



José Antonio Rivera S. (Bolivia)*

Reformas constitucionales y justicia constitucional

RESUMEN

En este trabajo se estudia el tema desde una perspectiva doctrinal, positiva y jurisprudencial. Como base doctrinal se describe la reforma constitucional, anotando la importancia del tema, los alcances y límites de la reforma, e identificando como papel de la justicia constitucional en los procesos de reforma el ejercicio del control de constitucionalidad sobre los vicios de competencia y los vicios de procedimiento en la formación y la aprobación de las reformas constitucionales. Se analiza y describe el control orientado a resguardar la división o separación de poderes entre el poder constituyente y los órganos del poder constituido, a preservar los principios democráticos y a proteger los derechos humanos en el proceso de la reforma constitucional. Se concluye con una descripción de los límites al ejercicio del control de constitucionalidad. Finalmente se analizan los riesgos a los que está expuesta la justicia constitucional durante el proceso de reforma de la Constitución, el riesgo de la neutralización del control de constitucionalidad a partir de acciones directas e indirectas provenientes de los actos políticos mayoritarios y el riesgo de la desconfiguración institucional en la Constitución reformada. Al efecto se describe, a manera de ejemplo, la situación de la justicia constitucional en Bolivia, en el proceso de reforma constitucional que se viene desarrollando.

Palabras clave: sistema constitucional, justicia constitucional, reforma constitucional, control de constitucionalidad, tribunales constitucionales, derechos humanos, jurisprudencia comentada, Bolivia.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit untersucht das Thema unter doktrinen und positiv-rechtlichen Gesichtspunkten sowie aus Sicht der Rechtsprechung. Zunächst wird die Verfassungsreform als doktrinaire Grundlage vorgestellt. Dabei wird auf die Bedeutung des Themas und die Reichweite und Grenzen der Reform

* Magíster en Derecho Constitucional. Ex magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia. Catedrático titular de derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba. Docente invitado de la Universidad Real y la Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca. Docente de posgrado en la Universidad Gabriel René Moreno de Santa Cruz, la Universidad Andina Simón Bolívar, la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba, la Universidad Mayor San Andrés de La Paz, la Universidad Domingo Savio de Santa Cruz y la Universidad Los Andes de La Paz.

eingegangen. Die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit bei eventuellen Kompetenzüberschreitungen und Verfahrensmängeln bei der Erarbeitung und Verabschiedung von Verfassungsreformen wird als Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit definiert. Anschliessend werden die Kontrollen zur Sicherstellung der Gewaltenteilung zwischen verfassungsgebender Gewalt und den Organen der konstituierten Gewalt, zur Garantie der demokratischen Prinzipien und zum Schutz der Menschenrechte während des Verfassungsreformprozesses analysiert und beschrieben, gefolgt von einer Betrachtung der Grenzen, die der Kontrolle der Verfassungsmässigkeit gezogen sind. Abschliessend wird auf die Risiken eingegangen, denen die Verfassungsgerichtsbarkeit während der Verfassungsreform ausgesetzt ist: das Risiko der Neutralisierung der Verfassungskontrolle durch direkte und indirekte Eingriffe auf der Grundlage der Entscheidungen der politischen Mehrheit und das Risiko einer Auflösung der Institutionen durch die reformierte Verfassung. Dazu wird beispielhaft die Situation der bolivianischen Verfassungsgerichtsbarkeit unter dem Eindruck des derzeitigen Verfassungsreformprozesses dargestellt.

Schlagwörter: Verfassungssystem, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsreform, Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, Verfassungsgerichte, Menschenrechte, kommentierte Rechtsprechung, Bolivien.

ABSTRACT

This paper discusses constitutional reform from the viewpoint of doctrine, positive law and jurisprudence. As a basis for doctrine, constitutional amendments are described in this paper, pointing out their significance, scope and limits, and also identifying as the role of constitutional justice in reform procedures the constitutionality control of jurisdictional defects and breaches of procedural requirements in the preparation and approval of constitutional reforms. It also contains a discussion and description of control aimed to safeguard the division and separation between the constituent power and the established institutions, to preserve democratic principles, and to protect human rights in the constitutional reform process. It concludes with a description of limits in the exercise of constitutional control. Lastly, there is an analysis of the risks of constitutional justice during the constitutional amendment process, the risk of defusing constitutional control directly and indirectly based on majority political action, and the risk of institutional derangement under the amended constitution. For such purpose, by way of example, the situation of constitutional justice in Bolivia, within the constitutional reform process in progress, is described.

Key words: constitutional system, constitutional justice, constitutional amendment, control of constitutionality, constitutional courts, human rights, annotated jurisprudence, Bolivia

1. Introducción

Dos fenómenos caracterizan el constitucionalismo latinoamericano de las últimas décadas del siglo xx y la primera del siglo xxi. El primero, es la implementación de una justicia constitucional, encargada de resolver los conflictos y controversias constitucionales, constituyéndose en el máximo guardián y último intérprete de Constitución. El segundo, un proceso de reformas constitucionales, a través de asambleas constituyentes, con la tendencia de introducir profundos cambios al respectivo sistema constitucional del Estado.

Considerando la misión de la justicia constitucional en el Estado democrático constitucional de derecho, y la finalidad que persiguen las reformas constitucionales, surge la necesidad de abordar el estudio y análisis del tema *reformas constitucionales y justicia constitucional*, a objeto de determinar cuál es la relación entre ambos institutos jurídicos, de manera que se pueda definir el papel que desempeña la justicia constitucional en las reformas constitucionales, qué alcances y límites tiene la labor desarrollada por la justicia constitucional con relación a las reformas constitucionales; asimismo, determinar en qué medida afectan las reformas constitucionales a la labor de control de constitucionalidad que desarrolla la justicia constitucional, y determinar cuáles son los riesgos que generan las reformas constitucionales con relación a la institucionalidad de los tribunales constitucionales, a través de los cuales se ejerce la justicia constitucional.

Son esos los temas que en el presente trabajo se abordan desde una perspectiva jurídica constitucional, acudiendo para ello a la fuente doctrinal, positiva y jurisprudencial, contrastando las hipótesis formuladas con datos fácticos.

2. La reforma constitucional

La reforma constitucional y la forma de encarar ese proceso fueron, son y serán siempre los temas más importantes del derecho constitucional, por lo tanto, objeto de polémicas constantes.

Así, al aprobar la primera Constitución escrita y sistematizada, como es la de Estados Unidos, se generó un profundo debate doctrinal sobre si se debió adoptar un procedimiento flexible o rígido para reformar la Constitución; en el debate surgieron dos corrientes absolutamente contrapuestas; una sostuvo la flexibilidad y otra la rigidez del procedimiento de reforma; al final, como expresara Madison, fue preciso encontrar un sistema que protegiera a la Constitución “por igual contra esa facilidad extrema, que haría a la Constitución demasiado variable, y contra esa exagerada dificultad, que perpetuaría sus defectos manifiestos”.¹

Los franceses no estuvieron exentos del debate, pero al final introdujeron una norma expresa en el artículo 28 de la Constitución de 1793, en la que se declaró que “Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”; un principio que expresa la sentida necesidad de evitar una Constitución inmutable que mutile a las generaciones posteriores a la que creó la Ley Fundamental, su derecho de dotarse de sus propias normas y definir su propio destino, asumiendo un pacto social acorde con su realidad.

Existen sobradas razones para reformar una Constitución; unas son de orden estrictamente político y otras son esencialmente de orden jurídico.

En el orden político, tomando en cuenta que la Constitución es un pacto social y político que fija las normas y reglas básicas de convivencia pacífica y la construcción

¹ *El Federalista*, XLIII, traducción de G. R. Velasco, México, 1943, p. 191.

democrática de la sociedad, ese pacto suele enfrentar una crisis de legitimidad, que exige de una renovación del pacto; o, en su defecto, debido a los cambios dinámicos que enfrenta la sociedad, el pacto ya no responde a la realidad social, económica y política que debe regir la Constitución.

Con relación a las razones jurídicas, cabe señalar que la Constitución, como toda obra humana, no es perfecta, pues siempre presenta problemas de contradicciones, imprecisiones o imprevisiones, conocidas también por la doctrina como *lagunas*; las que conforme hace notar el profesor Loewenstein,² pueden ser de dos tipos: a) las descubiertas o *lagunas del constituyente*, aquellas en las que “el Poder Constituyente fue consciente de la necesidad de una regulación jurídico-constitucional, pero por determinadas razones omitió hacerlo”; y b) las ocultas o *lagunas de la Constitución*, aquellas que se producen cuando “en el momento de crear la Constitución, no existió o no se pudo prever la necesidad de regular normativamente una situación determinada”.

En consecuencia, siempre existirá la necesidad de efectuar las correcciones y los cambios necesarios en el texto constitucional. De ahí que toda Constitución escrita consigne entre sus normas cláusulas referidas a su reforma, estableciendo procedimientos diferenciados de aquellos que se emplean para modificar la legislación ordinaria. Ello como una respuesta a la necesidad de dotar al Estado de un mínimo de seguridad jurídica, lo que exige estabilidad constitucional; pues como hizo notar James Bryce:³

[...] la estabilidad de una Constitución es una cualidad muy deseable, porque da a las conciencias de los ciudadanos una sensación de seguridad que redundan en beneficio del orden, la industria y la economía; y a la vez porque permite acumular experiencias que hacen posible el mejoramiento de la Constitución.

Resulta necesario remarcar que, considerando su importancia en un Estado democrático constitucional de derecho, la Constitución debe estar dotada de una garantía de estabilidad, lo que supone que no debe estar sometida a cambios con demasiada frecuencia. Ello no significa que sus normas sean pétreas e inmodificables, pues la estabilidad no conlleva la prohibición de la reforma constitucional; se entiende que no reformar oportunamente la Constitución podría generar un divorcio creciente entre el proceso político y social con el texto constitucional.

Por lo referido, la reforma constitucional debe concebirse como un mecanismo de balance permanente entre las necesidades de estabilidad constitucional y los requerimientos que conllevan los procesos de cambio social, político y económico. Es necesario tener presente que, como dice Miguel Carbonell:⁴

² Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, traducción de A. Gallego A., 2.ª ed., Barcelona: Ariel, 1976, pp. 170-171.

³ James Bryce: *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas* (estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú), Madrid, 1988, p. 92.

⁴ Miguel Carbonell: “Sobre la reforma constitucional y sus funciones”, en el libro colectivo *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México: Porrúa y UNAM, 2000, p. 377.

[...] tan nefasta es una hiperreformabilidad continua, como una inmovilidad irrazonable. Entre ambos extremos, la reforma constitucional puede desempeñar con éxito sus funciones.

Cabe señalar que, en el contexto referido, una de las partes fundamentales de toda Constitución es la que regula el procedimiento de la reforma constitucional, es decir, aquellas normas constitucionales que definen la forma en que se reformará, determinan a quién corresponderá la iniciativa, quién tendrá el poder reformador, cuáles serán las ocasiones y los plazos en los que se efectuará la reforma, los mecanismos de participación ciudadana y el papel que desempeñen los órganos del poder constituido en el proceso de reforma. Dependerá de esas normas la estabilidad constitucional y el equilibrio entre la inmutabilidad irrazonable y el “reformismo” irresponsable; pues, como sostiene Pedro de Vega,⁵ es en las normas de reforma donde el sistema constitucional se pone a prueba consigo mismo, y donde se valoran el contenido y el alcance del propio concepto de Constitución.

2.1. La reforma parcial y la reforma total

Un tema que suscitó y aún suscita gran debate constitucional es el referido a la extensión de la reforma, vale decir, la definición sobre si la reforma constitucional puede ser total o solamente parcial.

En el constitucionalismo clásico se sostuvo la tesis de que la reforma solo podía ser parcial, lo que significaba que solo podían reformarse algunas partes de la Constitución y no la totalidad, y menos afectar las líneas básicas y estructurales que se refieren a la forma de Estado, el régimen de gobierno, los derechos fundamentales de las personas; en suma, lo que se podría denominar el *núcleo esencial* del sistema constitucional. Fue sobre la base de esa tesis principal que la mayoría de las constituciones previeron solamente la reforma parcial; así, la Constitución de Bolivia, desde que fue adoptada en 1826 hasta la reforma constitucional del 2004, previó solamente la reforma parcial.

En el constitucionalismo contemporáneo esa tendencia fue cambiando gradualmente, toda vez que, de un lado, los diferentes Estados fueron incorporando en el texto de su Constitución ambas posibilidades, es decir, la reforma parcial y también la reforma total, y, de otro, el debate constitucional fue cambiando de orientación, pues resulta más importante definir el órgano encargado de realizar la reforma, el procedimiento de reforma —si es único o diferenciado— y la participación popular en el proceso de reforma —es decir, la participación ciudadana en la iniciativa o formulación del proyecto de reforma, así como en la aprobación o ratificación de la reforma constitucional—. Así, la Constitución de España de 1978, la de Colombia de 1991 o la de Costa Rica de 1968 prevén la reforma parcial y la reforma total, a cuyo efecto determinan procedimientos diferenciados.

⁵ Pedro de Vega: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1991, p. 81.

Es importante advertir que la reforma parcial o total de la Constitución no se refiere a la cantidad de normas a ser reformadas, sino a los elementos del sistema constitucional que pueden o no ser objeto de modificación o sustitución; entonces, no se trata de un problema cuantitativo, orientado a definir el *cuánto*, sino de un problema cualitativo, orientado a definir el *qué* se puede o no modificar en el sistema constitucional configurado por la Constitución.

La reforma parcial implica modificar la Constitución en todas aquellas partes que no afecten al núcleo esencial del sistema constitucional configurado en su parte axiológica, la parte dogmática y la parte orgánica.

Se trata de reforma total cuando se introducen modificaciones respecto a los aspectos esenciales de la vida política, social y económica del Estado; esto es, modificar el sistema constitucional cambiando el sistema de valores supremos y principios fundamentales, sustituyendo el tipo de Estado vigente por otro nuevo, cambiando el régimen de gobierno que impera por otro diferente, introduciendo cambios importantes en la estructura social, jurídica, económica y política del Estado, o introduciendo cambios significativos a los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Precisamente, a partir de los alcances de la reforma constitucional es que las constituciones definen la titularidad de la reforma, es decir, el órgano encargado de encararla. Así, la tendencia generalizada es que si la reforma es parcial la labor se encomienda al poder constitucional reformador, ejercido por el órgano legislativo, mismo que, cuando realiza la reforma constitucional, no actúa en su condición de órgano del poder constituido, sino ejerciendo la investidura especial que le otorga el constituyente originario. En cambio, cuando la reforma es total, la labor es ejercida por el poder constituyente reformador, que generalmente es la asamblea constituyente ad referendum.

2.2. Los límites a la reforma constitucional

Otro tema objeto de profundo debate es el referido a los límites que tiene la reforma constitucional; ello porque existen posiciones encontradas en torno a si es posible imponer límites al poder constituyente originario, cuando la reforma es encarada en esa instancia, si es permisible imponer límites sin correr el riesgo de convertir en cláusulas pétreas las normas de la Constitución y, de imponerse, qué tipos de límites son admisibles.

Al respecto, cabe señalar que en el constitucionalismo clásico se asumió una posición contraria a imponer límites para el caso en que el poder constituyente proceda al cambio de una Constitución, una posición que tuvo su sustento en la naturaleza del poder constituyente. El francés Emmanuel Sieyès, al referirse al carácter ilimitado del poder constituyente, sustentó su tesis en la idea del origen de este poder, que a su criterio fue la Nación, de manera que para este estudioso “basta que la Nación quiera” para que se adopte una u otra decisión sin que exista límite alguno, pues el poder constituyente lo puede todo y de ninguna manera está sometido de antemano a una Constitución dada. De otro lado, el profesor alemán Carl Schmitt sustentó el carácter

absoluto e ilimitado del poder constituyente originario en la fuente del poder invocada por Hobbes: *voluntas facit legem*.

En el constitucionalismo contemporáneo, esa posición ha sufrido profundos cambios, debido a que, en el nuevo contexto mundial caracterizado por los fenómenos de la globalización y la integración regional, ningún poder de reforma, ni siquiera el poder constituyente fundador u originario, puede actuar al margen de los compromisos y obligaciones que asume el respectivo Estado en el marco del derecho internacional, el derecho de integración o derecho comunitario y el derecho internacional de los derechos humanos.

De lo referido se puede concluir que, más allá de los debates doctrinales, no existe una reforma constitucional ilimitada; ello significa que incluso una reforma total realizada por el poder constituyente originario está sujeta a límites estructurales, axiológicos y dogmáticos, así como a límites que nacen de los compromisos internacionales del Estado.

Ahora bien, los límites a la reforma constitucional varían en función del poder encargado de desarrollar la labor.

Si la reforma constitucional total será realizada por el poder constituyente originario o fundador, formalmente no existen límites jurídico-positivos, pero materialmente se imponen límites que, en el orden interno, pueden ser clasificados en dos: los ideológicos, emergentes del ámbito axiológico —denominados por algunos como las *creencias* o por otros como los *valores supremos*— y los estructurales, que emergen del ámbito social —como el sistema productivo, las clases sociales, etcétera—. Asimismo, existen límites que derivan de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en los tratados, pactos o convenciones internacionales en materia de derechos humanos o en materia de integración regional.

En cambio, si la reforma constitucional será realizada por el poder constituyente reformador o el poder constitucional reformador, ejercido por el órgano legislativo, de un lado se imponen límites materiales de orden ideológico y de orden estructural, y de otro se imponen límites positivo-jurídicos, caracterizados como *límites autónomos* —aquellos que derivan del ordenamiento jurídico fundamental interno— y *límites heterónomos* —aquellos que derivan de las obligaciones y los compromisos internacionales asumidos por el Estado a través de tratados, convenciones y pactos internacionales.

Cabe señalar que la doctrina constitucional reconoce dos clases de límites autónomos. Los *límites autónomos procesales* se refieren a la competencia del poder de reforma, al trámite y los procedimientos que deben ser cumplidos por el poder constituyente reformador o el poder constitucional reformador al realizar la reforma de la Constitución. Los *límites sustanciales* se refieren al contenido de la reforma, es decir, son límites al contenido mismo de la reforma impuestos por el poder constituyente originario en función de determinados valores supremos o principios fundamentales. Así, por ejemplo, se suele establecer la prohibición de modificar el contenido ideológico de la Constitución expresado en los valores supremos —es la tendencia del *iusnaturalismo*—, o del modelo de Estado democrático por otro autocrático o despótico; también se suele prohibir la supresión de los derechos humanos positivados en

la Constitución, lo que se conoce también como la inderogabilidad de la declaración de derechos fundamentales y la irreversibilidad de la declaración de los derechos fundamentales. A esos límites la doctrina los conoce con el nombre de *cláusulas pétreas* o *intangibles*, pues son normas fundamentales cuya reforma está prohibida, ya sea de manera implícita o explícita.

3. El papel de la justicia constitucional en los procesos de reformas constitucionales

Para comprender el papel de la justicia constitucional en los procesos de reformas constitucionales resulta necesario referirse, de manera resumida, a la misión que ella tiene en un Estado democrático constitucional de derecho.

La justicia constitucional inicialmente se estructuró como un sistema de control de la compatibilidad de las leyes con la Constitución; tuvo su configuración en la tendencia racionalizadora del poder, como una reacción frente a la primacía parlamentaria, de manera que las disposiciones legales ordinarias cumplan con las condiciones de validez previstas por la Constitución.

Después de la segunda posguerra mundial, la justicia constitucional surgió como una manifestación del Estado democrático constitucional de derecho, en cuanto supone la consagración del principio de suprallegalidad constitucional, para resguardar y preservar la supremacía de la Constitución, la tutela de los derechos fundamentales de las personas y la configuración moderna del principio de separación de funciones o división del ejercicio del poder político, tanto en el sentido horizontal como el vertical o territorial.

Es importante señalar que la justicia constitucional se fundamenta en la necesidad de salvaguardar el sistema constitucional que se configura en la Constitución sobre la base de un sistema de valores y principios fundamentales, de proteger los derechos fundamentales de las personas y de resguardar el régimen democrático con un gobierno limitado por la Constitución; de manera que, como sostiene Fernández Segado,⁶ se pueda prevenir la tiranía de la mayoría y evitar que los poderes de decisión política asuman formas y contenidos arbitrarios.

Como afirmó Rudolf Smend, citado por García de Enterría,⁷ la justicia constitucional, ejercida a través de los tribunales constitucionales, tiene una triple tarea que cumplir en un Estado social y democrático constitucional: en primer lugar, crear orden en el amplio sentido de las cuestiones jurídico-constitucionales, en las que solo puede crear un orden auténtico una justicia independiente del más alto rango; en segundo lugar, fortalecer las bases de la existencia política, en la que a los ciudadanos se nos permite experimentar la vivencia de la condición de Estado constitucional de derecho,

⁶ Francisco Fernández Segado: "La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano", en Tribunal Constitucional (ed.): *La justicia constitucional en Bolivia 1998-2003*, Sucre: Kipus, 2003, p. 203.

⁷ Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed. Madrid: Civitas, 1983, p. 195.

de nuestra comunidad y de la dignidad garantizada de ciudadanos libres; finalmente, luchar por el imperio de los derechos y los bienes al tomar como motivación expresa de sus decisiones estos más altos valores de la tierra.

Entonces, en un Estado democrático constitucional de derecho, la justicia constitucional tiene como misión fundamental custodiar y defender la Constitución, garantizando su primacía; brindar una garantía evolutiva de los derechos fundamentales de las personas en el contexto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; proteger la democracia y el Estado constitucional de derecho; resguardar la separación de poderes y la distribución de funciones entre los órganos del poder constituido para garantizar un equilibrio en el ejercicio del poder político del Estado; resguardar el pluralismo político y con ello de la protección de las minorías de todo tipo.

Como parte de su misión fundamental la justicia constitucional cumple un papel importante en los procesos de reformas constitucionales, que consiste en ejercer un control de constitucionalidad sobre esos procesos, con la finalidad de: 1) preservar el principio de separación de poderes en los cuatro niveles que extraordinariamente identificó el profesor García Pelayo: a) la separación entre el poder constituyente y el poder constituido; b) en la relación Estado-sociedad, es decir la división entre el poder estatal y los derechos y libertades de los individuos y grupos sociales; c) la separación entre los órganos del poder constituido, es decir, la distribución de competencias atribuidas a órganos de un mismo rango dentro del orden constitucional, y d) la división vertical o territorial del ejercicio del poder político, es decir, la distribución de competencias entre los niveles centrales del Estado, los niveles regionales y locales; 2) resguardar los principios democráticos frente a los desvaríos de las mayorías, para proteger a las minorías; 3) proteger los derechos humanos, como garantía para el desarrollo del verdadero debate democrático, y 4) preservar el Estado constitucional de derecho en el proceso de elaboración y adopción del pacto constitucional.

3.1. El control de constitucionalidad sobre las reformas constitucionales

Como se ha referido, la reforma constitucional tiene, de un lado, límites de orden ideológico y estructural y, de otro, límites de orden jurídico-positivo, que derivan de los compromisos y obligaciones internacionales asumidos por el Estado, así como del ordenamiento jurídico interno expresado en la Constitución, las leyes orgánicas que regulan la materia⁸ y los reglamentos internos de los poderes de reforma constitucional. Para impedir que estos poderes excedan los límites fijados y violenten la esfera de división del poder y los principios democráticos, vulneren los derechos humanos y desconozcan el Estado constitucional de derecho, se encomienda a la justicia constitucional la labor ejercer control de constitucionalidad sobre las reformas constitucionales.

⁸ Básicamente se tiene la Ley de Convocatoria a la Asamblea Constituyente y la Ley del Referéndum Constitucional para la aprobación o ratificación de la Constitución, según corresponda al procedimiento previsto.

Cabe señalar que el control de constitucionalidad sobre los vicios de competencia y los vicios de procedimiento en la formación y la aprobación de las reformas constitucionales es, sin lugar a dudas, una de las funciones más trascendentales de la justicia constitucional en las democracias contemporáneas.

En el contexto referido, la justicia constitucional ejerce el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales con relación a la división o separación de poderes entre el poder constituyente y los órganos del poder constituido, para verificar que estos últimos no se hayan arrogado competencias y funciones propias del poder constituyente o del poder constitucional de reforma y para que el poder constitucional reformador no se haya arrogado las competencias y funciones del poder constituyente, de manera que, a título de reforma parcial, no haya sustituido la Constitución adoptada por este último. Asimismo, ejerce la función de verificar que el poder constituyente no se arrogue las funciones de los órganos del poder constituido ni ejerza las atribuciones que corresponden al gobierno, de modo que su función constituyente se reduce a reformar o modificar la Constitución.

En definitiva, la justicia constitucional, con relación al resguardo de la división o separación de poderes, controla que el proceso de la reforma constitucional no se desarrolle con vicios de competencia, anulando todo acto de invasión de competencias.

Respecto a la preservación de los principios democráticos, la justicia constitucional ejerce control de constitucionalidad sobre los procesos de reforma constitucional para evitar que, según la concepción errónea de que la democracia es el gobierno omnímodo de las mayorías, los grupos de poder que tengan una mayoría circunstancial en el poder constituyente o el poder constitucional reformador que encara la reforma constitucional aprueben normas constitucionales que lesionen la legitimidad interna de la Constitución⁹ anulando la democracia. Así, por ejemplo, cuando la mayoría política ocasional, sin respetar las normas básicas del debate y los procedimientos previstos en la Constitución, la ley y el reglamento interno, apruebe una norma en virtud de la cual concentra todo el poder en un solo ente u órgano constitucional, como es el Ejecutivo, o adopte una Constitución que exprese un proyecto de ejercicio hegemónico del poder político de un colectivo social con exclusión y marginación de otros colectivos sociales, está claro que esa determinación acabaría con la operatividad futura del principio democrático de la pluralidad.

Frente a esos potenciales peligros, la justicia constitucional ejerce el control de constitucionalidad para garantizar que la soberanía popular sea expresada a través de deliberaciones y decisiones sometidas a reglas preestablecidas de procedimiento, que buscan asegurar la formación de una voluntad democrática y la adopción de un pacto constitucional sobre la base de una discusión pública que haya permitido la participación activa de las minorías y respetado las reglas de la mayoría exigida para

⁹ Según el profesor español Manuel Aragón, la legitimidad, desde el punto de vista jurídico-constitucional, no es otra cosa que la “congruencia” entre fines y medios expresados por la Constitución o, en otras palabras, la “congruencia” constitucional entre principios materiales y principios estructurales.

dicho efecto. En ese cometido, la justicia constitucional controla que la reforma constitucional no se desarrolle ni materialice con vicios de orden procesal.

Con relación al resguardo y la protección de los derechos humanos, siendo estos los presupuestos materiales del Estado constitucional de derecho y los presupuestos procesales del funcionamiento de la democracia, la justicia constitucional desarrolla la labor de control de constitucionalidad en diferentes escenarios.

El primero se refiere al proceso de conformación del poder constituyente o el poder constitucional reformador, esto es, el proceso de selección de candidatos y elección de los representantes, resguardando los derechos políticos de los ciudadanos de acceder a los cargos electivos en igualdad de condiciones y oportunidades, garantizando que el derecho de sufragio activo y pasivo no sea vulnerado.

El segundo se refiere al proceso de formación de la voluntad democrática constitucional para adoptar las reformas constitucionales —es decir, el proceso de elaboración, de discusión pública, la presentación y el debate de los informes, el debate sobre el proyecto y la votación—. Se trata de resguardar que el derecho de representación política de los miembros del poder constituyente o del poder constitucional reformador, en general, y de aquellos grupos minoritarios dentro de esos órganos, en particular, sea respetado y no se vea vulnerado, de manera que las decisiones adoptadas sean el fruto de un adecuado funcionamiento de la representación política, sobre la base del pluralismo; se trata asimismo de que se mantengan abiertos y expeditos los canales de participación ciudadana, como vías de transformación social pacífica y democrática, y de vigilar que se facilite la representación efectiva de las minorías, respetando el derecho al disenso.

El tercero se refiere a la participación ciudadana en el proceso de formación de la voluntad democrática constitucional, es decir, la participación en la formulación de la iniciativa o formulación del proyecto de reforma, así como en la aprobación o ratificación de la reforma constitucional aprobada por el poder constituyente o el poder constitucional reformador, resguardando que las decisiones colectivas, que vinculan a toda la sociedad, sean un producto de una discusión pública en la que todos los ciudadanos y ciudadanas tengan derecho a participar en igualdad de oportunidades, así como que se respete su derecho de sufragio en el referéndum aprobatorio o ratificatorio.

Pero, más allá de ese control que abarca el ámbito procedimental, en el que se protegen los derechos humanos, la justicia constitucional desarrolla la labor de control de constitucionalidad en el ámbito sustancial, resguardando que las reformas y modificaciones de la Constitución no den lugar a la supresión de los derechos humanos, consagrados como derechos fundamentales.

Finalmente, con relación al Estado democrático de derecho, la justicia constitucional ejerce control de constitucionalidad sobre la reforma constitucional para resguardar las normas básicas preestablecidas que regulan el proceso, normas que regulan el procedimiento de formación de la voluntad democrática constitucional. Cabe recordar que el respeto de los procedimientos en la reforma constitucional es vital porque se trata de modificar la norma fundamental del Estado, misma que, dada su importancia,

está dotada de supremacía y de rigidez, por lo cual su reforma exige procedimientos especiales agravados, en especial en dos aspectos: mayorías más estrictas y procesos de aprobación más largos. En ese cometido la justicia constitucional resguarda que la reforma constitucional se desarrolle sin vicios de procedimiento, anulando cualquier vicio que se presente y reponiendo el procedimiento, para garantizar que los cambios sean democráticos y que aseguren la libertad, la justicia, la igualdad y los demás valores indispensables para legitimarlos y lograr la convivencia pacífica.

3.2. Límites del control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad sobre las reformas constitucionales, a diferencia del que se ejerce con relación a las disposiciones legales ordinarias, no alcanza a la verificación de los vicios materiales de la reforma constitucional. Desde otra perspectiva: la labor de control de constitucionalidad que desarrolla la justicia constitucional con relación a las reformas constitucionales solo alcanza a la verificación y consiguiente anulación, si corresponde, de los vicios formales relacionados con el tema de la competencia o el tema de los procedimientos.

Existen fundadas razones para que el control de constitucionalidad que ejerce la justicia constitucional sobre las reformas constitucionales tenga un límite en cuanto se refiere a la verificación de los vicios materiales. Entre esas razones se pueden identificar las siguientes:

3.2.1. El principio de división de poderes o separación de funciones sobre el que se configura el Estado democrático constitucional de derecho

Conforme a ese principio existe una clara separación entre el poder constituyente y los órganos del poder constituido, pues en tanto aquel es la soberanía originaria, suprema, extraordinaria y directa en cuyo ejercicio se da nacimiento y personalidad al Estado, dotándolo de la norma básica fundamental, estos son los órganos constitucionales creados por el constituyente para ejercer el poder político desempeñando las diferentes funciones del Estado. Esa separación entre el poder constituyente y los órganos del poder constituido implica también la imposición de una jerarquía, en la que aquel se encuentra en un nivel superior, lo que significa que los órganos del poder constituido se hallan subordinados al poder constituyente.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, a través del cual se ejerce la justicia constitucional, como parte de los órganos del poder constituido está subordinado al Poder Constituyente. En consecuencia, no puede revisar las decisiones de este, es decir, no puede revisar el contenido material de la reforma constitucional que es la decisión del poder constituyente; simplemente puede ejercer control con relación a los vicios de competencia y vicios de procedimiento, conforme a lo que ya se tiene referido precedentemente.

3.2.2. *El parámetro de juicio de constitucionalidad*

Es importante señalar que la justicia constitucional, en la realización de su función de control de constitucionalidad, tiene como parámetro la Constitución, pues a esa norma debe sujeción y su misión es resguardarla y custodiarla. Ello significa que el juicio de constitucionalidad debe desarrollarse contrastando las disposiciones legales, los actos u omisiones sometidos al control con: a) las normas axiológicas, que consagran los valores supremos, como la libertad, la igualdad, la justicia y la dignidad humana, o los principios fundamentales como la soberanía popular, la separación de funciones, la supremacía constitucional, la reserva legal, la seguridad jurídica, entre otros; b) las normas dogmáticas, que consagran el catálogo de los derechos fundamentales de las personas, y c) las normas orgánicas que regulan la organización y el funcionamiento del Estado, determinando los órganos a través de los cuales se ejerce el poder y se establecen las atribuciones y competencias.

Por la razón mencionada es que uno de los presupuestos jurídicos para el control de constitucionalidad es la existencia de una Constitución total o parcialmente rígida, lo que implica que en el Estado se imponen los principios fundamentales de supremacía constitucional y jerarquía normativa, pues se entiende que, si la Constitución es flexible, se ubica en el mismo rango que una ley ordinaria, en cuyo caso las leyes ordinarias tienen la misma jerarquía constitucional; por lo tanto, no es posible que sean contrarias a la Constitución, toda vez que si lo fueran no la estarían contrariando sino modificando o derogando.

Ahora bien, sobre la base de las premisas referidas, se entiende que la Ley de Reforma de la Constitución tiene el mismo rango jerárquico que la Constitución; por lo tanto, está modificando o reformando la Constitución vigente, lo que significa que una vez sancionada y promulgada dicha ley se convierte en el nuevo parámetro de juicio de constitucionalidad para el control que ejerce la justicia constitucional. Así, no tendría sentido someter a juicio de constitucionalidad el contenido material de la Ley de Reforma de la Constitución, al no existir un parámetro para realizar el juicio de constitucionalidad, salvo que exista una cláusula pétrea o cláusula intangible en la Constitución reformada, y aun en ese caso se presentaría la dificultad, ya que esa cláusula quedaría derogada como consecuencia de la reforma.

3.2.3. *La validez relativa de las cláusulas pétreas o intangibles*

Un sector de la doctrina, representado entre otros por el profesor Rubén Hernández Valle,¹⁰ considera que, aunque existan cláusulas pétreas o intangibles, la justicia constitucional no podría realizar el control de constitucionalidad sobre el contenido material de la reforma, es decir, no podría verificar y anular los vicios materiales, en razón de que ello vulneraría la legitimidad interna de la Constitución.

¹⁰ Rubén Hernández Valle: "El control de constitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional", en *Estudios Constitucionales*, vol. 4, n.º 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, pp. 457-476.

El referido constitucionalista, analizando el alcance de las cláusulas pétreas como límites a la reforma constitucional, considera:

[...] tales normas prohibitivas, sin embargo y desde el punto de vista jurídico, tienen apenas un valor relativo, puesto que el mismo órgano estatal encargado de la reforma constitucional puede derogarlas en cualquier momento por mecanismos previstos en el texto constitucional para su reforma general, a fin de proceder posteriormente a modificar la cláusula que contenía la norma pétrea.

Más adelante, en esa misma línea de análisis, el citado profesor sostiene:

[...] el orden jurídico-político fundado por el constituyente originario es contingente y, por lo tanto, relativo [por ello] lo que se traduce en una Constitución es el consenso de las fuerzas políticas y de los valores dominantes en un determinado momento histórico, lo que no impide que, en el futuro, tal consenso varíe, ya sea por diverso acomodo de las fuerzas dominantes o de una variación sustancial en los principios y valores que sustenta la sociedad civil subyacente. La Constitución, en consecuencia, por definición, está abierta a su transformación, pues la democracia se asienta, entre uno de sus principios básicos, en el pluralismo político, lo que significa que toda Constitución democrática ofrece un abanico de posibilidades para desarrollar ese principio democrático.

Cabe advertir que la doctrina no es uniforme al respecto, pues existen corrientes de pensamiento que plantean la posibilidad de que la justicia constitucional pueda ejercer también control sobre los vicios materiales. Esta tesis tiene su base en los límites ideológicos y los límites normativos sustanciales a la reforma constitucional; se sostiene que si un límite natural a la reforma constitucional encarada por el poder constituyente, incluso el originario, son los valores supremos y los derechos humanos —lo que supone que a través de la reforma constitucional no pueden quebrantarse los valores de la dignidad humana, la igualdad, la justicia o la libertad, ni pueden suprimirse los derechos humanos positivados por la Constitución—, entonces la justicia constitucional debe verificar que las reformas constitucionales adoptadas no incurran en esos vicios materiales.

4. La justicia constitucional en los procesos de reforma constitucional

Si bien es cierto que la justicia constitucional desempeña un papel importantísimo en los procesos de reforma constitucional, no es menos cierto que esa labor no es recibida de manera pacífica por los actores del proceso de reforma; en otras palabras, la labor desarrollada por la justicia constitucional no está exenta de tensiones que se generan en los poderes de reforma, cuyas acciones y decisiones son objeto del control de constitucionalidad.

En los procesos de reforma constitucional, dada la labor de limitar el ejercicio del poder, la justicia constitucional enfrenta riesgos y peligros, ya que está expuesta a una

serie acciones provenientes de los actores del proceso que están orientadas a desactivarla para neutralizarla durante el proceso y, en su caso, a desinstitucionalizarla en la reforma misma.

4.1. Los riesgos que enfrenta por la labor de control a la reforma constitucional

Un primer problema que tiene que enfrentar la justicia constitucional durante los procesos de reforma constitucional es el riesgo de ser neutralizada en el cumplimiento de su labor de control de constitucionalidad sobre la reforma. Existen ejemplos concretos, como son los casos acaecidos en el Perú durante el régimen presidido por Alberto Fujimori,¹¹ o en Bolivia durante el actual proceso de reformas.

Los actores del proceso de reformas constitucionales, especialmente los que ejercen el poder político, encuentran motivo para desplegar acciones que neutralicen la labor de control de constitucionalidad en la limitación de su poder político.

En efecto, la justicia constitucional, al ejercer el control de constitucionalidad, limita el ejercicio del poder político de los órganos encargados de realizar la reforma, toda vez que, como se ha referido, anula los vicios de competencia y los vicios de procedimiento. Quien ejerce el poder político no admite limitación ni restricción alguna; menos admite tener un control a su accionar; por lo tanto, encuentra un obstáculo para sus pretensiones de introducir transformaciones profundas en el diseño del sistema constitucional del Estado.

Cuanto más eficaz es el control de constitucionalidad, más riesgos enfrenta la justicia constitucional ante los actores del proceso de reforma, especialmente los sectores mayoritarios que pretenden imponer su visión de Estado, pues estos despliegan acciones tendientes a menoscabar la independencia de la institución en general y de los magistrados en particular, por la vía del desprestigio, la presión y las amenazas. Si ello no da resultados, pasan a la acción directa para obligarlos a renunciar al cargo o buscan su destitución por la vía de apertura de procesos jurisdiccionales de responsabilidad.

El caso del Tribunal Constitucional de Bolivia es ejemplo emblemático de ese accionar tendiente a neutralizar el control de constitucionalidad sobre el proceso de reforma constitucional, conforme se describe a continuación.

Bolivia encara un proceso de reforma total de la Constitución mediante la Asamblea Constituyente, la que fue convocada y se instaló como un poder constituyente

¹¹ El Congreso de la República del Perú, mediante resoluciones legislativas números 002-97-CR, 003-97-CR y 004-97-CR, de 28 de mayo de 1997, decidió destituir a tres magistrados del Tribunal Constitucional por haber votado y firmado una sentencia (de 27 de diciembre de 2006) en la se declaró inaplicable la ley n.º 26657, de Interpretación Auténtica del Art. 112 de la Constitución, para posibilitar la segunda reelección del presidente Alberto Fujimori. Las resoluciones legislativas fueron emitidas después de haber sustanciado un procedimiento irregular ante el Congreso Nacional, con una serie de violaciones de los derechos humanos de los magistrados. La Corte Interamericana de derechos Humanos, mediante sentencia de 31 de enero de 2001, estableció que el Estado peruano había violado los derechos humanos de los magistrados, por lo que declaró la responsabilidad del Estado.

reformador sobre la base de las normas previstas por el artículo 232 de la Constitución vigente, la ley n.º 3364, de Convocatoria a la Asamblea Constituyente. En su organización y funcionamiento está sujeta a las normas previstas por la Constitución vigente, la referida ley de convocatoria y el reglamento interno aprobado por la propia Asamblea, normas en las cuales se establecen los ámbitos de competencia y los procedimientos para la formación de la voluntad democrática constitucional y la adopción de una nueva Constitución. La ley n.º 3364, entre otras cosas, fija el plazo de funcionamiento de la Asamblea Constituyente, con un mínimo de seis meses y un máximo de un año; asimismo define la votación requerida para la aprobación de la Constitución y sus normas en dos tercios de votos, una votación cualificada que tiene por finalidad lograr un pacto social y político de inclusión.

Instalada la Asamblea Constituyente, en la aprobación del reglamento interno el bloque de mayoría, conformado por los asambleístas del oficialista Movimiento Al Socialismo (MAS), logró imponer mediante votación que la nueva Constitución será aprobada con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Constituyente, en franca contravención de lo previsto por el artículo 25 de la Ley de Convocatoria. Ante esa determinación, asambleístas del bloque de minoría presentaron ante el Tribunal Constitucional una demanda de infracción de procedimiento. El Tribunal Constitucional, a través de su Comisión de Admisión, mediante auto constitucional n.º 568/2006-CA, de 17 de noviembre de 2006, rechazó *in limine* la demanda, con el siguiente argumento:

[...] el procedimiento de aprobación de un reglamento interno no puede tratar de emular o asimilar al procedimiento legislativo ordinario y menos al de reforma constitucional, ya que uno tiene contenido eminentemente orgánico administrativo, procedimental y formal; en cambio, los otros implican el estricto seguimiento de las cláusulas de seguridad propias de una Ley Fundamental rígida.

Empero, en el mismo auto constitucional referido, advirtió:

El Tribunal Constitucional es competente para conocer los recursos constitucionales contra actuaciones de la Asamblea Constituyente, así el art. 120.10a de la CPE le reconoce la facultad de conocer las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución; a su vez, el art. 117 de la LTC dispone que el control se circunscribirá a la observancia de las formalidades de procedimiento de reforma establecido en los arts. 230, 232, 233 y 234 de la CPE, que se refieren a la reforma de la Constitución; empero, el citado art. 232 de la Ley Fundamental determina que “La reforma total de la Constitución Política del Estado es potestad privativa de la Asamblea Constituyente [...]”, precepto del que se infiere que tanto el procedimiento de reforma parcial como el de reforma total de la Constitución están sometidos al control del Tribunal Constitucional [en lo que se refiere a la] observancia de las formalidades constitucionales.

Esa advertencia motivó que desde el gobierno se desplegaran acciones directas e indirectas tendientes a neutralizar a la justicia constitucional, ejercida por el Tribunal Constitucional, para evitar un control de constitucionalidad a la reforma constitucional.

Las acciones desplegadas con la intención de menoscabar la independencia de los magistrados del Tribunal Constitucional a fin de neutralizar a la justicia constitucional, cronológicamente se pueden resumir en las siguientes:

- a. Acciones de desprestigio, mediante injustas, infundadas y calumniosas acusaciones públicas lanzadas por el presidente de la República contra magistrados del Tribunal Constitucional, por admitir a trámite procesos constitucionales que cuestionan las decisiones del gobierno con infracción de la Constitución.
- b. Acciones de amedrentamiento, mediante acciones de grupos de ciudadanos, autodenominados “movimientos sociales”, que asumieron acciones de hecho, atacando físicamente las instalaciones del Tribunal Constitucional, al grado de haber puesto explosivos en las puertas del edificio en el que funciona, lo que provocó daños materiales y personales, con la exigencia pública de la renuncia de los magistrados si no emiten sentencias en un determinado sentido requerido por ellos. Ante estas acciones el gobierno no ha asumido medida alguna, pues no se dispuso el resguardo físico de las instalaciones del Tribunal Constitucional, ni de la integridad física y la vida de sus magistrados, al extremo que hasta la fecha no se ha investigado el caso ni, por lo tanto, no se sancionó a sus autores. El 21 de mayo de 2007, un grupo afín al gobierno, autodenominado Víctimas de Octubre de 2003, atacó nuevamente con acciones de hecho al Tribunal Constitucional, lanzando piedras, echando pintura a las paredes y pintarrajeando con eslóganes que acusan de corrupción a los magistrados, mellando su dignidad humana, y anunciaron mediante los medios masivos de comunicación social que desplegarían acciones permanentes hasta que los magistrados renuncien a sus funciones. El gobierno no adoptó medida alguna en contra de esos ciudadanos ni para brindar protección al Tribunal Constitucional y sus magistrados. Finalmente, el presidente de la República manifestó públicamente que en Bolivia “existen instituciones de sobra porque se oponen al cambio, como el Tribunal Constitucional [...] que la Asamblea Constituyente tendría que analizar la situación de esta institución” [sic], con lo que reiteró su posición anterior de suprimir el Tribunal Constitucional.
- c. Acción directa para lograr la destitución de los magistrados y magistradas, mediante la instauración de un injusto e ilegal juicio de responsabilidades contra cuatro de ellos, ante la denuncia planteada por el presidente de la República, quien los acusó de haber cometido delitos de prevaricato, de emitir resoluciones contrarias a la Constitución y de impedir o estorbar el desempeño de funciones públicas; delitos en los que supuestamente habrían

incurrido al emitir la SC 0018/2007, de 9 de mayo. Ello porque el Tribunal Constitucional, al resolver el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad planteado por senadores de la República, impugnando el decreto supremo por el que se realizó la designación interina de ministros de la Corte Suprema, declaró constitucional la disposición legal impugnada, y a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, así como de disposiciones legales aplicables al caso, determinó que, dada la naturaleza jurídica de un cargo interino, los ministros designados cesan en sus funciones por haber transcurrido un tiempo superior al límite para el desempeño de cargos interinos.

La denuncia fue introducida en la Cámara de Diputados, cuya directiva la derivó a la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara, la cual la tramitó con una serie de irregularidades e infracciones de normas de la Constitución y normas procesales aplicables al caso, así como con graves violaciones a los derechos fundamentales de los magistrados procesados. Sobre la base de la referida denuncia, el Comité del Ministerio Público y Policía Judicial recomendó a la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Honorable Cámara de Diputados se imputara formalmente a los magistrados la comisión de los delitos de impedir o estorbar el ejercicio de las funciones y prevaricato, y en la sesión del 23 de agosto del 2007 la Cámara de Diputados resolvió acusar ante la Cámara de Senadores a los magistrados por los delitos antes referidos y disponer la suspensión de sus funciones hasta tanto se sustancie el juicio oral. Radicado el caso ante la Cámara de Senadores, la directiva de esta rechazó la acusación y dispuso archivo de obrados.

Cabe señalar que el referido juicio de responsabilidades, en su etapa preparatoria, fue sustanciado en la Cámara de Diputados con una serie de irregularidades, como la infracción de normas procesales y la vulneración de los derechos fundamentales de los magistrados. Las irregularidades se pueden identificar en tres ámbitos:

En el primero, el sustantivo, se los acusó de haber cometido delitos, aunque las conductas imputadas no se encuadran en el tipo penal previsto por el Código Penal. Se los acusó de haber cometido el delito de impedir o estorbar el ejercicio de las funciones, ilícito tipificado por el artículo 161 del Código Penal, que en la sistemática legislativa se encuentra consignado en el capítulo II, “Delitos cometidos por particulares”, del título II, “Delitos contra la Función Pública”, libro segundo del Código Penal. En consecuencia, como el mismo capítulo lo indica, el delito necesariamente tiene que ser cometido por particulares y no por funcionarios públicos, y menos por funcionarios judiciales. En el caso que motivó la instauración del juicio de responsabilidades, los magistrados acusados actuaron como autoridades judiciales y no como personas particulares; por lo tanto, no cometieron el delito imputado. El otro delito que se les imputó fue el de prevaricato, tipificado por el artículo 173 del Código Penal. El elemento constitutivo del delito es la determinación que adopta un juez, en el ejercicio de sus funciones, en franca contradicción con la ley, o haciendo lo que la ley prohíbe expresa y terminantemente, o dejando de hacer algo que la ley ordena; determinación que adopta con

la conciencia de su injusticia y con la voluntad de realizar el acto pese a su conocimiento. Se trata de un delito que tiene como sujeto activo a un juez de la jurisdicción ordinaria; los jueces constitucionales no pueden cometer dicho delito toda vez que, por mandato expreso del artículo 119.I de la Constitución, “El Tribunal Constitucional es independiente y está sometido solo a la Constitución”, de lo que se infiere que sus miembros solo están subordinados y sometidos a la Constitución, no a las leyes ordinarias, ya que su función es más bien anular aquellas leyes que sean contrarias a la Constitución.

En el segundo ámbito, el procesal, la acción penal en su etapa preparatoria fue sustanciada con una serie de irregularidades y graves infracciones de las normas procesales previstas por la ley n.º 2623; por ejemplo, la norma prevista por el artículo 16 de la ley 2623, por cuyo mandato los actos de investigación necesarios deben concluir en el plazo de noventa días, computables desde que la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial imputa formalmente. Este plazo tiene la finalidad de resguardar el derecho al debido proceso, en su elemento del derecho a la defensa de los procesados, pero en el caso del juicio a los magistrados el plazo no fue cumplido; al contrario, fue abreviado vulnerando el derecho a la defensa de los procesados. No obstante, la vulneración mas grave se dio cuando la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial, en total desconocimiento de las normas procesales previstas por el Código de Procedimiento Penal aplicables al caso, no tramitó la apelación incidental que plantearon los magistrados procesados contra la resolución n.º 001/2007-2008, del 21 de junio del 2007, por el que se declararon improbadas las excepciones de incompetencia y falta de acción. Según la norma prevista por el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al caso por mandato del artículo 9 de la Ley 2623:

[...] presentado el recurso, el juez emplazará a las otras partes para que en el plazo de tres días contesten el recurso y, en su caso, acompañen y ofrezcan prueba [...] Con la contestación o sin ella, dentro de las veinticuatro horas siguientes, remitirá las actuaciones a la Corte Superior de justicia para que esta resuelva.

En el caso objeto de análisis, la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial ofició de juez cautelar, cuyas determinaciones, por mandato de la norma prevista por el artículo 33 de la ley 2623, son apelables ante la Comisión de Derechos Humanos. Es en ese contexto que, contra la resolución n.º 001/2007-2008, del 21 de junio del 2007, los magistrados procesados, al haber sido notificados el día 25 de junio mediante memorial del 27 de junio del 2007, plantearon recurso de apelación incidental. Aplicando las normas previstas por el Código de Procedimiento Penal, la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial debió imprimir el trámite de rigor y hasta el día 3 de julio del 2007 indefectiblemente debió haber remitido el expediente ante la Comisión de Derechos Humanos; sin embargo, no obró de esa forma. Adviértase la actuación incongruente: mientras para acusarlos se abreviaron los plazos, para tramitar la apelación los plazos se incumplieron. Ante tal situación los magistrados presentaron un amparo constitucional por omisión indebida, amparo que les fue concedido, mas sucede

que, en franca desobediencia de la sentencia dictada en el amparo constitucional y cometiendo el delito tipificado por el artículo 179 *bis* del Código Penal, no remitió antecedentes ante la Comisión de Derechos Humanos, sino que precipitó la aprobación del Informe en Conclusiones.

En el tercero, el ámbito de los derechos fundamentales, en la etapa preparatoria de la sustanciación del proceso penal se violaron los derechos fundamentales de los magistrados procesados.

De un lado, se violó el derecho fundamental de los magistrados al debido proceso, en su elemento del derecho al juez natural independiente, imparcial y competente consagrado por los artículos 16 de la Constitución, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al haberlos sometido a un proceso penal ante un órgano de naturaleza política que, en el marco del principio de separación de funciones proclamado por el artículo 2 de la Constitución, y por mandato de los artículos 1, 14, 16, 30, 69, 116 de la misma Ley Fundamental, no tiene competencia para ejercer la potestad judicial del Estado ni, por lo tanto, para sustanciar un proceso penal sancionador; máxime si, dada la configuración procesal prevista por la ley 2623, la Cámara de Diputados desempeña una función dual de ser juez y parte, ya que de un lado ejerce la función de Ministerio Público —por lo tanto, la labor de persecución penal— y de otro la labor de juez cautelar, aplicando medidas cautelares personales en contra de los procesados. Finalmente, la Cámara de Diputados está conformada por un 55% de diputados pertenecientes al Movimiento Al Socialismo (MAS), liderado por el presidente de la República; por ello actuó por consigna política, para neutralizar el control de constitucionalidad sobre los actos y determinaciones gubernamentales, así como sobre los actos de la Asamblea Constituyente; por lo tanto, es fácil concluir que no existe independencia.

De otro lado, se vulneró el derecho fundamental de los magistrados al debido proceso, en su elemento del derecho a impugnar las decisiones ante el superior en grado, consagrado por el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial no sustanció el recurso de apelación que plantearon los procesados contra la resolución que declaró improbadas las excepciones de incompetencia y falta de acción, en franco desconocimiento de las normas previstas por el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al caso por mandato del artículo 9 de la ley 2623. Al contrario, en vez de tramitar el recurso precipitó la aprobación del Informe en Conclusiones del Comité del Ministerio Público y Policía Judicial por la acusación, y remitió de manera apresurada los antecedentes ante el Plenario de la Cámara de Diputados.

Si bien el proceso no se tramitó en su etapa del juicio oral, porque la Cámara de Senadores, como tribunal de sentencia, rechazó la acusación y dispuso el archivo de obrados y la inmediata reincorporación de los magistrados a sus funciones, desde el gobierno se desplegaron acciones sistemáticas de presión que lograron el objetivo de que los cuatro magistrados renunciaran a sus cargos de manera irrevocable, lo que provocó que el Tribunal Constitucional quedara con una sola magistrada en el desempeño de sus funciones, ya que antes ya se habían producido otras renunciaciones. Lamentablemente el

Congreso Nacional, que por mandato de los artículos 68.12.a y 119.II de la Constitución y los artículos 14 y 21 de la ley n.º 1836 tiene la potestad de designar a los magistrados del Tribunal Constitucional, y debe hacerlo en el plazo de 30 días siguientes a haberse producido la acefalía, hasta hoy no ha realizado las designaciones.

En consecuencia, desde el año 2007 en Bolivia está desactivado el control de constitucionalidad, y con ello la custodia y defensa de la Constitución, así como la protección de los derechos fundamentales. Esa desactivación responde a una estrategia política orientada a evitar que el máximo guardián y último intérprete de la Constitución pueda ejercer el control de constitucionalidad sobre el proceso de reforma constitucional, respecto a las infracciones del procedimiento de reforma en que ha incurrido de manera reiterada y sistemática la Asamblea Constituyente.

Debido a la desactivación de la justicia constitucional, los vicios de competencia y de procedimiento en los que ha incurrido la Asamblea Constituyente y con los que se ha desarrollado el proceso de reforma constitucional en Bolivia no han sido sometidos a control de constitucionalidad y corregidos oportunamente. Vicios de competencia, como que se haya ampliado el plazo de funcionamiento de la Asamblea Constituyente mediante una Ley aprobada por el Congreso Nacional, que no tiene competencia para ello; vicios de procedimiento, como el de haber aprobado en grande el proyecto de Constitución sin la presentación y deliberación pública de los informes de todas las Comisiones de Asamblea y sin que existiera un texto completo del proyecto de Constitución, sino sobre un índice; sesionando en un liceo militar y no en la sede de deliberaciones; con la exclusión de asambleístas de los bloques de minoría; o vicios de procedimiento cometidos en la etapa de aprobación en detalle, como el de haber sesionado en una ciudad diferente a la sede definida por ley, haber cercado con movimientos sociales el recinto en que deliberó la Asamblea impidiendo el ingreso de asambleístas de oposición; haber dado lectura por bloques y votado sin debate ni deliberación alguna.

4.2. El peligro de una desconfiguración institucional

Otro peligro que enfrenta la justicia constitucional en la reforma constitucional es que el poder constituyente o el poder constitucional reformador introduzca modificaciones a la estructura institucional del Tribunal Constitucional, a tal grado que lo mantenga nominalmente en la estructura del Estado pero anule materialmente el control de constitucionalidad, o, en su defecto, haga un diseño que permita instrumentalizar la justicia constitucional hacia los propósitos de un ejercicio hegemónico del poder político por un determinado colectivo social.

Existen diversas formas para anular el control de constitucionalidad aunque formalmente el Tribunal Constitucional se mantenga en la estructura del Estado.

Una de ellas es imponer votaciones altas —cinco de siete magistrados, siete de nueve— para la aprobación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una disposición legal sometida a control de constitucionalidad, con la agravante de

que, si no se obtiene esa votación, en sentencia se declare la constitucionalidad de la disposición legal. Así, por ejemplo, si una disposición legal es incompatible con la Constitución a criterio de seis de nueve magistrados, uno se abstiene y dos consideran que es compatible, la disposición legal es declarada constitucional.

Otra modalidad es sustraer del control de constitucionalidad determinadas disposiciones legales, como las relativas al sistema electoral, o decisiones de autoridades públicas, como las sentencias judiciales pasadas en calidad de cosa juzgada, o las resoluciones de la Corte o Jurado Electoral.

También se pueden introducir factores que menoscaben la independencia del Tribunal Constitucional, incorporándolo a la estructura del órgano judicial y haciendo que en el orden económico-financiero y administrativo dependa de esa instancia, de manera que la atención de los requerimientos del órgano contralor de constitucionalidad no sean oportuna y adecuadamente atendidas.

La ampliación de competencias y atribuciones, sumada a la concesión de legitimación activa popular irrestricta para plantear el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad, es otra forma de neutralizar el control de constitucionalidad, a partir de una gradual retardación de justicia que se genera por la sobrecarga procesal y el congestionamiento de los procesos constitucionales, lo que motiva que no sean resueltos oportunamente; ello genera una pérdida de credibilidad y confianza del Tribunal Constitucional ante la ciudadanía.

Finalmente, el control de constitucionalidad se puede neutralizar introduciendo en la reforma constitucional métodos y procedimientos de selección e integración de los magistrados del Tribunal Constitucional que menoscaben su independencia, como disponer la elección de magistrados por voto directo y sufragio universal a título de legitimación democrática directa.

Lo referido se basa en la experiencia concreta que la justicia constitucional ha enfrentado en la reforma constitucional en curso en Bolivia, toda vez que el constituyente ha introducido reformas que afectan a la institucionalidad del Tribunal Constitucional, lo que genera el riesgo de que en el futuro se neutralice materialmente el control de constitucionalidad o, en su defecto, se instrumentalice la justicia constitucional para lograr consolidar un ejercicio hegemónico del poder político por un sector social y con exclusión de los otros.

El proyecto de Constitución aprobado en detalle por la Asamblea Constituyente, que próximamente será sometido a un referéndum ratificatorio, no expresa un proyecto político de Estado sino un proyecto de ejercicio hegemónico del poder político por un sector social, el de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, con exclusión y discriminación de los sectores asentados en las áreas urbanas del Estado. A ese efecto introduce el factor de ponderación positiva a favor del primer colectivo, para garantizar su presencia mayoritaria en los niveles de gobierno. Es en función de ello que configura el sistema constitucional, en su parte orgánica, referida a la estructura social, económico-financiera, jurídica y política.

En el contexto referido, el proyecto de Constitución ha introducido en la estructura institucional del Tribunal Constitucional importantes reformas, que en el futuro

podrían anular el control de constitucionalidad y, en su caso, permitir que la justicia constitucional se instrumentalice para garantizar el proyecto de ejercicio hegemónico de poder. Esas modificaciones se pueden identificar en los siguientes niveles: el orgánico, el sistema de selección e incorporación de los magistrados y el procesal.

4.2.1. En el ámbito institucional

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

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

Los magistrados y magistradas durarán en sus funciones un período de seis años, sin derecho a la reelección inmediata, y cesarán por cumplimiento de mandato, sentencia ejecutoriada emergente de un juicio de responsabilidades, renuncia, fallecimiento y las demás causales previstas por la ley. Esta última previsión podría ser utilizada para incorporar como causal de cesación la revocatoria de mandato, en respuesta a los pedidos y planteamientos de las organizaciones sociales afines al gobierno actual, lo que se constituiría en un factor importante de anulación de la independencia de los magistrados juntamente con el sistema de elección mediante voto directo y sufragio universal.

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

En lo que concierne a los requisitos para ser magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional, si bien el texto de la norma constitucional proyectada es más razonable

que el originalmente aprobado en la Asamblea Constituyente, aún mantiene un factor que podría distorsionar la conformación del órgano de control de constitucionalidad: no establece que se requiera el título de abogado en provisión nacional, sino que exige especialización o experiencia en las disciplinas de derecho constitucional, administrativo o derechos humanos. Ahora bien, existen profesionales no abogados que han cursado un posgrado a nivel de maestría en Derecho Constitucional o Derechos Humanos, ya que los postgrados en esta disciplina no exigen como requisito para su admisión el tener la profesión de abogado.

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

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

4.2.2. El sistema de selección e incorporación de los magistrados

Según la norma prevista por el artículo 198 del proyecto de Constitución, los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional serán elegidos por voto popular directo, con mayoría relativa, mediante sufragio universal; para ese efecto los candidatos y candidatas serán propuestos por la Asamblea Legislativa Plurinacional; pero, según lo previsto por el artículo 199.II del proyecto, también podrán ser propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y los pueblos originarios campesinos. Ello significa que habrá dos fuentes de postulación de los candidatos al cargo de magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, de modo que, ante la eventualidad de que la primera fuente no presente las postulaciones, la elección podrá realizarse válidamente con la postulación por la segunda fuente, lo que en la práctica implicará el ejercicio de la supremacía del colectivo conformado por las naciones y pueblos indígenas.

Ello supone que el constituyente boliviano opta por dotar de legitimación democrática directa a los jueces constitucionales. En efecto, al margen de encargarle al Tribunal Constitucional Plurinacional la labor de defensa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales, el constituyente ha definido que los jueces constitucionales sean elegidos directamente por el pueblo mediante sufragio universal y con

un sistema electoral de la mayoría relativa o simple mayoría de votos, de manera que reciban el mandato directamente del pueblo, y ha dado la posibilidad de que sus cargos sean revocables por el propio electorado mediante revocatoria de mandato, si así lo define el legislador ordinario en la Ley de Desarrollo Constitucional en la que podrá definir las demás causales de cesación. Es un posicionamiento incorrecto y poco razonable que tiene como fundamento central, esgrimido por sus proyectistas, “evitar la politización del Tribunal Constitucional que, dada la modalidad actual de designación, se produce por el ‘cuoteo’ político que se da en el Congreso Nacional”, para así “garantizar la independencia de los magistrados en el desempeño de sus funciones”.

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

4.2.3. En el ámbito procesal

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

La norma prevista por el artículo 196.II del Proyecto de Constitución impone al Tribunal Constitucional Plurinacional los métodos histórico y gramatical para la interpretación de la Constitución, amarrando al órgano de control de constitucionalidad a la voluntad de la Asamblea Constituyente, frente a la realidad económica y política imperante en el momento en que desarrolle su labor interpretativa. Según la doctrina del derecho constitucional, el método histórico consiste en averiguar los antecedentes o raíces históricas de la norma constitucional interpretada, a fin de descubrir el sentido de la norma a partir de la voluntad original de su creador, para lo que debe acudir a los documentos de exposición de motivos, informes de comisiones, actas de debates. La aplicación de este método presentará dificultades prácticas toda vez que, dadas las

circunstancias en las que se realiza la reforma de la Constitución, no siempre es posible contar con el registro documentado de las iniciativas, los fundamentos o exposiciones de motivos y las actas de debates, máxime si se toma en cuenta que no hubo un verdadero debate en la aprobación del proyecto de Constitución. En cambio, el método gramatical o literal es aquel en el cual, para atribuir el significado de la norma interpretada, se acude al texto literal y gramatical que usa el constituyente para configurar la norma constitucional. La aplicación de este método presenta una doble dificultad. La primera es que el texto no siempre refleja el sentido o significado de la norma, debido, entre otras razones, a que durante los debates se plantean proposiciones de modificación, adición o sustitución al texto originalmente propuesto. La segunda es que entre el texto aprobado por el constituyente y el texto publicado oficialmente suelen presentarse variantes.

En la parte de las garantías constitucionales jurisdiccionales el proyecto de Constitución introduce de manera positiva dos nuevas acciones tutelares: la acción de cumplimiento y la acción popular; empero, lo negativo de la reforma constitucional es que el artículo 202 del proyecto asigna al Tribunal Constitucional Plurinacional, entre otras, la atribución de conocer y resolver en grado de revisión de oficio las acciones tutelares de libertad, de amparo constitucional, de protección de privacidad, popular y de cumplimiento, en todas las causas introducidas. Tomando en cuenta que en los ocho años de desempeño de las labores jurisdiccionales del Tribunal Constitucional el índice de crecimiento de las acciones tutelares fue del orden del 20% anual —lo que supone que el número de causas se duplica en cinco años—, es claro que ello generará un incremento considerable del número de causas, con una sobrecarga procesal que podría derivar en la retardación de justicia, lo que podría desgastar la imagen institucional del órgano de control de constitucionalidad. Lo correcto habría sido conceder al Tribunal Constitucional Plurinacional la potestad de seleccionar los casos que revisará.

Finalmente, según la norma prevista por el artículo 132 del proyecto de Constitución, toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley. Ello significa que en la reforma constitucional se reconoce la legitimación activa popular irrestricta. Normalmente, la legitimación para activar el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad es restringida a las autoridades de los órganos del poder constituido, porque se activa como mecanismo de control interórganos. Esto se verifica especialmente en la legislación comparada, aunque en algunos Estados se concede esta legitimación a ciudadanos o grupos; es el caso de Colombia, donde cualquier ciudadano puede plantear la acción, o el caso de Alemania o el Perú, donde se reconoce a un grupo de ciudadanos. Una legitimación activa popular —reconocer la capacidad procesal a cualquier ciudadano o ciudadana para plantear el recurso de inconstitucionalidad— resulta muy riesgosa en Bolivia, tomando en cuenta el arraigo de la *cultura judicialista*, lo que supone que cualquier ciudadano estará dispuesto a plantear un recurso de inconstitucionalidad con o sin razón. Ello podría ocasionar un permanente cuestionamiento de leyes, decretos y resoluciones normativas, y generar una sobrecarga procesal que provocara un colapso en el sistema y así retardara la justicia.