

## SISTEMAS DE NOMBRAMIENTO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

José Antonio RIVERA SANTIVAÑEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las condiciones que debe reunir el juez constitucional.* III. *La legitimación democrática directa o indirecta del juez constitucional.* IV. *Sistemas de selección y nombramiento del juez constitucional.* V. *La designación del juez constitucional en el sistema constitucional boliviano.* VI. *A manera de conclusión.*

### I. INTRODUCCIÓN

Uno de los elementos que resaltan en el proceso de consolidación del Estado democrático constitucional de derecho, que se desarrolla en las últimas décadas del siglo XX, es la universalización de la jurisdicción constitucional; cuya misión es la de ejercer el control de constitucionalidad resguardando que las disposiciones legales cumplan con las condiciones de validez formal y material; que los órganos del poder constituido ejerzan sus funciones respetando el principio de separación de funciones o la distribución del ejercicio del poder político en su sentido vertical o territorial y en su sentido horizontal, y protegiendo los derechos humanos positivados en la Constitución.

En efecto, siendo la Constitución la norma básica de convivencia pacífica, cuya finalidad es mantener la estabilidad social, política y económica en el Estado, todo ordenamiento constitucional de esta última época del siglo XX prevé mecanismos de defensa de la Constitución, entre los

\* Catedrático titular de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cocha bamba; ex magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia.

que se puede identificar la justicia constitucional; misma que, en la actualidad, forma parte de la cultura constitucional que entra en sintonía con la universalización del respeto y protección de la dignidad humana, a través del proceso de positivación y judicialización de los derechos humanos.

El otro elemento resaltante en el periodo referido es que, en sintonía con la universalización de la jurisdicción constitucional, se presenta la tendencia a adoptar el modelo europeo de control de constitucionalidad, con la creación de un Tribunal Constitucional encargado del control de constitucionalidad como máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución; ello se refleja en el hecho de que a partir de la segunda posguerra mundial al presente los Estados democrático constitucionales gradualmente han adoptado un modelo en el que el control de constitucionalidad es ejercido por un Tribunal o Corte Constitucional. Así, en Europa los siguientes Estados cuentan con un Tribunal Constitucional: Alemania, Austria, Bélgica, España, Italia, Portugal y Turquía; en Europa central y oriental los siguientes Estados: Albania, Armenia, Bulgaria, Croacia, Hungría, Lituania, Macedonia, Polonia, República Checa, Bielorrusia, Bosnia, Georgia, Rumania, Rusia, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia y Yugoslavia. En Asia los siguientes Estados: Corea, Kazakhstan, Tailandia y Turquía cuentan con Tribunal Constitucional. En el continente de África, los Estados de Angola, Madagascar y África del Sur cuentan con un Tribunal Constitucional. En América Latina, cuentan con un Tribunal Constitucional: Bolivia, Colombia, Chile, Guatemala, Perú y Ecuador; en cambio Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Venezuela y Paraguay cuentan con una Sala Constitucional dentro de la Corte Suprema.

Tomando en cuenta la importancia que tienen los tribunales o cortes constitucionales para el Estado democrático constitucional de derecho, resulta de vital importancia la definición de un adecuado sistema de selección y designación de los jueces constitucionales, para garantizar su idoneidad y capacidad en el desempeño de las funciones encomendadas y, en última instancia, para garantizar su plena independencia en el ejercicio de la función; toda vez que las decisiones que adoptan los jueces constitucionales tienen una repercusión en la buena o mala marcha del Estado, la política, la economía y la sociedad.

## II. LAS CONDICIONES QUE DEBE REUNIR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

Para entender la importancia de la independencia del juez constitucional, resulta necesario tener presente que la jurisdicción constitucional debe ser considerada como una manifestación del Estado constitucional de derecho, en cuanto supone la consagración del principio de la suprallegalidad constitucional, la tutela de los derechos y libertades y la aceptación del principio de separación de funciones o la distribución del ejercicio del poder político, tanto en su sentido horizontal como vertical; de lo que se infiere que la jurisdicción constitucional es el máximo guardián y último intérprete de la Constitución, por lo mismo un mecanismo de control del ejercicio del poder político, haciendo efectivo los límites al poder político previstos por la Constitución; asimismo, es el máximo órgano encargado de la protección de los derechos humanos; finalmente, es el órgano encargado de preservar los principios democráticos, vigilando que se desarrolle un adecuado funcionamiento de la representación política, sobre la base del pluralismo; cuidando que se mantengan abiertos y expeditos los canales de participación ciudadana, como vías de transformación social pacífica y democrática; vigilando que se facilite la representación efectiva de las minorías, respetando el derecho al disenso.

De lo referido se infiere que la jurisdicción constitucional, como mecanismo del control de constitucionalidad, se constituye en la mejor estructura estatal para racionalizar el poder, tanto el político del Estado, cuanto el poder individual de los ciudadanos, de manera tal que se logre un equilibrio en las relaciones de las personas particulares entre sí, así como de éstas con el Estado. De ahí que, actualmente no puede concebirse un Estado democrático constitucional de derecho, sustentado en el constitucionalismo contemporáneo, sin una jurisdicción constitucional ejercida por las cortes o tribunales constitucionales.

Ahora bien, según la doctrina del derecho procesal constitucional, uno de los presupuestos jurídicos esenciales para configurar un sistema de control de constitucionalidad efectivo e idóneo que cumpla con su misión de máximo guardián y último intérprete de la Constitución es que el órgano encargado del control de constitucionalidad tenga independencia en relación con los demás órganos de poder constituido cuyos actos o resoluciones controla. Ello significa que el órgano contralor de la constitucionalidad debe ser un órgano constitucional independiente y distinto,

además de separado de los órganos cuyos actos, decisiones o resoluciones controla; no depender de los órganos controlados, de manera que en el ejercicio de su función jurisdiccional no esté subordinado ni sometido sino a la Constitución y las leyes.

La independencia del órgano encargado del control de constitucionalidad resulta de vital importancia para el adecuado funcionamiento del sistema de control, toda vez que si existiese una relación de dependencia entre el órgano controlador y el órgano cuyos actos se somete al control, el primero vería obstaculizada su labor, ya que toda relación de dependencia genera subordinación; por ello, Hans Kelsen,<sup>1</sup> al fundamentar la creación de un Tribunal Constitucional, como órgano encargado del control de constitucionalidad, sostuvo que “no es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales —esto es una jurisdicción o Tribunal Constitucional—”.

Pero la plena independencia del órgano controlador no se reduce a su estatus constitucional, es decir, a que no forme parte constitutiva de la estructura de los órganos del poder constituido cuyos actos controla; al contrario requiere de un conjunto de elementos en su configuración. En relación con el tema, siguiendo la tesis sostenida por el profesor alemán Peter Häberle,<sup>2</sup> se pueden señalar, a manera enunciativa no limitativa, los siguientes elementos esenciales que deben concurrir para la configuración de la jurisdicción constitucional: *a)* el estatus de la jurisdicción constitucional como un órgano constitucional que garantice su independencia, lo que supone que el órgano de control no debe formar parte constitutiva de ninguno de los órganos de poder del Estado cuyos actos y decisiones controla que estén subordinados a la Constitución; *b)* la legitimación democrática, referida al procedimiento de designación de los miembros de la jurisdicción constitucional, lo que supone que dicho procedimiento debe estar en la cadena de legitimación del pueblo con los órganos estatales, ello no significa que los jueces constitucionales sean ele-

<sup>1</sup> Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, trad. de Rolando Tamayo Salmorán, Cochabamba, Kípus, 2006, p. 40.

<sup>2</sup> Häberle, Peter, “El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 9, 2005, pp. 121-126.

gidos mediante voto popular directo sino en un procedimiento de elección indirecta realizada por el órgano legislativo en representación del pueblo, pero rodeado de procedimientos de selección previa de postulantes sobre la base de comprobación de la capacidad e idoneidad, en procesos públicos y transparentes sometidos al control social; *c)* garantizar el principio de publicidad, no sólo como la base de la organización para el estatus de la justicia constitucional y el proceso de conformación de la jurisdicción constitucional, sino en el cotidiano desempeño mismo de la labor de control de constitucionalidad al conocer y resolver los procesos constitucionales, como mecanismo de control social; *d)* el desarrollo, por la jurisdicción constitucional, de una actividad jurisprudencial racional, caracterizada por la aplicación de la ley y el derecho, racionalmente revisable en sus métodos y con frecuencia creativa; *e)* un estándar común mínimo de competencias y funciones de la jurisdicción constitucional, que se estructuran en determinadas formas de controversias, lo que caracteriza a la jurisdicción constitucional como institución necesaria del Estado constitucional de derecho; competencias orientadas a los siguientes ámbitos: la garantía evolutiva de los derechos fundamentales de las personas en el contexto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; la protección de la democracia y el Estado constitucional de derecho, en especial de la primacía de la Constitución; la garantía del equilibrio de poderes como aseguramiento de la separación de los poderes del Estado; la garantía del pluralismo político y con ello de la protección de las minorías de todo tipo; la actualización cautelosa de la Constitución, y *f)* la configuración de los procesos constitucionales, a través de los cuales se ejerce el control de constitucionalidad, con los respectivos procedimientos extraordinarios de tramitación especial, sobre la base de los principios fundamentales de la seguridad jurídica, la presunción de constitucionalidad, la conservación de la norma, con métodos y principios de interpretación constitucional orientados hacia la optimización del sistema para la protección de los derechos humanos, principios como la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, el principio *pro homine*; finalmente, los principios procesales de la actuación a instancia de parte, la publicidad, gratuidad y celeridad.

Por otro lado, es necesario que el órgano encargado del control de constitucionalidad tenga la capacidad, facultad y potestad de adoptar por sí mismo decisiones definitivas y no revisables por los otros órganos del poder público; pues no resulta suficiente que el máximo guardián de la

Constitución sea diferente e independiente de los órganos cuyos actos o decisiones controla; es tan importante y significativo que cuente con una capacidad decisoria en el ámbito de sus competencias y funciones.

Los presupuestos jurídicos descritos precedentemente, en especial el último, no se efectivizarían si de manera complementaria no se garantiza la independencia del juez constitucional; pues dada la importancia que adquiere la labor desarrollada por los tribunales constitucionales y las connotaciones políticas que tienen las decisiones que adoptan éstos, los jueces que lo integran deben estar dotados de las cualidades de independencia y capacidad en la toma de sus decisiones, de manera que puedan desempeñar sus funciones con imparcialidad, idoneidad y eficiencia.

En efecto, toda la estructura del sistema de control de constitucionalidad, en general, y de la jurisdicción constitucional, en particular, tiene su base de sustentación en la independencia de los jueces o magistrados del Tribunal Constitucional; pues el éxito de la jurisdicción constitucional y del control de constitucionalidad que ésta ejerce depende de la independencia y de la competencia de quienes la ejercen.

Se entiende que la independencia de los jueces o magistrados del Tribunal Constitucional que se reclama es en relación con quienes detentan el poder político y de quienes detentan el poder privado (poder económico o social de los privados), ello tomando en cuenta que la jurisdicción constitucional resuelve conflictos o controversias constitucionales, por lo que ejerce un control sobre los actos, decisiones y resoluciones de las autoridades públicas, así como los actos de los particulares que detentan poder y vulneran derechos humanos; lo que implica que los jueces constitucionales deben adoptar sus decisiones exentos de toda ingerencia o intromisión externa proveniente de las autoridades públicas o de personas o grupos de poder económico o social particular; empero, ello no debe ser entendido como una exigencia de neutralidad o separación absoluta de la realidad social, política, económica y cultural vigente en la sociedad, con la que tiene que contrastar necesariamente el producto obtenido de la interpretación constitucional; pues no debe olvidarse que sus decisiones tienen forma jurídica, pero un efecto y un valor político y social, más no partidario.

En definitiva el ejercicio de la función de juez constitucional exige de una independencia de los poderes de mayoría; ello porque los derechos humanos positivados en la Constitución como derechos fundamentales y sus garantías constitucionales, según una feliz expresión de Ronald

Dworkin, son derechos y garantías “contra la mayoría”, de lo que, siguiendo las reflexiones de Luigi Ferrajoli,<sup>3</sup> podemos afirmar que también la jurisdicción constitucional instituida para su tutela debe ser un poder virtualmente “contra la mayoría”; pues no sería razonable declarar compatible con la Constitución una ley o un acto administrativo, ni conceder o denegar la tutela de los derechos humanos porque esto responda a los intereses o a la voluntad de la mayoría.

La independencia debe ser entendida como una dimensión orgánica de la vinculación del juez constitucional con la Constitución, pues un juez es independiente cuando conoce y resuelve el conflicto o controversia constitucional motivando exclusivamente su resolución conforme en la Constitución y el sistema de valores supremos, principios fundamentales, así como los derechos fundamentales en ella consagrados.

Ahora bien, la manera más efectiva de garantizar la independencia del juez constitucional está dada en las condiciones y procedimientos constitucionales y legales para su selección y nombramiento, así como para el desempeño de sus funciones; lo que implica que el ordenamiento jurídico referido debe contemplar ciertas exigencias que eviten la politización contingente de los jueces; exigencias relacionadas con: *a)* la formación y experiencia jurídica sólida verificable por procedimientos expeditos; *b)* la idoneidad para el desempeño de la función de juez constitucional, también verificable por procedimientos expeditos; *c)* un procedimiento de designación o nombramiento que le dote de una legitimidad democrática indirecta; *d)* la definición de la duración del cargo o período de mandato, así como las posibilidades de reelección; *e)* la definición del sistema de incompatibilidades y prohibiciones, y *f)* la definición del régimen de inmunidades.

En relación con la formación y experiencia de los jueces o magistrados del Tribunal Constitucional cabe señalar que el desempeño de la función, dada la importancia jurídica, social y política que tiene, exige de una adecuada formación personal y jurídica especializada en el ámbito de las ciencias jurídicas, en general, y de la ciencia constitucional, en particular. En efecto, si se toma en cuenta que la jurisdicción constitucional tiene la misión de resolver eventuales conflictos entre la legislación ordinaria con la Constitución, entre los particulares con el Estado, conflictos entre órganos del po-

<sup>3</sup> Ferrajoli, Luigi, “El juez en una sociedad democrática”, <http://www.poder-judicial.go.cr/dialogos/documentos/LUIGI%20FERRAJOLI/LUIGI%20Ferrajoli.doc>, p. 4.

der público, eventuales conflictos entre derechos fundamentales de una persona con los derechos de otra persona, entre valores supremos o principios fundamentales, conflictos entre normas con valores o principios; es fácil entender que está obligada a emplear en la interpretación constitucional y la elaboración de los argumentos jurídicos de sus fallos, principios, criterios y métodos de interpretación constitucional específicos, entre ellos la ponderación de bienes, el principio de proporcionalidad o el test de razonabilidad, lo que exige la aplicación de criterios consecuencialistas o de universalidad, consideraciones de consistencia y coherencia, así como el respeto del precedente obligatorio; también exige la aplicación de la fórmula descriptiva y no solamente de la prescriptiva, de manera que pueda ingresar a un plano de análisis conceptual, además de exponer las premisas de una inferencia práctica; lo que demuestra que el ejercicio de la función de juez constitucional requiere de una formación especializada y alta experiencia jurídica.

Cabe aclarar que la capacidad, como requisito exigible para garantizar la independencia del juez constitucional, no se reduce a la mera acumulación de conocimientos doctrinales enciclopedistas en la ciencia constitucional, sino que exige la concurrencia de un conjunto de cualidades humanas, además de su firme convicción y compromiso con el sistema constitucional y con los derechos humanos, así como la sumisión a la Constitución y los valores sociales; además de su compromiso con los problemas sociales, políticos y económicos de su tiempo histórico. Por ello, resulta de vital importancia, a la hora de definir la preselección del profesional que será elegido juez constitucional, conocer sus puntos de vista sobre aspectos fundamentales relacionados con la vida de la sociedad civil y política, como con la política económica, social, filosófica, moral y ética; así como la vocación de pertenencia a las diferentes manifestaciones etno-culturales del país.

Respecto al procedimiento de selección y designación o nombramiento de los jueces, en general, y del juez constitucional, en particular, existió y existe aún una profunda discusión doctrinal sobre si la designación debe ser realizada sobre la base de la legitimación democrática directa o indirecta; pues existen corrientes de opinión que, si bien de manera minoritaria, plantean que los jueces deben derivar su investidura de una legitimación democrática directa, lo que implica un proceso de elección directa por voto popular; de contrario, también existen corrientes de pensamiento doctrinal que plantean la legitimación democrática indirecta, lo que implica la adopción de sistemas y mecanismos de designación que de algún modo inclu-



yan la participación ciudadana. Cada una de las corrientes de pensamiento expresa sus fundamentos que sustentan su posición, los que describiremos de manera resumida en las páginas siguientes.

### III. LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DIRECTA O INDIRECTA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Como se tiene ya referido, uno de los debates doctrinales sostenidos en el ámbito del derecho constitucional, aún no saldados, es el referido a la legitimación democrática del órgano Judicial, en general, y de los jueces, en particular. Se podría afirmar que resulta indiscutible la legitimación democrática que deben poseer el órgano judicial y los jueces que lo integran; lo que resulta discutible y genera distintos posicionamientos es sí esa legitimación debe ser directa o indirecta.

En la medida en que el control de constitucionalidad es ejercido a través de un sistema judicial, ya sea en el modelo americano, en el que la labor está encomendada a todos los jueces, o en el modelo europeo, en el que la labor está encomendada a un órgano especializado de naturaleza jurisdiccional, como es el Tribunal Constitucional, la discusión sobre la legitimación democrática directa o indirecta alcanza también al ámbito de los jueces constitucionales.

Con la finalidad de contextualizar adecuadamente el debate doctrinal, corresponde expresar algunas consideraciones preliminares sobre la legitimación democrática. Tomando en cuenta que en el constitucionalismo contemporáneo el Estado democrático constitucional de derecho, implica que todo el poder político se origina y fundamenta en la voluntad ciudadana, y se lo ejerce con estricta sujeción de la Constitución que fija las reglas básicas de convivencia pacífica; la legitimación democrática significa que la gestión de los asuntos estatales debe sustentarse en la voluntad del pueblo expresada, de un lado, en la elección de las máximas autoridades de los órganos del poder constituido, y de otro, en la Constitución, como la norma suprema del ordenamiento jurídico que rige los actos, decisiones y resoluciones de las autoridades públicas limitando el ejercicio del poder político. La legitimación democrática puede producirse por dos vías; la vía orgánica-personal, y la vía material.

La legitimación democrática por vía orgánica, entendida también como vía funcional e institucional, se produce cuando el Poder Constituyente, como expresión de la voluntad del pueblo, al dar nacimiento y personalidad al Estado, crea y configura los órganos del poder constituido, como son el Legislativo, Ejecutivo y Judicial con funciones específicas para el ejercicio del poder político del Estado; en el caso del Tribunal Constitucional, se produce cuando el constituyente le encomienda la labor del control de constitucionalidad. Y por la vía personal se produce cuando los integrantes de esos órganos del poder constituido derivan su investidura de la voluntad ciudadana conforme a los mecanismos y procedimientos previstos por la Constitución.

Para los fines del presente trabajo, cabe señalar que la legitimación democrática personal puede producirse de manera inmediata o directa, y de manera mediata o indirecta. La legitimación democrática inmediata se obtiene cuando los integrantes del órgano estatal han sido elegidos directamente por el pueblo. La legitimación democrática personal mediata o indirecta se da cuando sin haber sido elegidos directamente por el pueblo, existe una cadena de legitimación ininterrumpida que pueda retrotraerse hasta el pueblo.

En cambio la legitimación democrática material se obtiene mediante la atribución de la potestad legislativa al órgano más ampliamente representativo, como es el órgano legislativo, y la vinculación a la ley de todas las autoridades y servidores estatales, o mediante una responsabilidad sancionada democráticamente, con los controles correspondientes que pueden ser los controles horizontales o interórganos y los controles verticales.

Ahora bien, en relación con la legitimación democrática del juez constitucional, cabe señalar que, dada la complejidad del tema en el diseño del sistema constitucional del Estado, existen dos posiciones doctrinales; una que plantea la legitimación democrática directa, y otra que plantea la legitimación democrática indirecta.

### *1. La legitimación democrática directa del juez constitucional*

Existen corrientes de pensamiento, provenientes especialmente de los sectores políticos y sociales, que cuestionan la legitimidad democrática de los jueces en general, sustentando su posición en el hecho de que los jueces no derivan su investidura de la voluntad del pueblo expresada en

una votación directa; razón por la que incluso cuestionan la propia legitimidad del órgano judicial frente a los otros órganos del poder constituido, como son el legislativo y el ejecutivo. Sostienen que los miembros de los otros órganos del poder constituido obtienen su legitimidad en un proceso democrático de elección, directa en el caso de los parlamentarios, indirecta en el de los gobiernos (miembros del Ejecutivo); en cambio los jueces —afirman— no son electos por nadie sino seleccionados mediante sistemas o mecanismos de competencia u oposición que garantiza cuando más méritos y su capacidad técnica, pero no le dota de legitimidad democrática.

Esta corriente de pensamiento tiene sus antecedentes en la propia teoría de la división de poderes formulada, en sus orígenes por Aristóteles, y desarrollada por Johnn Locke, en la que la función judicial no formaba parte de los poderes del Estado; luego sistematizada por Montesquieu en la época de la Revolución francesa; pues habrá de recordar que en la Revolución francesa adoptaron una posición antijudicialista debido a diversas razones, entre ellas las históricas, es decir, las que tienen su origen en el extremado recelo frente a los jueces, proveniente del recuerdo permanente de las graves interferencias que antes de la revolución éstos perpetraron frente a los restantes poderes de un modo verdaderamente arbitrario; por lo que asumieron una posición de extrema confianza en el legislativo, sobre la base de la exaltación de la soberanía nacional y la apuesta por la infalibilidad del legislador. En el marco constitucional, la posición de la legitimación democrática directa de los jueces tiene sus antecedentes en el constitucionalismo liberal, que en sus inicios concibió que el poder político debía estar legitimado por el mandato del pueblo, de tal forma que no derive en un ejercicio irregular contrario a la libertad y a las iniciativas individuales.

Si bien es cierto que Montesquieu fue quien, en su teoría de la división de poderes, elevó la función judicial a la categoría de poder del Estado, en posición equivalente al de los otros dos poderes, no es menos cierto que minimizó el poder de juzgar; pues es el mismo célebre maestro quien redujo la labor de los jueces a la mera subsunción de los hechos en la ley a través de la sentencia; por lo que sostuvo que no cumplen “ningún papel político” en el funcionamiento del Estado, siendo un “simple instrumento o cauce de la aplicación de la ley”, a cargo de órganos públicos que se desempeñan como “voceros de la ley”, “máquinas de hacer siglismos cuya única función se resume a la aplicación de la pena que la

ley señala, puesto que la premisa mayor, la norma, está previamente establecida, y la premisa menor es fijada por el jurado”.

Es en ese contexto que, los que sustentan esta corriente de pensamiento plantean la necesaria reformulación del sistema de designación de los jueces, para lograr una legitimación democrática directa en la vía orgánica del órgano judicial, y en la vía personal de los jueces; por lo que plantean la elección directa por voto popular como modalidad de incorporación de los jueces, con lo que —consideran— se logrará equiparar al órgano judicial al nivel político y orgánico de los otros órganos del poder constituido; incluso sostienen la hipótesis que así se logrará una mayor independencia de los jueces en relación con los demás órganos del poder constituido, lo que —en su criterio— incidirá en una mejoría del servicio judicial.

Tomando en cuenta el papel importantísimo que cumple la jurisdicción constitucional en la custodia de la Constitución, la protección de los derechos fundamentales y la limitación del ejercicio del poder político, en el ámbito constitucional también se plantean los cuestionamientos a la falta de legitimidad democrática del Tribunal Constitucional, como corporación, y de los jueces constitucionales; quienes sustentan esta posición, con mucha frecuencia formulan preguntas como las que siguen: ¿qué legitima al Tribunal Constitucional para que controle a los poderes políticos, verdaderos mandatarios del pueblo?, ¿cómo es que existe un Tribunal, sin origen popular directo, que resiste y se opone a algunas normas y actuaciones del gobierno democráticamente elegido?, ¿sobre la base de qué legitimación unos cuantos jueces pueden deshacer lo que los representantes del pueblo, democráticamente electos, han decidido?

Sobre la base de las preguntas formuladas, se pretende deslegitimar la labor del Tribunal Constitucional en el control de las normas y las determinaciones por las que anula las leyes incompatibles con la Constitución, de manera que concluyen proponiendo la adopción de un sistema de legitimación democrática directa de los jueces constitucionales, misma que —en su criterio— sólo se haría efectiva cuando los jueces constitucionales sean elegidos directamente por el pueblo mediante el sufragio universal.

El cuestionamiento a la legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional no es de reciente data; pues es posible identificar sus orígenes en el constitucionalismo norteamericano, donde el cuestionamiento dio lugar a la

formulación de justificaciones a la labor desempeñada por los jueces y tribunales de ejercer el control de constitucionalidad y su potestad de anular la ley que contradiga a la Constitución; habrá de recordar los tres justificativos expuestos en el Federalista núm. 78 de Hamilton y en la célebre sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Marbury vs. Madison* de 1803, y que fueron retomadas posteriormente por otros autores como Hans Kelsen. Esas justificaciones, como refiere Rodrigo Uprimny,<sup>4</sup> pueden ser resumidas en tres: la primera, que si la Constitución es una norma suprema, o una ley fundamental, entonces alguien debe garantizar que las normas de inferior jerarquía no la desconozcan, y ese papel sólo lo pueden jugar los jueces, o un Tribunal Constitucional, y no el legislador, ni el jefe de Estado, por cuanto la Constitución busca precisamente limitar a los órganos políticos y en especial al Congreso Nacional; la segunda, que esa supremacía de la Constitución es considerada necesaria para asegurar un gobierno limitado y no arbitrario, pues si no existiera, o no fuera una norma suprema, el Parlamento podría hacer lo que quisiera, lo cual pone en riesgo los derechos de la persona, y la tercera, que la Constitución contiene los mandatos del pueblo soberano, mientras que los legisladores son simplemente sus representantes; por ende, el Tribunal Constitucional, al anular una ley, no está contradiciendo la voluntad popular e imponiendo su criterio sobre los legisladores; por el contrario, esa anulación lo único que hace es ratificar una voluntad popular superior encarnada en la Constitución, la cual prima sobre los deseos de las distintas mayorías históricas.

De lo referido precedentemente se puede concluir que, los que sustentan la posición de la legitimación democrática de los jueces, en general, y los jueces constitucionales, en particular, reducen la misma a las elecciones directas por voto popular de los jueces. Empero, esa visión resulta errada e insuficiente, por no decir reduccionista, toda vez que junto a la elección directa por voto popular, existen otras vías de legitimación democrática de los jueces en un Estado democrático constitucional de derecho con son la Constitución y la ley, o la legitimación democrática indirecta, como se explicará más adelante. En última instancia se trata de una posición asumida por quienes sustentan el principio de las mayorías, como el fin último de la democracia, es decir, la democracia como gobierno

<sup>4</sup> Uprimny, Rodrigo, "Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía", <http://cablemodem.fibertel.com.ar/seminario/uprimny.doc>, p. 11.

omnínmodo de las mayorías; una concepción errónea que conduce a una anulación de la propia democracia.

## 2. *La legitimación democrática indirecta*

Frente a la corriente de pensamiento descrita líneas arriba, es posible contraponer toda una corriente doctrinal que sustenta la tesis de la plena legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional y de los jueces constitucionales, tanto en la vía orgánica-personal, como en la legitimación de ejercicio; lo que significa que están dotados de la legitimidad material frente a la legitimidad formal que plantea la otra corriente de pensamiento.

En efecto, la jurisdicción constitucional adquiere su plena legitimidad democrática en la preservación del régimen democrático, cuidando de las deficiencias y las desviaciones en que podrían incurrir las mayorías, así como en la protección de los derechos fundamentales, garantizando su plena realización.

En relación con la preservación del régimen democrático, cabe señalar que, como sostiene Rodrigo Uprimny,<sup>5</sup> en su trabajo *Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía*, la democracia y el principio de mayoría, si quieren ser funcionales y perdurar, están obligadas a admitir que no deben tocar ciertos temas, a saber, aquellos que definen el proceso democrático; de manera que la democracia, si quiere preservar sus manos, es decir, subsistir como democracia, debe atarse un poco las manos, esto es, aceptar que ciertos asuntos, y en especial, las reglas del juego democrático, quedan sustraídas del debate democrático, y esto es lo que explica los pactos constituyentes, la supremacía de la Constitución sobre las leyes ordinarias, así como la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad. En efecto, estos pactos representan el acuerdo sobre las reglas del juego democrático; y deben tener supremacía sobre las leyes, pues es la única forma de que esas reglas no puedan ser afectadas por el debate democrático ordinario, y, finalmente, para que esas reglas de juego sean respetadas, es necesario que exista un guardián que las haga cumplir. Y como es obvio, ese garante del cumplimiento del juego democrático no puede a su vez pertenecer a las mayorías, pues pre-

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 12.

cisamente pretende controlarlas; debe ser un órgano independiente. Por lo tanto, —concluye Uprimny— si bien no tiene un origen democrático, el juez constitucional cumple un papel democrático esencial, pues es el guardián de la continuidad del proceso democrático.

De otro lado, respecto a la protección de los derechos fundamentales, como fuente de legitimación democrática de la jurisdicción constitucional, corresponde referir que, siendo éstos los presupuestos procesales del funcionamiento de la democracia, mal podría existir un verdadero debate democrático si no se garantiza la libertad de expresión y de movilización, los derechos de asociación, los derechos políticos, etcétera. Entonces, como refiere Uprimny,<sup>6</sup> la existencia de esos derechos es un elemento esencial para que la democracia pueda realmente ser considerada un régimen en donde los ciudadanos son libres y deliberan para autogobernarse. Pero para que esas personas sean verdaderamente libres, es además necesario asegurarles unas condiciones mínimas de dignidad, que les permitan desenvolverse como individuos autónomos. Entonces, los derechos fundamentales representan esos bienes, que se consideran que son indispensables para que todas las personas gocen de la dignidad necesaria para ser ciudadanos verdaderamente libres, iguales y autónomos. En esa medida, esos derechos aparecen también como una suerte de presupuestos materiales del régimen democrático, pues sin ciudadanos libres e iguales, mal podríamos hablar de gobierno democrático. Por ende, si los derechos fundamentales son tanto presupuestos procesales como materiales de la democracia, es obvio que estos derechos deben ser garantizados independientemente de la opinión de las mayorías; por lo que ese órgano garante, como es la jurisdicción constitucional, encuentra su legitimación democrática material en la protección de los derechos fundamentales.

La naturaleza de la jurisdicción constitucional y la función que desempeñan en un Estado democrático constitucional de derecho justifican el porqué los jueces constitucionales no pueden derivar su investidura de una legitimación democrática directa, es decir, a través de elección por voto popular directo; pues como sostiene Luigi Ferrajoli.<sup>7</sup>

El juez, por contraste con lo que sucede con los órganos del Poder Legislativo y del Ejecutivo, no debe representar a mayorías ni a minorías. Y el

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>7</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 3, p. 5.

consenso del electorado no sólo no es necesario, sino que incluso sería peligroso para el correcto ejercicio de sus funciones de determinación de la verdad y de tutela de los derechos fundamentales de las personas juzgadas por él. La sanción de la no reelección del juez o de su no confirmación por la pérdida de la confianza popular o política contrasta con su sujeción solamente a la ley [a la Constitución], que, por el contrario, le impone decidir contra las orientaciones de la mayoría e incluso de la totalidad de sus electores, cuando entren en conflicto con las pruebas adquiridas por él y con los derechos de los justiciables confiados a su tutela.

Empero, el que el juez constitucional no pueda derivar su investidura de elecciones populares directas, no implica que carezca de legitimación democrática, como sostienen algunas corrientes de pensamiento descritas líneas arriba; al contrario, en el marco de la legitimación democrática de que está dotada la jurisdicción constitucional, descrita precedentemente, el juez constitucional también cuenta con la legitimación democrática material que tiene como fuentes, la legitimación de origen y la legitimación de ejercicio.

Respecto a la legitimación de origen, que está referida al sistema de su designación, corresponde señalar que se concretiza en dos planos. El primero, en el momento constituyente, en la medida en que el pueblo soberano, al configurar el sistema constitucional expresado en la Constitución, encarga al órgano de control de constitucionalidad y al juez constitucional la labor de custodiar la Constitución, ejercer el control del poder político y proteger los derechos fundamentales. El segundo, en la selección y designación del juez constitucional, plano en el que la legitimación es indirecta, toda vez que el órgano legislativo —legitimado directamente a través de elecciones populares—, en representación del pueblo lo designa con una votación cualificada que refleja un consenso de parte de las fuerzas políticas representadas en el legislativo. En definitiva, partiendo de la célebre afirmación que efectuara el prestigioso jurista alemán U. Scheuner, en sentido de que el principio democrático significa que, en general, “los cargos públicos que tienen encomendada la gestión de los asuntos estatales han de reposar sobre una cadena de legitimación ininterrumpida que pueda retrotraerse hasta el pueblo”; se podría afirmar que la designación del juez constitucional forma parte de esa cadena de legitimación que en última instancia descansa en la voluntad del pueblo.



La legitimación de ejercicio, referida al desempeño mismo de las funciones de control de constitucionalidad, se concretiza en los siguientes planos. El primero, en la subordinación del juez constitucional a los mandatos de la Constitución, lo que significa que la resolución de las controversias o conflictos constitucionales debe derivar de una correcta, adecuada y razonable interpretación de las normas constitucionales, optimizándolas o maximizándolas, de manera que concluya dando la mayor eficacia a la voluntad del pueblo expresada por el Poder Constituyente en la Constitución; lo que significa que las decisiones que adopten los jueces constitucionales siempre deberán cumplir con las siguientes condiciones de validez constitucional: *i)* estar sustentadas en una motivación jurídico-constitucional suficiente y razonada; *ii)* las conclusiones y determinaciones que sustentarán la decisión o el *dictum* deberán estar sometidas a exámenes o parámetros objetivos de interpretación; *iii)* los argumentos jurídicos deberán conducirse, en la medida de lo posible, a través de teorías de los derechos y de las instituciones constitucionales; *iv)* deberán respetar y aplicar la jurisprudencia reiterada y los precedentes obligatorios que tienen fuerza vinculante, y *v)* cuando tomen la decisión de cambiar el sentido interpretativo de las normas constitucionales, deberán argumentar de manera adecuada, suficiente y razonable, con la finalidad de disminuir los riesgos de arbitrariedad e incertidumbre respecto de los resultados de la actividad interpretativa, ello tomando en cuenta que la jurisdicción constitucional es el último intérprete de la Constitución. El segundo, la defensa de la democracia y los procesos de formación de los consensos públicos, lo que significa el resguardo de los valores y principios democráticos, así como velar por el cumplimiento de las reglas de procedimiento que garantizan la discusión y el respeto por la decisión democráticamente adoptada. El tercero, la protección de los derechos fundamentales, lo que significa que el juez constitucional desarrolla la labor de concreción normativa de las cláusulas abstractas e indeterminadas de la Constitución interpretando, interrelacionando o integrando sus normas, para garantizar la plena vigencia y el goce efectivo de los derechos fundamentales, como límites naturales al ejercicio del poder político y el poder particular.

De lo referido se puede concluir señalando que la jurisdicción constitucional, en general, y el juez constitucional, en particular, están dotados de legitimidad democrática; empero, en el caso de este último, 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 sólo no es necesario, sino que incluso sería peligroso para el correcto ejercicio de sus funciones. Lo que, en última instancia 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 la comprobación de la idoneidad, capacidad, experiencia y compromiso constitucional, además de concretizar de manera pluralista la voluntad ciudadana, a través de la designación mediante una votación cualificada que exija la conformación de consensos.

#### IV. SISTEMAS DE SELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Como se tiene referido líneas arriba, la corriente de pensamiento que sostiene la posición de que la legitimación democrática de la jurisdicción constitucional, en general, y los jueces constitucionales, en particular, debe y tiene que ser indirecta, es la que se impone en el constitucionalismo contemporáneo. Ello está reflejado en los diferentes sistemas constitucionales en los que el control de constitucionalidad está encomendado a tribunales, cortes o salas constitucionales.

En efecto, de una revisión de la estructura orgánica de los tribunales constitucionales se puede concluir que en la totalidad de los casos los jueces constitucionales no son elegidos mediante voto popular directo; son seleccionados y designados por los órganos estatales que cuentan con una legitimación democrática directa, como son las asambleas legislativas, en su caso las cámaras legislativas, o el jefe de Estado (monarca o presidente de la República), y en su defecto, en sistemas mixtos, con la concurrencia del legislativo, el ejecutivo y el judicial; ello de acuerdo con el tipo de gobierno constitucional democrático vigente en cada país.

A continuación se presenta una resumida descripción de las diferentes modalidades de designación que han adoptado los Estados que cuentan con un modelo de control de constitucionalidad ejercido por un Tribunal o Sala Constitucional.

### *1. Designación por el presidente de la República*

Tres Estados europeos han adoptado la modalidad de designación de jueces constitucionales efectuada por el presidente de la República; ese es el caso de Albania, donde el presidente de la República, con el consentimiento de la Asamblea Nacional, designa a los nueve jueces que integran el Tribunal Constitucional. En Austria, el presidente federal designa al presidente, vicepresidente y seis jueces titulares y tres suplentes, a propuesta del gobierno federal, y los restantes seis jueces son designados a propuesta del Consejo Nacional, para tres titulares y un suplente, y del Consejo Federal para tres titulares y dos suplentes. En la República Checa, el presidente, con el consentimiento del Senado, designa a los 15 jueces que integran el Tribunal Constitucional.

### *2. Designación por el monarca*

En dos Estados europeos, en los que rige un régimen de monarquía constitucional, tienen el sistema de designación de jueces constitucionales por el monarca; así en España, el rey designa a los doce jueces, cuatro de ellos a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con mayoría de tres quintos de sus miembros; dos a propuesta del gobierno; y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. En Bélgica el rey designa a los doce jueces de una lista de los candidatos propuestos alternamente por la Casa de Representantes y el Senado por una mayoría de por lo menos dos tercios de los miembros presentes.

### *3. Designación por el legislativo en su conjunto*

La modalidad de designación más generalizada entre los Estados de América Latina, Europa y África es aquella en la que la designación la realiza el órgano legislativo en su conjunto, conforme se detalla a continuación.

En la República de Croacia, el Parlamento designa a los trece jueces que integran el Tribunal Constitucional, de propuestas presentadas por el Comité de Asuntos Constitucionales del propio Parlamento. En Costa Rica, los siete jueces que conforman la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y los doce jueces suplentes son designados por la

Asamblea Legislativa. En el Ecuador los nueve jueces que integran el Tribunal Constitucional son designados por el Congreso Nacional unicameral, dos de ellos de ternas enviadas por el presidente de la República; dos de ternas integradas por la Corte Suprema de Justicia, con miembros ajenos a ella; dos elegidos por el Congreso, de entre personas que no sean legisladores; uno, de la terna presentada por los alcaldes municipales y prefectos provinciales; uno, de la terna enviada por las Cámaras de la Producción; uno, de la terna remitida por las centrales de trabajadores y organizaciones campesinas e indígenas. En la República de Eslovenia, los nueve jueces del Tribunal Constitucional son designados por la Asamblea Nacional, de nóminas propuestas por el presidente de la República. En Hungría, el Parlamento designa a los once jueces que integran el Tribunal Constitucional. En Lituania, el Parlamento designa a los nueve jueces del Tribunal Constitucional, de candidatos propuestos: un tercio por el presidente de la República de Lituania, un tercio por el Presidente del Parlamento, y un tercio por el presidente del Consejo Supremo. En la República de Macedonia, la Asamblea de la República elige a los nueve jueces del Tribunal Constitucional. En el Perú, el Congreso unicameral designa a los siete jueces constitucionales con el voto de los dos tercios del número legal de congresistas. En la República de Polonia, los quince jueces del Tribunal Constitucional son designados por el Parlamento con mayoría absoluta de votos, de candidatos propuestos por grupos de 50 diputados o el presidente del Parlamento. En Sudáfrica, los once jueces que conforman el Tribunal Constitucional son designados por la Asamblea Nacional a propuesta del presidente de la República en consulta con la Corte Suprema y los partidos políticos. En Venezuela, la Asamblea Nacional (Congreso Unicameral Federal) designa a los siete magistrados que conforman la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de una nómina seleccionada por el Poder Ciudadano, que a su vez realiza la selección de postulantes de una nómina preseleccionada por el Comité de Postulaciones Judiciales.

#### *4. Designación por las cámaras legislativas*

En dos Estados, uno europeo y otro latinoamericano, la designación la realizan las cámaras legislativas; es el caso de Alemania, donde 50% de los jueces son designados por la Dieta Federal (Bundestag) y los restan-

tes 50% son designados por el Consejo Federal (Bundesrat). En Colombia, donde la Cámara de Senadores designa a los nueve jueces, un tercio de ternas propuestas por el presidente de la República; un tercio de ternas propuestas por la Corte Suprema de Justicia, y un tercio de ternas propuesta por el Consejo de Estado.

### *5. Designación mixta*

Otra modalidad adoptada por varios Estados europeos, latinoamericanos, asiáticos y africanos es aquella en la que la designación la realizan de manera concurrente entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial, conforme se detalla a continuación.

En Angola de los siete jueces que integran el Tribunal Constitucional, tres son designados por el presidente de la República, incluyendo al presidente del Tribunal Constitucional; tres son designados por la Asamblea Nacional con el voto de dos tercios de los miembros presentes, y un juez es designado por el Pleno del Consejo Supremo. En Bosnia Herzegovina, de los nueve jueces que integran el Tribunal Constitucional, seis son designados por las asambleas o parlamentos respectivos de las entidades (cuatro son designados por la Cámara de Representantes de la Federación de Bosnia y Herzegovina, dos por la Asamblea Nacional del República Srpska); los restantes tres jueces son designados por el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos después de la consulta con la Presidencia de Bosnia y Herzegovina. En Bulgaria, de los doce jueces que integran el Tribunal Constitucional, un tercio son designados por la Asamblea Nacional; un tercio por el presidente, y un tercio por la reunión general de los tribunales de justicia constituido por el Consejo Supremo de Casación y el Tribunal Administrativo Supremo. En Chile, de los diez jueces que integran el Tribunal Constitucional, tres son designados por el presidente de la República; cuatro son designados por el Congreso Nacional, de los cuales dos son nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado, y tres son designados por la Corte Suprema de Justicia, en votación secreta. En Italia de los quince jueces constitucionales, un tercio son designados por el presidente de la República; un tercio por el Parlamento en sesión conjunta y un tercio por las magistraturas supremas de la ordinaria y la administrativa. En Ka-

zakhstan, de los siete miembros del Consejo Constitucional, el presidente y dos miembros son designados por el presidente de la República, dos son designados por el presidente del Senado, y dos por el presidente de la Cámara Baja del Parlamento (el Mazhilis). En Portugal, de los 13 magistrados que integran el Tribunal Constitucional, diez son designados por la Asamblea de la República, y tres son cooptados por los magistrados designados en la forma antes referida. En Rumania, de los nueve jueces que integran el Tribunal Constitucional tres son designados por la Cámara de Diputados, tres por el Senado, y tres por el presidente de Rumania.

#### V. LA DESIGNACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL BOLIVIANO

Según la norma prevista por el artículo 119-II de la Constitución, el Tribunal Constitucional está integrado por cinco magistrados titulares que conforman una Sala única, además de cinco magistrados suplentes que reemplazan a los titulares en casos de acefalía temporal, por vacaciones, enfermedad, excusa, licencia, o acefalía definitiva por renuncia, muerte o cesación decretada; en este último caso, los magistrados suplentes acceden a la titularidad entre tanto el Congreso Nacional designe un nuevo magistrado titular. Todos los magistrados, titulares y suplentes, duran en sus funciones un periodo personal de diez años sin derecho a la reelección.

En relación con la legitimación democrática de los jueces constitucionales, encontrándose el Estado boliviano en pleno proceso constituyente, el análisis debe ser realizado en dos planos; el primero, a partir de las normas vigentes, y el segundo, a partir del proyecto de Constitución aprobado en detalle por la Asamblea Constituyente.

##### 1. *En la Constitución y legislación vigente*

En el sistema constitucional boliviano, el estatuto jurídico de los magistrados del Tribunal Constitucional, está previsto por los artículos 116, 119 y 121 de la Constitución, y los artículos 8o. al 23 de la Ley 1836 del Tribunal Constitucional.

Según las normas previstas por el artículo 116.I y IV de la Constitución, el Tribunal Constitucional forma parte del órgano judicial, siendo su misión ejercer el control de constitucionalidad. Por mandato del artículo 119.I de la ley fundamental, el Tribunal Constitucional es independiente y está sometido sólo a la Constitución; por previsión del artículo 116.VI de la Constitución, los magistrados y jueces son independientes en la administración de justicia y no están sometidos sino a la Constitución y la Ley

Según las normas previstas por el artículo 119.IV de la Constitución, desarrolladas por el artículo 13 de la Ley 1836, son requisitos para ser designado magistrado del Tribunal Constitucional, los siguientes: 1) ser boliviano de origen y haber cumplido los deberes militares; 2) tener 35 años cumplidos; 3) estar inscrito en el Registro Electoral; 4) tener título de abogado en Provisión Nacional y haber ejercido durante diez años la judicatura, la profesión de abogado o la cátedra universitaria, con idoneidad; 5) no haber sido condenado a pena corporal, salvo rehabilitación concedida por el Senado ni tener pliego de cargo ejecutoriado, y 6) no estar comprendido en los casos de incompatibilidad señalados en la presente ley.

Los magistrados titulares y suplentes son designados por el Congreso Nacional, en sesión de congreso,<sup>8</sup> con dos tercios de votos de los miembros presentes en la sesión. Según la norma prevista por el artículo 14 de la Ley 1836, para la elección de magistrados titulares y suplentes, el Ministerio de Justicia, las facultades de derecho de las universidades públicas y privadas y los colegios de abogados, podrán enviar nóminas de candidatos al Congreso Nacional para su consideración al realizar las designaciones. La designación se realiza de nóminas elaboradas por la Comisión Mixta de Constitución y Policía Judicial del Congreso Nacional, previa convocatoria pública a concurso de méritos y la consiguiente comprobación y calificación de los méritos profesionales, a objeto de verificar la capacidad y experiencia profesional de los postulantes al cargo.

De las normas constitucionales referidas se puede concluir que la jurisdicción constitucional, en general y los jueces constitucionales que lo integran, en particular, están dotados de una legitimidad democrática de

<sup>8</sup> En el sistema constitucional boliviano la sesión de Congreso, es la reunión conjunta de la Cámara de Diputados, con 130 miembros, y la Cámara de Senadores con 27 miembros, presidida por el presidente nato del Congreso Nacional que es el vicepresidente de la República.

origen y de ejercicio, tanto en la vía orgánica, como en la vía personal. Esta conclusión tiene su base en los siguientes fundamentos:

En primer lugar, en cuanto a la legitimación democrática de origen, el constituyente boliviano, expresando la voluntad del pueblo, encomendó la labor del control de constitucionalidad al Tribunal Constitucional y a los jueces que lo integran; lo que significa que les encomendó la alta función de ser los guardianes de la Constitución y los protectores de los derechos fundamentales consagrados en la ley fundamental del Estado.

En segundo lugar, en relación con la legitimación democrática de ejercicio, el Constituyente ha proclamado la independencia del Tribunal Constitucional, respecto a los demás órganos del poder constituido, en el desempeño de sus funciones que es la guarda de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales; por ello, ha definido que los jueces constitucionales sólo se someten a la Constitución como la ley suprema del ordenamiento jurídico del Estado, cuya guarda les ha sido encomendada.

En tercer lugar, para resguardar la independencia del Tribunal Constitucional y de los jueces que lo integran, el Constituyente ha adoptado una forma de legitimación democrática indirecta respecto a la designación de los magistrados. En efecto, conforme se tiene referido, el constituyente ha encomendado la tarea de designación de los magistrados al órgano legislativo, un órgano cuyos miembros gozan de una legitimación democrática directa en cuanto concierne a su elección; de manera que la designación de los magistrados se coloca en el eslabón de la legitimación democrática, en la medida en que el pueblo elige a los diputados y senadores para que éstos, en su representación, designen a los magistrados en una especie de elección indirecta o voto de segundo grado.

Existen sectores sociales que cuestionan esa modalidad de designación de los magistrados del Tribunal Constitucional, argumentando que se presta a una especie de “cuoteo” político, porque en su criterio la concertación realizada a interior del Congreso Nacional entre las distintas fuerzas políticas para lograr la votación cualificada de los dos tercios constituye un distribución de cuotas que afectaría la independencia de los magistrados en el desempeño de sus labores; cabe advertir que en los casi ocho años de desempeño de la labor jurisdiccional no hubo signos de dependencia política del Tribunal Constitucional y sus magistrados a las fuerzas políticas; al



contrario, sus decisiones siempre estuvieron encuadradas en las normas previstas por la Constitución.

## *2. En el proyecto de Constitución aprobado por la Asamblea Constituyente*

Como consecuencia de los cuestionamientos a la modalidad de designación de los magistrados del Tribunal Constitucional proveniente de los sectores sociales, y como parte de las reformas estructurales al modelo de Estado propuestas en la Asamblea Constituyente por las fuerzas políticas con presencia mayoritaria, en el proyecto de Constitución, aprobado en detalle por la Asamblea Constituyente, se han introducido modificaciones importantes a la configuración del Tribunal Constitucional, ampliando sus competencias, modificando su composición y la modalidad de designación de sus magistrados.

El proyecto de Constitución propone la consolidación del modelo de control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional Plurinacional; órgano constitucional independiente en relación con los otros órganos del poder constituido; se prevé que estará constituido por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación paritaria entre el sistema ordinario y el sistema indígena originario campesino, cuyo número y organización interna será definido por ley.

Según la norma prevista por el artículo 198 del proyecto de Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional estará constituido por una representación paritaria entre el sistema ordinario y el sistema indígena originario campesino; y según la norma prevista por el artículo 200, los postulantes que provengan del sistema ordinario, entre otros requisitos, deben poseer título de abogado y tener experiencia en el ejercicio profesional, de la cátedra universitaria o la judicatura; en cambio los postulantes provenientes del sistema indígena originario campesino deberán haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia, es decir, no requieren ser abogados.

Los magistrados serán elegidos por voto popular directo y sufragio universal, con mayoría relativa o simple mayoría de votos, de candidatos propuestos por organizaciones sociales de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, y de la sociedad civil en general; 50% provendrán de la jurisdicción ordinaria y 50% de la jurisdicción indígena

originaria campesina. Duraran en sus funciones por un periodo de seis años, sin derecho a la reelección inmediata; podrán ser destituidos de sus cargos por sentencia condenatoria; por revocatoria de mandato, o por otras causas establecidas por la Constitución y las leyes.

Según las normas previstas por el artículo 199 del proyecto de Constitución, a la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se aplicarán el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia previstos por el artículo 183 del proyecto de Constitución; lo que implica la aplicación de las siguientes reglas básicas: *i)* el control administrativo disciplinario de justicia efectuará la preselección de los postulantes por cada departamento, y remitirá al Consejo Electoral Plurinacional la nómina de los precalificados para que éste proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral; *ii)* durante la preselección y la elección, las magistradas y los magistrados (debiera decir los postulantes) no podrán pertenecer a partidos políticos o a agrupaciones ciudadanas, ni realizar campaña electoral en favor de su candidatura. El Consejo Electoral Plurinacional será el responsable de difundir los méritos de las candidatas y los candidatos.

De las normas constitucionales insertas en el proyecto de Constitución referidas precedentemente, se puede inferir que el constituyente boliviano ha optado por la posición de dotar de una legitimación democrática directa a los jueces constitucionales. En efecto, el Constituyente, al margen de encargarle la labor de defensa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales al Tribunal Constitucional, 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; con el añadido de que sus cargos sean revocables por el propio electorado mediante revocatoria de mandato. Un posicionamiento que tiene como fundamento central el “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”, y con ello “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 constituye una solución a un aparente problema que en la práctica no existe sino en un cuestionamiento abstracto e interesado.

Cabe señalar que una solución se plantea cuando existe un problema concreto; en el caso del Tribunal Constitucional boliviano no existe el aparente problema de una subordinación del órgano de control a los demás órganos del poder constituido, ni siquiera al propio órgano judicial, del cual orgánicamente es parte, pero funcionalmente es independiente por mandato expreso del artículo 119.I de la Constitución vigente. En los ocho años de ejercicio de la labor jurisdiccional el Tribunal Constitucional se ha desempeñado en el marco de la absoluta independencia institucional, así como de sus magistrados en relación con los órganos del poder constituido y al propio sistema político, ello es posible constatar en las quince mil sentencias emitidas; en la resolución de todos y cada uno de los procesos constitucionales, el Tribunal Constitucional sólo se ha sometido a la Constitución; claro está que al desarrollar su labor ha afectado espacios de poder, ya que ha garantizado que el poder político sea ejercicio en el marco de los límites previstos por la Constitución, lo que ha motivado reacciones adversas al Tribunal de parte de quienes se vieron afectados en la limitación de su poder político, lo que dio lugar a que se formulen acusaciones infundadas.

Si bien es cierto que existe un alto índice de desconfianza y falta de credibilidad ciudadana respecto al órgano judicial, fundada en la falta de independencia y la subalternización de los jueces al poder político, ello no alcanza al Tribunal Constitucional; pues los bolivianos y bolivianas diferencian la labor de la jurisdicción ordinaria, que la cuestionan, de la labor que realiza la jurisdicción constitucional, que la aprueban; ello fue verificado precisamente por la Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente en los encuentros regionales con la ciudadanía; se constató que el Tribunal Constitucional goza de altos índices de confianza, credibilidad y legitimidad ciudadana; por lo tanto, el fundamento de la aparente falta de independencia y politización no tiene sustento en relación con la jurisdicción constitucional.

De otro lado, para el caso de que fuese evidente el problema de falta de independencia de los jueces constitucionales, como sostienen los que sustentan la posición asumida, el sistema de elección directa por voto popular de los magistrados del Tribunal Constitucional no constituiría una adecuada y razonable solución; al contrario agravaría la situación, ya que una elección de magistrados por voto popular menoscabará la independencia de la jurisdicción constitucional, en general, y de los magistrados

en particular, toda vez que los someterá a la voluntad política de la eventual mayoría que los elija, generando una dependencia política de los magistrados hacia sus electores; dependencia que se acentúa debido a la potestad de revocatoria de mandato que tienen los electores frente al elegido; lo que genera el riesgo de que los magistrados resuelvan los conflictos y controversias constitucionales no sometidos a la Constitución, sino a la voluntad de los sectores sociales organizados que ejercerán presión pública sobre su accionar.

## VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Del análisis efectuado del tema de sistemas de nombramiento del juez constitucional, a manera de conclusión podemos expresar las siguientes ideas finales:

*Primera.* La determinación de un sistema de elección o designación de un juez constitucional está estrechamente vinculado con el tema de la legitimación democrática de la jurisdicción constitucional, en general, y de los jueces constitucionales, en particular. Existen corrientes de opinión que plantean la tesis de que la designación del juez debe efectuarse garantizando la legitimación democrática directa, que sólo es posible lograr mediante elección directa por voto popular de los jueces. En cambio, existen otras corrientes de opinión que plantean la legitimación democrática indirecta.

*Segunda.* La legitimación democrática de los jueces constitucionales es de vital importancia para garantizar su independencia; empero, la situación de los jueces constitucionales no es la misma que la de los miembros del Legislativo y el Ejecutivo; pues entre tanto, para éstos es exigible la legitimación democrática directa, para aquellos, dada la importantísima labor que desempeñan en la guarda y custodia de la Constitución, la defensa de la democracia y la protección de los derechos fundamentales, existen distintas formas de dotarles de legitimación democrática; así, el Constituyente les dota de legitimación democrática directa de origen al encomendarles la labor de control de constitucionalidad, asimismo les dota de legitimación democrática de ejercicio al prever que sus funciones la desempeñan solamente sometidos a la Constitución; en cambio, les dota de legitimación democrática indirecta en cuanto a su designación, al prever que sean

designados por una instancia estatal que goza de legitimación democrática directa.

*Tercera.* En el contexto antes referido, existen diferentes sistemas de designación del juez constitucional, que dotan de una legitimación democrática indirecta; así, es posible identificar hasta cuatro sistemas de designación: *i)* el sistema de designación por el jefe de Estado, que puede ser el Rey (si se trata de un sistema de monarquía constitucional), o el presidente de la República, con variables en cuanto a las propuestas de candidatos y el voto afirmativo de una instancia legislativa; *ii)* el sistema de designación efectuada por el órgano legislativo en pleno, ya se trate de un sistema unicameral o bicameral; *iii)* el sistema de designación por las cámaras legislativas, y *iv)* un sistema de designación mixta o corporativa, en la que intervienen el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, con las variables respectivas.

*Cuarta.* La legitimación democrática de origen, referida a la fuente de investidura del juez constitucional, no se reduce al mecanismo de designación o nombramiento, alcanza también al mecanismo de comprobación y verificación de la capacidad y la idoneidad del postulante al cargo, elementos que contribuyen a garantizar una verdadera independencia en el desempeño de sus funciones.

*Quinta.* En cuanto al mecanismo de designación del juez constitucional, la elección directa por voto popular, no es el sistema más idóneo ni razonable, ya que ese mecanismo menoscaba su independencia sometándolo a la voluntad omnímoda y las presiones políticas de una mayoría circunstancial, sustrayéndolo de su sometimiento a la Constitución, lo que disminuye su capacidad de defensa de la democracia y la protección de los derechos fundamentales.