección o designación de magistrados que forman parte de las jurisdicciones constitucionales, pueden carecer de fundamento al no ser de imperiosa necesidad para que estas instituciones tengan legitimidad democrática y a su vez puedan cumplir de manera efectiva su labor.

Por el contrario, el hecho de que la ciudadanía tenga injerencia de manera directa o indirecta en los procesos de designación o elección de jueces que formarán parte de las jurisdicciones constitucionales, por un lado puede tener efectos positivos al dotar a la ciudadanía de credibilidad sobre estas instituciones, pero por el otro y con mayor certeza, sus consecuencias pueden ser graves a la hora de mantener el orden constitucional y la consolidación democrática según las funciones que le han sido asignadas por los constituyentes a los Tribunales Constitucionales al no ser realmente una institución autónoma e independiente en el cumplimiento de sus funciones dada la intervención ciudadana en el ejercicio de su labor.

3. *¿De qué forma pueden influir los mecanismos de democracia participativa previstos en las constituciones bolivarianas sobre las funciones jurisdiccionales que llevan a cabo los Tribunales Constitucionales?*

Para responder a esta interrogante, ya en el capítulo III de esta investigación ha sido ampliamente analizados los mecanismos de participación ciudadana en los procesos de designación y elección de magistrados que formarán parte de las jurisdicciones constitucionales en los países que integran el llamado constitucionalismo bolivariano, es decir Venezuela, Ecuador y Bolivia según el orden consecutivo en el cual se han llevado a cabo sus reformas constitucionales.

En el primero de los casos –Venezuela-, la CRBV y la LOTSJ han dispuesto que en previsión al principio de democracia participativa, la ciudadanía intervendrá en los procesos de designación de magistrados en dos momentos sustanciales; *ab initio* en las primeras fase al postular candidatos y al conformar el Comité de Postulaciones Judiciales y posteriormente en la segunda fase al participar en Comité de Postulaciones Judiciales y permitir la impugnación ciudadana de los candidatos.

Como resultado de ello, la participación que presta la ciudadanía en Venezuela en los procesos de designación de magistrados se simplifica a una función de controlar a los candidatos que pretendan ser magistrados del Tribunal Supremo de Justicia por incumplir los extremos legales y a su vez depurar a los mismos del listado de candidatos que serán posteriormente evaluados. Sin embargo, la aceptación y designación concreta de los magistrados se realizará de manera indirecta por la mayor representación ciudadana dentro del sistema estatal como lo es Parlamento, tal como ocurre en la mayor parte de los países que han adoptado el sistema de justicia constitucional, en donde la designación se realizará justamente por parte del Parlamento.

Aunado a lo anterior, si bien la participación ciudadana en el proceso de designación de magistrados que formarán parte de la jurisdicción constitucional puede otorgar mayor credibilidad a la sociedad respecto a dicha institución, no es menos cierto que la labor que llevarán a cabo tales jueces no puede ser cuestionada; de modo que no se requiere imponer cargas a una sociedad para evaluar o impugnar las postulaciones de aquellas personas que pretendan formar parte de los Tribunales Constitucionales, cuando han confiado dicho trabajo a sus representantes electos democráticamente. Por el contrario, en el supuesto de que se postule como candidato a alguna persona que no cumpla con los extremos legales o no posea la honorabilidad requerida para formar parte de las jurisdicciones constitucionales, la misma sociedad activará todos los mecanismos necesarios para transmitir sus inquietudes a los representantes, como a los efectos se produjo en el caso estadounidense cuando el presidente Ronald Reagan (1981-1989) intentó designar como juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos al jurista Robert Bork en el año 1987, quien por su peculiar perfil a tal cargo, hizo movilizar a la sociedad civil -partidos políticos, sindicatos, asociaciones cívicas o defensora de los derechos humanos, profesionales del derecho y universidades- para manifestar su rechazo, el cual culminó siendo adoptado por el Senado norteamericano.⁷²

En el segundo de los casos (Ecuador), quien dentro de su Constitución y la LOGJCC ha adoptado el mecanismo de participación ciudadana en el proceso de designación de jueces de la Corte Constitucional, la ciudadanía intervendrá activamente en dos momentos fundamentales que se reducen al formar parte de la Comisión Calificadora que evaluará a los candidatos durante todo el proceso y posteriormente de manera generalizada al permitírsele a la ciudadanía impugnar a los postulados.

A diferencia del caso venezolano e incluso de la mayoría de los países que han adoptado en sus constituciones la institución de las jurisdicciones constitucionales, la evaluación final o aceptación de las candidaturas no son adoptadas por el Parlamento, sino que la decisión será manifestada por una autoridad determinada -Comisión Calificadora- para llevar a cabo la evaluación de los participantes, que posteriormente deberá ser acogida por la Asamblea Nacional a la hora de designar a los jueces respectivos.

⁷² Beltrán de Felipe, M. y González, J. V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, ob.cit.*, p. 40.

Sin lugar a dudas, el modelo ecuatoriano sigue manteniendo *de facto* un sistema indirecto de participación ciudadana que se ve restringido en determinadas fases y es en definitiva que la Comisión Calificadora -en la que puede verse reflejada la injerencia ciudadana en lo que es la Función de Transparencia Social- es un organismo compuesto mayoritariamente por los representantes de la ciudadanía. Por otro lado, como se ha detallado a lo largo del presente trabajo, la legitimidad democrática que pretende dársele a la Corte Constitucional al designar a los jueces constitucionales con la participación ciudadana, corresponde a una previsión innecesaria dado que su legitimidad democrática viene consolidada por la propia Constitución.

En otro orden de ideas, al analizar a profundidad el proceso ecuatoriano de designación de jueces que formarán parte de la Corte Constitucional, debe hacerse mención a una fase específica que resulta singular para asegurar la capacidad intelectual que por su caracterización instrumental requieren este tipo de jurisdicciones. Me refiero a los efectos del concurso público en el cual se lleva a cabo una oposición para medir la capacidad analítica e intelectual de los candidatos y dependiendo a las calificaciones que éstos obtengan, se elegirán aquellos que por su formidables puntuaciones integrarán esta institución especializada, de una forma similar a la efectuada por el *Committee on the Judiciary* de los Estados Unidos cuando se evalúa al candidato postulado por el Presidente para integrar la Corte Suprema en una audiencia o *hearing* sometiendo al candidato a un duro cuestionamiento, que una vez superado será designado como juez de la Corte por el Senado en pleno.

Asimismo, al analizar a profundidad el sistema de control constitucional ecuatoriano en lo que respecta al método difuso y extender su aplicación a autoridades no judiciales, resulta claro que la adopción de dicho método por autoridades administrativas puede presentar severos problemas al surgir inaplicaciones incongruentes bajo premisas sin fundamento, que a todas luces deben ser exclusivamente resueltas conforme criterios jurídicos por los jueces ordinarios o en su caso por los jueces especializados que forman parte de los Tribunales Constitucionales como garante de la Constitución, de manera que la facultad que pueden tener otras autoridades no judiciales (autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos) debe supeditarse a la posibilidad de imponer los recursos necesarios ante los Tribunales competentes cuando presenten sospechas o dudas de la contradicción de normas de distintas jerarquías.

En el tercero de los casos -Bolivia-, dispone como principio estructural de su sistema político una democracia participativa, que a diferencia de los otros países que forman parte del constitucionalismo bolivariano, presenta una tipología más innovadora en el proceso de selección de magistrados que conformarán el Tribunal Constitucional Plurinacional al ser electos directamente a través del sufragio universal de la ciudadanía.

Con respecto al método boliviano de elección de magistrados, debe acotarse que como bien se ha insistido en el desarrollo de esta investigación, resulta innecesaria la dotación de legitimación democrática a una institución que por su naturaleza y función viene dotada de legitimidad por el propio constituyente *ab initio* en la propia Constitución. De hecho, dentro de los modelos de designación de jueces que recogen los textos fundamentales que forman parte del constitucionalismo bolivariano para dotar de legitimidad democrática a las jurisdicciones constitucionales, el mecanismo adoptado por la CPEPB es el más alarmante debido a los efectos gravosos e irreversibles que puede ocasionar.

A mi juicio, el hecho de presentar a los candidatos que posiblemente integren el Tribunal Constitucional Plurinacional -una institución indispensable que por su instrumentalidad depende en gran medida el orden y la consolidación democrática de un país a la hora de

resguardar el valor supremo de la Constitución, controlar los poderes del Estado y garantizar los derechos y libertades de toda persona- a una elección universal por parte de la ciudadanía, puede traer consigo una deformación del verdadero sentido y naturaleza que caracteriza a las jurisdicciones constitucionales por dos razones:

En primer término, debe mencionarse la incesante imposición de cargas a la sociedad al tener que elegir además de sus representantes, a los miembros que conformarán las jurisdicciones constitucionales, en donde “un sistema en el que los decisores no saben nada de las cuestiones sobre las que van a decidir equivale a colocar la democracia en un campo de minas⁷³” Por consiguiente, la elección de magistrados a través del sufragio universal es inconcebible, básicamente por las funciones especializadas que debe llevar a cabo el Tribunal Constitucional, que si bien la sociedad conoce de su existencia, lo cierto es que carecen de conocimientos suficientes acerca de las funciones intrínsecas que estas jurisdicciones deben ejercer para mantener el orden democrático dentro del país y a la hora de que las personas deban acudir a hacer efectivo su derecho de voto, podrán prevalecer en su elección aquellos aspectos ideológicos, partidistas o populistas del candidato sobre los méritos académicos y profesionales propios del aspirante.

Justamente en relación a este apartado, el 16 de octubre de 2011 se llevaron a cabo las elecciones de magistrados del Tribunal Supremo boliviano y Tribunal Agroambiental, autoridades del Consejo de la Magistratura y magistrados del TCPB. Ahora bien, respecto a las elecciones de los magistrados que actualmente forman parte del TCPB, debe señalarse que según las cifras oficiales suscritas por el Tribunal Supremo Electoral del Estado Plurinacional de Bolivia, de un total 5.243.375 ciudadanos inscritos en el registro electoral boliviano, hubo una participación ciudadana de 4.176.549 y una abstención de 1.066.826, es decir de un 20,35%.

Al hilo de lo anterior, si bien hubo un nivel de participación electoral alto, no es menos cierto que del conteo final sólo hubo un total de 1.758.283 votos validos ya que entre votos nulos y votos en blanco se obtuvo la suma de 2.418.266, lo que implica a todo evento que las elecciones realizadas no fueron del todo satisfactorias y que la pretendida legitimidad que se dio a los magistrados del TCPB se vio limitada a un 33,53% de la población boliviana, de modo que pueden argumentarse diversas hipótesis como el desconocimiento de la sociedad respecto a las autoridades y función que cumple el Tribunal Constitucional lo que llevó a la votación de grupos minoritarios en los que imperan aspectos políticos o ideológicos frente a los profesionales.

En segundo término, a pesar de que legalmente se prohíbe a los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional hacer por sí mismos o a través de terceros campaña o proselitismo político so pena de su inhabilitación, lo cierto de ello es que la función del juez como autoridad autónoma e independiente se tergiversa al exponerle como un actor político más dentro de una pugna electoral, que a todo evento requerirá accionar e influir en el electorado para sumar votos y así obtener el cargo para el que se ha postulado.

Bajo estas consideraciones resulta insostenible poder hablar de una verdadera justicia constitucional en el nuevo sistema boliviano, ya que en su caso el Tribunal Constitucional en vez de ser el comisionado del poder constituyente para salvaguardar la supremacía normativa de la Constitución, pasaría a convertirse en el comisionado del pueblo por el mero hecho de

⁷³ Sartori, G. “En defensa de la representación política”. *Claves de razón práctica*, N° 91, 1999, pp. 2-6

que sus miembros han sido electos a través del sufragio universal, que como consecuencia a ello los vinculará estrechamente con el electorado que a través de los votos los hicieron formar parte de la jurisdicción constitucional.

Finalmente, al analizar a profundidad el constitucionalismo bolivariano ha podido estudiarse su origen, principios y postulados que lo diferencian notablemente del constitucionalismo tradicional, presentado en la mayor parte de los países democráticos del mundo sin objeción alguna. Por otro lado, ambos constitucionalismos demuestran elementos comunes que son sustanciales para el mantenimiento del orden constitucional y democrático al atribuir a una autoridad especializada la incesante labor de salvaguardar la supremacía normativa de la Constitución a través de un sistema de control judicial.

Sobre la base del sistema de justicia constitucional, la doctrina ha puesto en manifiesto la supuesta tensión a la que han estado sujetas las jurisdicciones constitucionales tras su falta de legitimidad democrática al anular una ley que cuenta con la aprobación del Parlamento, cuyos integrantes han sido electos a través del sufragio universal y cuentan con el mayor grado de representación ciudadana, supuesto este que el constitucionalismo bolivariano trató de contrarrestar al dotar a los jueces de legitimidad democrática aplicando para ello el principio de democracia participativa al momento de designar o elegir a los jueces que formarán parte de las jurisdicciones constitucionales.

A pesar de que muchos juristas en oposición al control judicial de la constitucionalidad apelen al argumento contramayoritario de los jueces para anular una ley emanada de un Parlamento, he podido demostrar que tal tensión es inexistente y que la legitimidad democrática de las jurisdicciones constitucionales viene proporcionada por el propio texto constitucional, de modo que los mecanismos expuestos en las constituciones bolivarianas para dotar de legitimidad democrática a los jueces constitucionales, resultan innecesarios y consecuentemente a ello pude traer consigo efectos que distorsionan la naturaleza y función de los Tribunales Constitucionales al momento de conservar la supremacía constitucional, el control del poder del Estado y el respeto de los derechos y libertades.

En este mismo sentido, hago un llamado de atención en respuesta al modelo constitucional bolivariano que se ha gestado y expandido en Latinoamérica, pues las soluciones propuestas a la crisis económico-sociales que caracterizan a gran parte de los países del hemisferio sur no deben resolverse con reformas constitucionales sin tomar en cuenta los efectos que puede ocasionar a corto y mediano plazo dentro de los sistemas políticos democráticos; y aquellos países que han optado por ejecutarlas en uso de los postulados y principios característicos del modelo bolivariano, si bien conceden considerables beneficios a la sociedad al ampliar y tutelar un catálogo de derechos de los que antes carecían, por otro lado, sus reformas institucionales corrompen la naturaleza y función que deben desempeñar las propias instituciones como garantes de la constitución y la democracia en sus naciones.