

UN “*TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*” AL MARGEN DE
LA “*CONSTITUCIÓN*”

RAFAEL VERGARA SANDÓVAL

UN “*TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*” AL
MARGEN DE LA “*CONSTITUCIÓN*”

Prólogo de
Manuel Atienza Rodríguez
Josep Aguiló Regla

PALESTRA EDITORES

LIMA – 2024

UN “*TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*” AL MARGEN DE LA “*CONSTITUCIÓN*”
Rafael Vergara Sandóval

Primera edición, junio de 2024

© 2024: RAFAEL VERGARA SANDOVAL

© 2024: PALESTRA EDITORES S. A. C.
Plaza de la Bandera 125 Lima 21 - Perú
Telf. (511) 6378902 - 6378903
palestra@palestraeditores.com
www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:
GRÁNDEZ GRÁFICOS S. A. C.
Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Los Olivos
Junio, 2024

Diagramación:
RAÚL MORALES HERRERA

Cuidado de estilo y edición:
MANUEL RIVAS ECHARRI

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2024-XXXXX
ISBN: 978-612-325-XXX-X

Tiraje: 500 ejemplares

IMPRESO EN EL PERÚ | PRINTED IN PERU

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

CONTENIDO

PRÓLOGO.....	11
INTRODUCCIÓN.....	17

Capítulo I

LA CONSTITUCIÓN Y LOS MODELOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

1. La constitución del Estado constitucional.....	23
1.1. Codificación de la Constitución	24
1.1.1. Las primeras constituciones codificadas	24
1.1.2. Las constituciones liberales	27
1.1.3. Las constituciones sociales	29
1.1.4. Las constituciones democráticas	31
1.2. Normatividad y control constitucional	32
1.2.1. Normatividad constitucional	32
1.2.2. El constitucionalismo revolucionario	34
1.2.3. La Constitución en el Estado liberal de derecho.....	36
1.2.4. El surgimiento del control de constitucionalidad	38
1.3. Supremacía de la Constitución	39
1.3.1. La Constitución como orden jurídico fundamental de la sociedad.....	42
1.3.2. Las formas de defensa de la Constitución	44
1.3.3. Formas políticas de defensa de la Constitución	45
1.3.4. Formas jurídicas de defensa de la Constitución.....	49
1.3.5. La rigidez como defensa de la Constitución	50

2. Modelos jurídicos de defensa de la Constitución	52
2.1. Modelo norteamericano o difuso de control constitucional	53
2.1.1. El caso <i>Marbury vs. Madison</i>	62
2.1.2. La <i>judicial review of legislation</i>	69
2.1.3. Elementos del modelo norteamericano	73
2.1.4. Etapas históricas del Tribunal Supremo de Justicia	75
2.1.5. Efectos de la <i>certiorari</i> y el <i>stare decisis</i> en la justicia norteamericana.	81
2.2. Modelo europeo o <i>concentrado</i> de control constitucional	97
2.2.1. Elementos del modelo kelseniano	106
2.2.2. La metáfora del legislador negativo.	111
2.2.3. Tribunal Constitucional como guardián constitucional.....	114
2.2.4. El control constitucional de las leyes por el Tribunal Constitucional.....	118
2.2.5. Efectos de la inconstitucionalidad en la justicia concentrada o europea.....	120
2.3. Modelo latinoamericano o mixto de control constitucional	123
2.3.1. Sistemas de control constitucional Latinoamericano	127

Capítulo II

VALOR Y GARANTÍA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA

1. Antecedentes histórico-jurídicos de la constitución y <i>el primer modelo político</i> de justicia constitucional.....	135
1.1. El proceso de <i>independencia</i> y el nacimiento del <i>nuevo Estado</i>	135
1.2. Decreto del 9 de febrero de 1825.....	142
1.3. La <i>Asamblea Constituyente</i> de 1825 y la <i>Independencia del Estado boliviano</i>	147
1.4. Primeras leyes del nuevo Estado boliviano	151
a) Las leyes del 11 y 13 agosto de 1825.....	151

b) Ley del 26 de mayo de 1826.....	152
c) Ley del 19 de junio de 1826	153
2. La Constitución y el primer modelo político de justicia constitucional en Bolivia	154
2.1. Elementos esenciales de la Constitución	157
a) Principio de división de poderes	160
b) Inexistencia del principio de supremacía constitucional.....	164
c) Principio de rigidez constitucional.....	164
2.2. Primer modelo de control constitucional político	168
a) Cámara de Censores	169
b) Consejo de Estado.....	171
3. La Constitución y el segundo <i>modelo difuso</i> o <i>norteamericano</i> de justicia constitucional en Bolivia.....	175
3.1. Elementos esenciales de la Constitución	177
a) Principio de separación de poderes	177
b) Principio de supremacía constitucional.....	178
c) Rigidez constitucional	179
3.2. Segundo modelo de control constitucional <i>difuso</i> o <i>norteamericano</i>	181
a) Control <i>judicial difuso</i> o <i>norteamericano</i> de constitucionalidad...	182
b) Corte Suprema de Justicia de la nación.....	183
4. La Constitución y el tercer modelo concentrado o europeo de justicia constitucional en Bolivia	189
4.1. Tercer modelo de control constitucional <i>concentrado</i> o <i>europeo</i>	189
4.1.1. Tribunal Constitucional y los otros órganos del Estado	195
4.2. Diseño institucional del Tribunal Constitucional, exigencias derivadas de la independencia.....	202
4.3. El Tribunal Constitucional: <i>supremo intérprete de la Constitución</i>	203
4.4. Estatus del Tribunal Constitucional	205
A) Composición del Tribunal Constitucional boliviano	205
B) El modo y método de elección de sus miembros	207

Capítulo III

UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL MARGEN DE LA
CONSTITUCIÓN

1.	La reforma constitucional boliviana de 2009	209
1.1.	Los antecedentes para la reforma constitucional.....	209
1.2.	La falta de <i>consenso</i> en la reforma constitucional	213
1.3.	El problema del <i>compromiso</i> en la reforma constitucional.....	217
2.	Diseño institucional del sistema de control constitucional boliviano.....	219
2.1.	Legitimidad democrática de origen del Tribunal Constitucional de Bolivia	224
2.2.	Sistema electoral popular para la elección de jueces constitucionales en Bolivia.....	227
2.3.	Configuración del Tribunal Constitucional representativo de la nación boliviana	232
2.4.	La función interpretativa del Tribunal Constitucional.....	236
3.	El uso que se hizo del diseño institucional en el control constitucional boliviano	244
3.1.	La elección popular de los magistrados del Tribunal Constitucional de Bolivia. ¿Cómo fueron elegidos? ¿Quiénes fueron los magistrados? ¿Cómo decidieron?.....	246
3.1.1.	Nombramiento interino de magistrados del Tribunal Constitucional por el Órgano Ejecutivo, mediante Decreto Supremo N.º 432, de 17 de febrero de 2010 del Gobierno de turno.....	248
3.1.2.	Primera elección popular de magistrados del Tribunal Constitucional de Bolivia en 2011	251
3.1.3.	Segunda elección popular de magistrados del Tribunal Constitucional de Bolivia en 2017	258
4.	Las decisiones del Tribunal Constitucional boliviano al margen de la constitución	267
4.1.	La <i>primera decisión</i> al margen de la Constitución, <i>Declaración Constitucional 003/2013, 25 de abril de 2013</i>	268

4.2. La <i>segunda decisión</i> del Tribunal Constitucional al margen de la Constitución, <i>Declaración 0193/2015, 21 de octubre de 2015</i>	273
4.3. El rechazo democrático de la mayoría del pueblo soberano boliviano, expresado en el Referéndum Constitucional de 21 de febrero de 2016, a la reforma constitucional sobre la reelección presidencial.....	278
4.4. La <i>tercera decisión</i> del Tribunal Constitucional al margen de la Constitución, <i>Sentencia 0084/2017, de 28 de noviembre</i> , que desconoció el referéndum constitucional de 21 de febrero de 2016	279
5. La Sentencia Constitucional 0084/2017, de 28 de noviembre de 2017, al margen de la constitución boliviana, en la senda del “nuevo (neo) constitucionalismo latinoamericano”	287
5.1. ¿Normas constitucionales inconstitucionales vs. antinomias constitucionales?	287
5.2. ¿Derecho humano a la reelección indefinida?	296
5.3. La <i>cuarta decisión</i> del Tribunal Constitucional al margen de la Constitución, <i>Sentencia 39/2019, de 9 de julio de 2019</i> , que siguió <i>la senda del nuevo constitucionalismo latinoamericana</i> en los casos previos: Costa Rica el 2003, Nicaragua el 2010, Honduras el 2015 y Bolivia el 2017.....	300

CONCLUSIONES

I. LA CONSTITUCIÓN Y LOS MODELOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL.....	309
II. VALOR Y GARANTÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS MODELOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA	311
III. DISEÑO INSTITUCIONAL Y EL USO QUE SE HIZO DEL DISEÑO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2009	314
BIBLIOGRAFÍA.....	319
ANEXOS.....	329

PRÓLOGO

El oficio de profesor universitario depara experiencias gratas y satisfactorias, y otras que no lo son tanto. Entre estas últimas es inevitable incluir las que son consecuencia del incremento creciente de la burocracia, un mal que amenaza seguramente a todos (o a muchos de) los sistemas universitarios de todo el mundo y que en España está adquiriendo en los últimos tiempos características de verdadera epidemia. Si no hacemos nada para combatirla —y mucho no parece que estemos haciendo—, no sería de extrañar que terminara llevándose por delante a la propia institución, ya que uno de sus efectos más perniciosos (y sumamente contagioso) consiste en fomentar hasta extremos grotescos los comportamientos ritualistas. Recuérdese, el tipo de conducta desviada que consiste en olvidarse de los fines (en nuestro caso, de los fines propios de la universidad) y centrarse exclusivamente en los medios, en el cumplimiento de requisitos puramente formales, vacíos de contenido (las escuelas de doctorado son un buen ejemplo de ello), lo que impide atender a lo que verdaderamente importa: que la investigación, la enseñanza y el desarrollo de la cultura sean auténticamente de calidad.

Por lo que se refiere a los aspectos más gratificantes de nuestra profesión, una actividad que ocupa un lugar muy relevante es la orientación que a veces es posible ofrecer a gente joven o no tan joven que desea formarse en un determinado campo (en nuestro caso, la filosofía del Derecho, entendida en un sentido amplio); por ejemplo, mediante la elaboración de una tesis de doctorado. Este último es el caso de Rafael Vergara Sandóval, un jurista boliviano al que conocimos hace ya bastante tiempo en 2010, cuando vino a Alicante a cursar la especialización universitaria y luego el máster de argumentación jurídica, y que, con disciplina y tesón admirables, llevó a cabo el trabajo ahora convertido en libro y que el lector se dispone seguramente a examinar.

En el capítulo introductorio, Rafael Vergara presenta una síntesis de su libro y no es, naturalmente, cuestión de volver a reproducirla aquí. Simplemente, nos limitamos a indicar que la obra consta de tres capítulos dedicados respectivamente a examinar el concepto de Constitución y los modelos de control de constitucionalidad existentes en el panorama internacional, el desarrollo de la historia constitucional en Bolivia, y la situación de la jurisdicción constitucional en ese país después de la Constitución (vigente) de 2009. En relación con esto último, el autor es muy crítico tanto por lo que respecta al diseño institucional como a propósito de la actuación de los jueces constitucionales bolivianos en varias resoluciones recientes que califica de “desviaciones”; Vergara, además, vincula esos excesos con una cierta concepción del Derecho que sería la asumida por el Tribunal y a la que suele denominarse “neoconstitucionalismo”. No vamos a entrar en este prólogo en los detalles de esas críticas (que constituyen en cierto modo el núcleo duro de este libro), pero sí queremos hacer algunas breves consideraciones (en un plano general, no referidas específicamente al caso de Bolivia) sobre estos tres aspectos que se acaban de mencionar y que, nos parece, desempeñan un papel muy destacado en el constitucionalismo contemporáneo; a saber: el neoconstitucionalismo en cuanto teoría general del Derecho, el diseño institucional de la justicia constitucional, y el perfil de los magistrados que operan en esos tribunales constitucionales.

En relación con el “neoconstitucionalismo”, creemos que es necesario insistir en el carácter enormemente equívoco de la expresión y que ha contribuido mucho a dificultar una discusión fructífera al respecto. A fin de introducir alguna claridad, quizás lo más importante sea distinguir (y no somos los primeros en señalarlo) entre el neoconstitucionalismo como fenómeno jurídico, o sea, como término (o como concepto) con el que se trata de dar cuenta de la existencia de un nuevo tipo de Constitución y, por tanto, de ordenamiento jurídico, con características distintivas en relación con las que se podían encontrar en los sistemas jurídicos de épocas anteriores (anteriores a la implantación del Estado constitucional de Derecho); y el neoconstitucionalismo en cuanto teoría general del Derecho, esto es, como conceptualización de esa nueva realidad jurídica.

El uso de “neoconstitucionalismo” en el primero de esos sentidos no plantea problemas (o sea, es un uso adecuado), pero nos parece que no puede decirse lo mismo del segundo de ellos. Al menos, por dos razones. La primera es que quienes hablan de neoconstitucionalismo como teoría no son muchas veces conscientes de la ambigüedad que se acaba de indicar, de manera que la defensa que hacen de esa supuesta teoría suele ser bastante oscura, precisamente porque a lo que se apela es al neoconstitucionalismo como fenómeno; y así, es frecuente oír que la necesidad de suscribir el neoconstitucionalismo deriva sin más de la existencia de ordenamientos jurídicos en los que los principios, los valores o los derechos

fundamentales juegan un papel de especial relevancia: olvidándose de que el tratamiento de esos elementos ha dado lugar a una diversidad de teorizaciones. Y la segunda razón (la más importante) es que cuando se trata de identificar cuáles son las afirmaciones centrales que configurarían esa teoría neoconstitucionalista del Derecho, con lo que nos encontramos es con una serie de tesis (no siempre formuladas con la deseable claridad) que seguramente podrían sintetizarse así: el Derecho es inseparable de la moral y de la política; consiste esencialmente en principios, más bien que en reglas, y de ahí la preeminencia del método de la ponderación; todo lo cual lleva a la justificación del activismo judicial, puesto que los jueces (los aplicadores del Derecho) no han de sentirse vinculados por las reglas: su función no es operar como un órgano sometido a la autoridad del Derecho (a lo establecido por las leyes y por la propia Constitución), sino hacer justicia, servir como garantía de los derechos fundamentales.

No creemos, sin embargo, que esa sea una manera adecuada de tratar con los problemas surgidos con los Derechos de la época del constitucionalismo (o neoconstitucionalismo) contemporáneo. O, si se quiere, las anteriores tesis tendrían que ser reformuladas introduciendo cambios considerables, lo que daría lugar a una teoría distinta a la neoconstitucionalista: lo que ambos hemos denominado en ocasiones (una concepción sostenida también por lo general por el grupo de iusfilósofos de Alicante) pospositivismo jurídico. Dicho de manera telegráfica. El Derecho no puede separarse de manera tajante de la política y de la moral, pero eso no quiere decir que la racionalidad jurídica quede, por así decirlo, disuelta en el todo de la razón práctica. Como diría Nino, es necesario superar tanto la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho como la de la indeterminación radical de los materiales jurídicos; lo primero se logra reconociendo que el Derecho es una práctica autoritativa, de manera que el uso de argumentos morales, por ejemplo, en una justificación judicial se caracteriza por la necesidad de reconocer límites —límites autoritativos— que hacen que la racionalidad jurídica (sigamos utilizando terminología de Nino) deba considerarse como una racionalidad de lo segundo mejor; y la indeterminación radical del Derecho, con una teoría de la interpretación jurídica que rechaza el relativismo moral y asume que, salvo quizás en algunos supuestos muy extraordinarios, el Derecho permite alcanzar una única respuesta correcta. Tesis estas últimas que suponen también que los principios han de ser considerados como un ingrediente fundamental de los Derechos del Estado constitucional, pero sin que ello suponga desconocer el papel esencial de las reglas; dicho de otra manera, el manejo de cualquier problema jurídico que revista alguna dificultad (los que llegan a los tribunales constitucionales) exigen tomar en consideración tanto principios como reglas; o, para usar otra formulación, la ponderación es un procedimiento argumentativo que inevitablemente

han de usar los tribunales constitucionales, pero eso no significa el abandono del razonamiento deductivo: entre ponderación y subsunción no hay una relación de incompatibilidad, sino más bien de complementariedad. Y, en fin, tener en cuenta las anteriores consideraciones lleva a rechazar también la figura del juez activista, entendiendo por tal el juez que opera sin asumir que lo hace en el contexto de una práctica autoritativa que, por tanto, le fija unos límites que van (al menos, en ocasiones), más allá de lo que pueda considerarse como lo correcto desde una perspectiva moral o política. Uno de nosotros viene defendiendo, desde hace ya mucho tiempo, que la *independencia judicial* (incluyendo la de los jueces constitucionales) significa, aunque suene a paradoja, que los jueces deben someterse (exclusivamente) al Derecho. Y otro ha insistido mucho en la necesidad de distinguir entre el juez activista y el juez activo, comprometido con la defensa de los derechos fundamentales de la gente, pero en la medida en que el Derecho lo permite.

La importancia que debe asignarse en las Constituciones al diseño institucional, y no sólo a la incorporación en las mismas de una carta de derechos, nos parece que es algo obvio, aunque muchas veces no parezca repararse en ello. Lo que queremos decir es que, en relación con algunas o muchas Constituciones contemporáneas —particularmente en las de países latinoamericanos—, el comprensible afán por hacer de las Constituciones un instrumento para la transformación jurídica y social puede llevar a olvidar que esos cambios exigen contar con instituciones adecuadas para ello, y también con un trasfondo de carácter cultural, económico y social que no se produce simplemente cambiando la normatividad jurídica. La tendencia a la anomia y al uso (excesivamente) simbólico del Derecho son riesgos, nos parece, muy presentes en los ordenamientos jurídicos de nuestros países y que se deberían tomar muy en serio. La segunda ley de la termodinámica, si se nos permite usar un lenguaje metafórico, opera también en el Derecho, y de ahí la necesidad de ser sumamente cautelosos a la hora de introducir cambios que, cuando no han sido pensados a fondo y considerando el conjunto del ordenamiento jurídico y el sistema social como un todo, a lo que contribuyen es a un desorden sistémico que no puede operar como un factor positivo de transformación social. Las instituciones características de los Estados de Derecho han resistido —al menos algunas de ellas— el paso de la historia, y eso debería ser considerado como un indicio de su funcionalidad, de que juegan un rol positivo en la defensa y promoción de los valores constitucionales. Por supuesto, no es que pensemos que cualquier innovación institucional deba ser condenada, sino cuidadosamente examinada y sin olvidar nunca que una cosa son los efectos queridos (queridos por el constituyente) y otra los que previsiblemente vayan a producirse. Un buen ejemplo de ello es el diseño de un tribunal constitucional

y, en particular, del procedimiento establecido para nombrar a sus integrantes. No creemos, por cierto, que exista algún sistema, algún modelo, al que no pueda atribuirse inconvenientes serios. Pero, sin duda, algunos de ellos son peores que otros (la experiencia de funcionamiento de la que ya se dispone así lo atestigua), e incluso cabría decir que algunos son inevitablemente equivocados, porque se basan en alguna premisa errónea. Y nos parece que este es el caso, por ejemplo, cuando se pretende configurar el tribunal como si se tratase de un órgano de representación política, de manera que se procura que en el mismo estén representados los diversos grupos culturales, étnicos, etc. que integran el país. Pero un tribunal —incluidos los tribunales constitucionales— no puede estar diseñado como si se tratara de un parlamento, puesto que las funciones de una y otra institución son distintas, y los criterios de legitimidad de sus integrantes no pueden tampoco ser los mismos.

Esto último se conecta muy estrechamente con el tercer problema en relación con el cual nos habíamos propuesto decir algo en este prólogo: qué perfil deberían tener los magistrados de un tribunal constitucional. Puesto que son magistrados, jueces, eso quiere decir que las normas de la deontología judicial les deben ser aplicadas también a ellos. Y como bien se sabe, los dos principios más característicos de esa ética profesional son los de independencia e imparcialidad. Independencia, como antes decíamos, significa que sus decisiones deben estar motivadas (en el doble sentido de operar como causas y como razones) exclusivamente en el Derecho. Y la imparcialidad supone, entre otras cosas, que al resolver conflictos (como suele ocurrir en los casos con más repercusión social que resuelven los tribunales constitucionales) que enfrentan a diversos sectores sociales (la legalización o no del aborto, la eutanasia o los matrimonios entre personas del mismo sexo son casos emblemáticos), la opinión pública ilustrada (y, en particular, la comunidad jurídica) tendría que ver en esas decisiones algo que no pueda interpretarse simplemente como un acto partidario, o sea, como la traslación a la sentencia de las opiniones —los intereses— características de las fuerzas políticas que promovieron para el cargo al magistrado que suscribe una u otra de las tesis enfrentadas.

Pero un magistrado constitucional no es tampoco un juez ordinario, de manera que las normas deontológicas de la judicatura (en general, las que regulan la conducta judicial) necesitan ser de alguna manera moduladas al aplicarse a quienes operan en esos tribunales. Algo, por cierto, que no se hizo (que no hicieron los propios jueces constitucionales) en un caso muy relevante en España en el que se trataba de resolver cuándo estaba justificado entender que un miembro del tribunal incurría en una causa de recusación, de manera que no podía entrar a resolver un determinado caso (en el ejemplo al que nos estamos refiriendo se trataba del

Estatuto de Autonomía de Cataluña, y la aceptación de esa recusación tuvo efectos políticos gravísimos). Pues bien, esa modulación necesariamente supone aceptar que un magistrado constitucional va a tener siempre un perfil político que se refleja tanto en su nombramiento como en su actuación. Lo que, naturalmente, no quiere decir que desconozcamos que la jurisdicción en cualquiera de sus instancias (y la institución jurídica en su conjunto) tampoco puede estar —no lo está— completamente al margen de la política. Pero esa coloración política es, sin duda, más intensa en el caso de los magistrados constitucionales y, nos parece, puesto que las cosas son así, lo que debería hacer un buen magistrado constitucional es asumirlo y actuar en consecuencia. Y eso quiere decir, en definitivas cuentas, que su lealtad constitucional no está ligada exactamente a los intereses políticos de las fuerzas que le hayan promovido para el cargo, sino a una determinada interpretación de la Constitución (de los fines y valores constitucionales) que tiene que ser coherente y respetar el conjunto de los criterios de racionalidad práctica, de manera que la consideración de la coyuntura política no sirva como indicio inequívoco para anticipar cuál vaya a ser su decisión en cada caso.

El libro de Rafael Vergara ofrece al lector, nos parece, la oportunidad de poder examinar esos problemas (y muchos otros de los que no hemos hablado aquí) a partir de un caso especial, pero de gran relevancia. Y nosotros no queremos tampoco dejar pasar la oportunidad que nos ofrece este prólogo para expresar nuestra satisfacción por haber sido los directores de la tesis de doctorado ahora convertida en libro.

Manuel Atienza Rodríguez

Josep Aguiló Regla