

ACERCA DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Jaime CÁRDENAS*

*A don Héctor Fix-Zamudio, maestro de
muchas generaciones*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El comienzo de la discusión.* III. *La posición de los originalistas.* IV. *La polémica europea: Kelsen y Schmitt.* V. *Ackerman y Ely.* VI. *Nino.* VII. *Rousseau y Troper.* VIII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

La dificultad contramayoritaria de una interpretación constitucional de principios que son desentrañados o atribuidos por los jueces constitucionales en un marco hermenéutico y contextual, no es un asunto sencillo. El nuevo Estado Constitucional —en oposición al Estado de Derecho— permite una rectificación al concepto de democracia basado en el poder de las mayorías porque en este nuevo Estado, la democracia implica también el respeto a los derechos humanos de todos, incluyendo las minorías. En otras palabras, la democracia no sólo son reglas sobre quién y cómo se decide, también entraña reglas sobre qué se debe y qué no se debe decidir; esto es, los derechos humanos son parte de la democracia. La superación de la falacia electoralista como equivalente a democracia, trae a colación la naturaleza y alcance de los derechos humanos y la expresión de los mismos a través de los principios constitucionales, así como

* Doctor en derecho por la UNAM y la Universidad Complutense; investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

la manera en que son argumentados y concebidos por los tribunales. De ahí la pertinencia de las preguntas que a continuación formulo: ¿por qué el juez constitucional, que no es producto de una elección popular, puede invalidar una ley emanada del legislativo?, ¿cómo la decisión democrática puede ser interferida por quiénes no representan a nadie?, ¿en nombre de qué las generaciones pasadas pueden atar a las generaciones futuras?, ¿por qué parece que en el Estado constitucional democrático de derecho el poder se traslada del legislador al juez?, ¿cómo se puede conciliar la legitimidad democrática con los derechos humanos?

¿Cuál es la justificación para tal intervención?, ¿no se pone en riesgo la democracia?, ¿a quién representan los jueces? Estas preguntas como las primeras ponen en cuestión al sistema democrático, al grado que algunos hablan ya de un gobierno de jueces.¹ La dificultad contramayoritaria que significa la interpretación de constituciones conformadas preponderantemente por principios² se ha intentado afrontar acudiendo a múltiples teorías. En algunas de ellas, existe un pesimismo evidente, en otras, se intenta conciliar a la democracia con el papel que en ella juegan los jueces. Desde antiguo, pero sobre todo ahora, que existe una muy clara conciencia en el papel que los principios desarrollan en el modelo constitucional de derecho, se han dado respuestas diversas sobre la principal cuestión que señala: “si el principio democrático establece que las decisiones que afectan a la colectividad deben ser adoptadas a través de un procedimiento en el que todos puedan participar con su voz y con su voto, bajo la regla de la mayoría; y si en las condiciones actuales de la modernidad ese principio abstracto se concreta en el establecimiento de un sistema representativo en el que un Parlamento elegido periódicamente por sufragio universal toma decisiones por mayoría; entonces, ¿por qué deberían someterse las decisiones a un ulterior control judicial?”³ Algunas de las soluciones proponen una interpretación que asuma los presupuestos democráticos como es el caso del Ely,⁴ otras aluden a la soberanía consti-

¹ Águila, Rafael del, *La senda del mal, política y razón de Estado*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 293 y ss.

² Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962, p. 16.

³ Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 247 y 248.

⁴ Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980.

tucional,⁵ otras plantean la reducción de los poderes interpretativos del juez —Kelsen y los originalistas norteamericanos—, otras sostienen la legitimidad judicial a partir de las garantías orgánicas y funcionales de independencia e imparcialidad judicial,⁶ algunas hacen consistir la legitimidad del juez en la calidad de su argumentación para vislumbrar la única respuesta correcta en los casos difíciles,⁷ otras proponen nuevos diseños institucionales en el poder judicial que propendan a una democracia más deliberativa y participativa,⁸ y así, un largo etcétera de soluciones en un ámbito en donde algunos son muy pesimistas.⁹

II. EL COMIENZO DE LA DISCUSIÓN

Los padres fundadores de los Estados Unidos tuvieron ya conciencia de este importante problema. En los primeros años de vida independiente de esa nación, y debido al empobrecimiento de sectores muy amplios de la sociedad norteamericana, las legislaturas locales aprobaron leyes a favor de los deudores que preocuparon a la élite económica norteamericana. Este último sector adujo que el despotismo legislativo de los Estados debía frenarse. Alexander Hamilton denunció la usurpación del poder de la legislatura y señaló la posibilidad de ver a los representantes populares como “dictadores perpetuos”.¹⁰ En el mismo tenor, otros líderes como

⁵ Hamilton, A. *et al.*, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987. También véase la selección de artículos federalistas y antifederalistas en Sánchez Cuenca, Ignacio y Lledó, Pablo, *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución Americana*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

⁶ Ibáñez, Perfecto Andrés, “Democracia con jueces”, *Claves de razón práctica*, núm. 128, diciembre de 2002, pp. 4-11.

⁷ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, pp. 44-71.

⁸ Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 657 y ss. También véase Nino, Carlos, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y Debates*, Madrid, núm. 29, 1991, pp. 97 y ss.; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 173 y ss.

⁹ Troper, Michel, “El Poder Judicial y la democracia”, en Malem, Jorge *et al.* (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 209-233. También véase Troper, Michel, *Por una teoría jurídica del Estado*, Madrid, Dykinson, 2001. Pintore, Anna, “Derechos insaciables”, en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 243-265.

¹⁰ Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, *cit.*, nota 8, p. 25.

Washington argumentaron en contra del poder frenético de las legislaturas. Así, además de utilizarse la teoría de los pesos y contrapesos, argumentarse a favor de la segunda Cámara, demandar la reducción en tamaño de las legislaturas,¹¹ impedir los actos de las facciones en las asambleas legislativas,¹² el poder judicial se usó para contener la influencia de las legislaturas locales. El poder judicial tuvo como finalidad en los albores de la vida independiente norteamericana proteger a las minorías y a los sectores socialmente aventajados de los sectores mayoritarios. Es verdad, que no sólo con el poder Judicial se logró ese sesgo en contra de las mayorías sociales, también se realizó con mecanismos que en alguna medida hoy perduran: el veto del ejecutivo, las elecciones indirectas, distritos electorales extensos, por poner algunos ejemplos.

El tema desde el punto de vista constitucional implicaba, por lo que ve al poder judicial, su justificación democrática. En *El federalista* existen textos que procuran hacer la justificación. Madison, en *El federalista* número 49, menciona que los jueces no tendrían contacto con el pueblo y, que por la forma en que eran nombrados, así como por la naturaleza y destino de su función, su labor equilibraría las posiciones y simpatías de la mayoría.¹³ Hamilton en *El federalista* 78 desarrolla una importante justificación al considerar que la independencia judicial era necesaria para proteger la Constitución y los derechos individuales de los efectos de los malos humores de hombres integrantes o de la influencia de coyunturas especiales que se esparcen entre el pueblo.¹⁴ Sin embargo, en donde se consolida la justificación del poder judicial en esta etapa es en la sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803, de la Suprema Corte de Estados Unidos, en la que se expresa la doctrina de la supremacía constitucional y el papel de la Constitución como el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo. El juez Marshall argumentó:

...hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no

¹¹ Madison, James, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987. Véanse sus reflexiones en los *papers* o artículos LV y LVIII, pp. 235-239 y 246-250.

¹² *Ibidem*, X, pp. 35-41.

¹³ *Ibidem*, XLIX, pp. 214-217.

¹⁴ Hamilton, Alexander, *El federalista*, *cit.*, nota 11, LXXVIII, pp. 330-336.

hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraría a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza...¹⁵

De esta manera, el primer acercamiento al problema se intentó resolver con un argumento jurídico formal: la Constitución refleja en mayor medida que la ley al pueblo y, los jueces por su independencia son los guardianes naturales de esa soberanía.

III. LA POSICIÓN DE LOS ORIGINALISTAS

El originalismo es otra posición norteamericana construida para justificar la neutralidad de los jueces y con ello intentar reducir la crítica que aduce que mediante los poderes de interpretación el juez vulnera al legislador. Casi desde el inicio de los Estados Unidos se sostuvo que el juez y, sobre todo el constitucional, debía observar los márgenes del texto constitucional y las intenciones de quienes redactaron la Constitución. El juez no debía ir más allá porque invadía los poderes del constituyente originario y podría entenderse su interpretación como una reelectura de la Constitución y, cada interpretación como una puesta en marcha del proceso constituyente, además de invadir atribuciones del legislativo y del ejecutivo.

Durante casi todo el siglo XX, La Suprema Corte de los Estados Unidos, se ha debatido entre la posición originalista y una interpretativista. Así de 1954 a 1970, el llamado Tribunal o Corte Warren modificó sustancialmente la Constitución, pero no lo hizo apoyándose en el criterio *Lochner* de 1905, sino apelando a principios generales y neutrales derivados del texto constitucional. A partir de la década de los setenta, el llamado Tribunal o Corte Burger resucitó las premisas de *Lochner* en la primera sentencia sobre el aborto *Roe vs. Wade* de 1973. En dicha sentencia se estableció el “right to privacy”, no previsto expresamente en la Cons-

¹⁵ Esta referencia se obtiene de Nino, Carlos, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y debates, cit.*, nota 8, pp. 99 y 100.

titución, para fundamentar la libertad de decisión de la mujer acerca de su embarazo y otros derechos de la personalidad.

La doctrina norteamericana ha distinguido entre la Corte Warren y Burger. Sobre la primera se ha dicho que el juez constitucional aunque llevó al límite la interpretación de la norma fundamental lo hizo dentro de la Constitución; en cambio, la Corte Burger sustituyó al legislador en la toma de decisiones sociales sustantivas. Los enemigos de los amplios poderes interpretativos de la Suprema Corte adujeron y aducen que sólo la interpretación que se plantea desde el punto de vista del momento originario constituyente debe entenderse legítima.

Con motivo de la nominación de Robert Bork como Justice de la Suprema Corte en el periodo de Ronald Reagan y su rechazo por el Senado, se volvió a plantear la polémica. Para Bork, allí donde los padres fundadores no se plantearon una situación fáctica concreta no puede razonarse una sentencia conforme a principios generales y neutrales, en consecuencia, las decisiones deberían ser siempre tomadas por el legislador democráticamente elegido. La sustitución del criterio de la mayoría sin el apoyo que ofrece el texto de la Constitución o la visión que del mismo tenían sus autores constituye un acto voluntarista y subjetivo del juez que como tal usurpa el poder al pueblo y a sus representantes que sólo están limitados por la Constitución.¹⁶

En la actualidad, en la Suprema Corte de los Estados Unidos más de un juez constitucional sostiene en general los puntos de vista de Bork. Antonin Scalia, defiende una posición textualista, la que entraña un rechazo a cualquier intento de subjetivismo judicial. Para Scalia, los jueces deben descubrir los significados originales de las leyes y de la Constitución y después aplicar esos significados a los nuevos contextos. El textualismo busca los significados originales en el texto para respetar el pensamiento del constituyente originario. Para Scalia no es aceptable la interpretación de la ley de acuerdo a cualquier subjetivismo, ni tampoco es partidario de que el juez acuda a la filosofía moral o política de su preferencia para resolver los casos. En una obra publicada por el autor y muy conocida, Scalia sostiene: "...words do have a limited range of meaning, and no interpretation that goes beyond that range is permissible...".¹⁷

¹⁶ Bork, Robert, "The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution", *Washington University Law Quarterly*, núm. 3, verano de 1979, pp. 695-701.

¹⁷ Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1997, p. 24.

El originalismo demanda una restricción a la interpretación constitucional para evitar la fuerte discrecionalidad del juez norteamericano pero también para enfrentar la crítica por su ilegitimidad democrática cuando desborda los contornos del texto constitucional.

IV. LA POLÉMICA EUROPEA: Kelsen y Schmitt

El debate Kelsen-Schmitt,¹⁸ que ciertamente fue uno de los más importantes en la primera mitad del siglo XX, que se expone —entre otras—, respectivamente en la obra de Schmitt, *La defensa de la Constitución*,¹⁹ y en la de Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*,²⁰ no es sólo una polémica surgida a propósito de la aparición de los Tribunales Constitucionales en el periodo de decadencia de la República de Weimar; representa ese debate la definición del papel del intérprete constitucional.

Para Schmitt, como se sabe, en el juego institucional de la Constitución de Weimar figuran dos posibles titulares del poder político: el presidente del Reich y el canciller del Reich; pero mientras el último apoya su autoridad en la confianza del Parlamento, el primero es el hombre de confianza de todo el pueblo alemán. El presidente cuenta con legitimidad de todo el pueblo. Schmitt afirma que la Constitución de Weimar dotó al Presidente del Reich de una suma de atribuciones que lo colocan como un auténtico poder neutral, mediador, regulador y tutelar de la Constitución. Schmitt terminó reclamando un dictador con capacidad para distinguir al amigo del enemigo y con poder para adoptar las decisiones en el Estado total.²¹

La posición de Schmitt es clara, existe una desconfianza en su obra, tanto al parlamento como a los Tribunales Constitucionales. En el caso del primero por su incapacidad de representación y su débil legitimidad democrática. En cuanto a los Tribunales Constitucionales, su ilegitimi-

¹⁸ Para adentrarse a este debate se recomienda: Sanz Moreno, José Antonio, *Ordenación jurídica y Estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*, Granada, Comares, 2002.

¹⁹ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, prólogo de Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1998.

²⁰ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, Clásicos del pensamiento 112, 2002.

²¹ Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 19, pp. 213-251. Véase Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 3-27.

dad sería aun más palmaria que los cuerpos legislativos. Schmitt elabora su crítica a partir de los objetivos de todo órgano jurisdiccional, pues toda decisión judicial ocurre post eventum (sobre hechos pasados), además es incidental y accesoria, dado que es aplicable al caso concreto y específico; la decisión judicial es deducida de una norma legal aplicable al caso. Para Schmitt un tribunal de justicia puede ser defensor de la Constitución solamente en un Estado judicialista que someta la vida política entera al control de los tribunales ordinarios.²² Un tribunal que concentre y monopolice la defensa de la Constitución traería aparejada una judicialización de la justicia y de la política.

El parlamento tampoco representa la legitimidad democrática, no manifiesta la unidad e identidad del pueblo alemán, no es adecuado para defender la homogeneidad social; en realidad es un generador de la necesidad de la defensa de la Constitución que sólo puede hacer de manera legítima el presidente del Reich.²³

Kelsen aduce en favor del control jurisdiccional de la Constitución que nadie puede ser juez de su propia causa, por lo que es esencial que el control constitucional sea efectuado por un tribunal independiente de las otras funciones del Estado, sobre todo, del gobierno y del Parlamento. Es impropio concebir al parlamento como el único órgano político creador del derecho: la diferencia entre el carácter normativo de una ley parlamentaria y una sentencia judicial es sólo cuantitativa. Kelsen señala que la función de un Tribunal Constitucional como el de Austria no es cualitativamente diferente a la de cualquier otro órgano judicial en lo que concierne a la determinación del contenido de una norma: la diferencia cardinal radica en que un tribunal ordinario produce normas que resuelven controversias específicas, mientras que el Tribunal Constitucional anula normas y actúa como legislador negativo.²⁴ Sin embargo, Kelsen sostiene que los poderes de interpretación constitucional son muy limitados.²⁵ En esta parte de la argumentación, el jurista vienés reclama un Tribunal Constitucional ceñido, se opone a la interpretación de cláusulas y principios abstractos. Manifiesta que: "...la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo tipo de fraseología

²² *Ibidem*, pp. 43-124.

²³ Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, cit., nota 21, pp. 41-65.

²⁴ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit., nota 20, p. 37.

²⁵ *Ibidem*, p. 33.

y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible...”.²⁶

La posición de Kelsen es hija de una concepción del derecho basada exclusivamente en reglas y no en principios. Al no presuponer la concepción de principios, era obvio que Kelsen delimitara al intérprete constitucional. La interpretación queda ceñida al texto, el tribunal constitucional si es legítimo pero sus jueces no poseen una amplia discrecionalidad judicial. Si tuvieran esta última perdería justificación su función y, se acercarían peligrosamente a las atribuciones propias del parlamento.

Kelsen criticó duramente a Schmitt, pues no existe una contradicción esencial entre la función jurisdiccional y las funciones políticas y, tampoco existe problema si se piensa que las decisiones acerca de la constitucionalidad de las leyes y la anulación de leyes inconstitucionales son actos políticos. Los tribunales constitucionales en la noción de Kelsen tienen un carácter político por la naturaleza de política jurídica de cualquier decisión jurisdiccional. El parlamento no es el único órgano creador de derecho y, todo conflicto jurídico es un conflicto de intereses, es decir, un conflicto de poder; toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política, y todo conflicto que sea caracterizado como conflicto político o de intereses o de poder puede ser resuelto como controversia jurídica.²⁷

V. ACKERMAN Y ELY

La teoría política norteamericana se ha enfrentado en este tema a distintos problemas: 1) al consistente en darle relevancia a la Constitución sin obstaculizar las posibilidades de autogobierno de cada generación, esta cuestión tiene antecedentes en Jefferson y Paine²⁸ y 2) al referido en conciliar la regla de las mayorías con el texto constitucional y el papel del poder judicial.

²⁶ Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 142 y 143.

²⁷ Viturro, Paula, “El carácter político del control de constitucionalidad”, *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 105.

²⁸ Paine, Thomas, *Derechos del hombre*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, pp. 192-219.

1. *Ackerman*

Bruce Ackerman es conciente que en una democracia debe gobernar la mayoría y no una elite como la del poder judicial. No obstante, no todas las decisiones de la mayoría pueden ser igualmente consideradas puesto que éstas pueden equivocarse, las mayorías son falibles. Ackerman enfrenta la cuestión al distinguir que en una democracia existen dos tipos de decisiones. Por un lado, las decisiones que toman el conjunto de los ciudadanos, esto es, las decisiones constitucionales que se expresan en la Constitución, en sus reformas, y otras decisiones de gran trascendencia. Por otro, están las determinaciones que asume la ciudadanía a través del gobierno y el legislativo que son expresadas en leyes. Las decisiones fundamentales no son de todos los días y son tomadas durante momentos excepcionales de la vida nacional. Las decisiones legislativas, en cambio, son ordinarias, y no pueden revocar las más sustanciales expresiones de la ciudadanía que han quedado contempladas en la Constitución.²⁹

Ackerman de esta manera a través de su visión dualista parece darle la razón a Hamilton cuando éste sostuvo que la Constitución es la expresión más alta de la soberanía. Sin embargo, agrega que no sólo la Constitución es la expresión más alta de la soberanía sino también los acuerdos constitucionales posteriores, con lo que se separa de los originalistas y textualistas y, al mismo tiempo, rechaza que las generaciones pasadas atenen a las presentes.³⁰

Ackerman no está de acuerdo en darle a las legislaturas toda la autoridad, las mayorías no son, la expresión ni más alta ni la más completa, de la soberanía. Las legislaturas son expresión de las mayorías y de la política cotidiana. Por eso, Ackerman no tiene empacho en justificar la existencia de un órgano judicial que pueda defender la expresión más alta de la soberanía reflejada en la Constitución y en decisiones constitucionales posteriores de los embates de la política cotidiana manifestados en las cambiantes mayorías legislativas. Este autor también va a combatir a los que denomina fundamentalistas, esto es, aquéllos que como Dworkin o Fiss, colocan ciertos derechos humanos como básicos y ajenos al debate

²⁹ Ackerman, Bruce, *We the People. Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 3-33. Véase del mismo autor, *We the People. Transformations*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, pp. 3-95.

³⁰ *Ibidem*, pp. 29-33.

y a la deliberación democrática. Para él, los derechos deben ser defendidos porque son expresión de las decisiones constitucionales básicas o de primer nivel.³¹

2. Ely

Según la expresión de Ackerman, Ely es un monista que prioriza la democracia mayoritaria sobre los derechos, además de que no distingue entre dos niveles de decisión: uno constitucional y otro ordinario. Podemos resumir la posición de Ely diciendo que el principio democrático exige que la mayoría parlamentaria tenga la última palabra en materia de derechos y, que el juez constitucional no tiene la competencia de invalidar leyes aprobadas por el parlamento, salvo en el caso que la mayoría parlamentaria haya atentado contra los derechos que dan acceso al proceso político. Para Ely, el juez debe andar frente al legislador como árbitro del proceso democrático para determinar si éste se satisfizo en la esfera legislativa y política.³²

Ely, crítica la polémica entre originalistas y no originalistas. A los originalistas porque atan al legislador y al juez a cláusulas constitucionales del constituyente originario de contenidos sumamente abstractos. A los evolucionistas, por pretender limitar las decisiones democráticas a partir de valores que no se expresan en el texto constitucional.

Para Ely, la Constitución sólo protege una forma democrática de gobernar y no una ideología sustantiva.³³ La finalidad de la interpretación constitucional es la protección del proceso democrático en la sociedad y en las instituciones y no la preservación de ideologías o valores. Este autor elabora su teoría a partir de un análisis a la nota a pie de página número cuatro del juez Harlan Fiske Stone en la sentencia *United States vs. Carolene Products Co.* La nota abunda sobre la presunción de constitucionalidad de la ley y sugiere que está justificado un papel más activo para el juez constitucional cuando la ley restringe la participación política y cuando se afecta a minorías.

³¹ Ackerman, Bruce y Rosenkratz, Carlos, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, *Cuadernos y Debates*, núm. 29, Madrid, 1991, pp. 15-31.

³² Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

³³ *Ibidem*, p. 74.

El juez constitucional de Ely debe seguir la siguiente pauta:

1. Proteger los derechos de participación: libertad de expresión, asociación, veto, aunque no están recogidos expresamente en el texto constitucional.
2. Garantizar el derecho a no ser discriminado, pues existen personas que no pueden participar en el proceso político, éstas son víctimas de prejuicios, y no logran que sus reclamos sean escuchados en el mismo grado que los reclamos de otros sectores sociales.
3. Los prejuicios son de dos tipos: de primer y segundo grado. Los prejuicios de primer grado consisten en el deseo de perjudicar, en el ánimo de que alguien sufra. Los prejuicios de segundo grado, en cambio, consisten en estereotipos inaceptables —generalizaciones no justificadas—.
4. Hay grupos insulares o discretos —marginales— que probablemente recibirán los prejuicios de la mayoría.
5. La base fundamental de interpretación constitucional consiste en distinguir por parte del juez, si la mayoría ha aprobado las leyes en base en prejuicios o en razones aceptables.
6. La ley tiene un mayor nivel de sospecha cuando afecta los derechos de participación política o cuando discrimina sin buenas razones. Fuera de estos supuestos, el juez debe actuar con deferencia al legislador.

VI. NINO

Nino señala para fundamentar la legitimidad democrática del poder judicial que:

...debe evitarse la oscilación entre una actitud de deferencia hacia el poder político, aún autoritario, y un elitismo epistémico que lleva a los jueces, a veces, a sustituir al proceso político democrático en la determinación de soluciones sustantivas. La contribución de orientar nuestra práctica constitucional hacia los ideales de una democracia liberal debe hacerse en su papel de triple custodio de las reglas del proceso democrático (entendidas no en sentido meramente formal sino sustantivo), de la autonomía personal, que implica rechazar normas con fundamentos perfeccionistas, y de la continuidad de la propia práctica constitucional. En este rol de triple custodio, los jueces deben ejercer una independencia entendida, no como ais-

lamiento, sino como participación vigorosa en un diálogo interactivo con los poderes políticos.³⁴

La cita anterior le brinda a Nino la ocasión para desarrollar un triple papel del juez constitucional que posibilita su legitimidad democrática: controlador del proceso democrático, protección de la autonomía individual, y continuidad de la práctica constitucional.

Controlador del proceso democrático significa que el juez constitucional en sus decisiones debe analizar si se garantizan en la ley objeto de debate constitucional: la existencia de un procedimiento de discusión amplio en la que debieron participar los interesados en relativa igualdad de condiciones, que el debate legal se haya centrado en valores y principios sociales intersubjetivos y no en la mera exposición de intereses crudos, que el debate haya reflejado los intereses e ideologías de los individuos representados, que la ley sea el producto de la regla de la mayoría, etcétera.³⁵ El control constitucional no debe limitarse a las condiciones formales que prescriben las constituciones para la elaboración de las leyes, sino a los elementos de participación política ya mencionados. También el control constitucional puede tener un sentido correctivo para el futuro, es decir, prescribir modificaciones a los procedimientos políticos para maximizar la representación y participación política a fin de acercar estos procesos a condiciones deliberativas. El proceso democrático debe desarrollarse en forma deliberativa, y no hay deliberación si las decisiones no están acompañadas de razones. Nino propone un mecanismo de reenvío del juez constitucional al legislador para señalarle a éste que el proceso político en la elaboración de la ley fue deficiente, y para mostrarle que se requieren condiciones de mayor participación y deliberación en la determinación del texto legal, sin que necesariamente exista un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. En otras palabras, el juez interactuaría con el legislador en la búsqueda de razones o en el mejoramiento de las mismas.³⁶

En cuanto a la protección de la autonomía personal, Nino considera al igual que Ely, que los jueces no son los últimos custodios de los derechos individuales, sino que es el propio proceso democrático el que debe ofrecer el escudo de protección final frente a tales derechos. Para Nino

³⁴ Nino, Carlos, *Fundamentos de derechos constitucional*, cit., nota 8, p. 712.

³⁵ *Ibidem*, p. 692.

³⁶ *Ibidem*, p. 697.

hay dos tipos de principios morales posibles: los de índole “intersubjetiva”, que valoran una conducta por sus efectos en los intereses de otros individuos diferentes al agente; y los “autorreferentes”, que valoran una acción o actitud por los efectos en la propia vida o carácter del individuo. El principio de autonomía de la persona veda interferir con la libre elección de los principios morales autorreferentes o ideales de excelencia humana, por lo que no puede ser misión del Estado, imponer a los ciudadanos modelos de virtud personal. Los órganos políticos democráticos son la custodia final del principio de autonomía y, si estos órganos imponen un ideal de excelencia humana vía la regla de las mayorías, el juez debe descalificar la pieza legislativa perfeccionista.³⁷

Para poder descalificar o anular la ley perfeccionista, el juez está obligado a analizar las razones verdaderas que justifiquen esa ley, pues podría haber razones relevantes y justificadas de carácter intersubjetivo y no del tipo autorreferencial. Desde luego que el proceso democrático presupone que los órganos políticos tuvieron cuidado en articular razones intersubjetivas y no autorreferenciales en la aprobación de la ley. No obstante, el juez constitucional debe analizar si las razones son relevantes o no en términos de protección social. Si sólo son razones, por ejemplo, en términos de “vicio” o de “ética cristiana”, el juez tiene un amplio y efectivo papel en defensa de la autonomía de los ciudadanos.

El tercer rol es el de la continuidad de la práctica constitucional, en donde el juez constitucional debe revisar si la actuación de los órganos políticos observan la continuidad constitucional. Para ello, el juez toma en cuenta varias consideraciones: *a)* que el peligro de debilitamiento de la continuidad de la práctica sea realmente serio, aunque no sea inherente a la misma desviación que está evaluando, sino a su conjunción con otras o los efectos causales que previsiblemente tendrá, generalmente de carácter demostrativo; *b)* que se trate de una verdadera desviación de esta continuidad, tomando en cuenta los márgenes laxos que suelen dejar las convenciones interpretativas, y, *c)* que la necesidad de continuidad de la práctica constitucional debe ponerse en balance con la necesidad de su perfeccionamiento según principios justificatorios de moralidad social, respecto de los cuales el proceso democrático tiene prioridad.³⁸

³⁷ *Ibidem*, pp. 697-699.

³⁸ *Ibidem*, p. 702.

En síntesis, Nino opina que el control de constitucionalidad por parte del juez constitucional no está justificado salvo en tres casos: la revisión del procedimiento democrático para ampliarlo y perfeccionarlo, en los términos de Ely; la descalificación de leyes fundadas en razones perfeccionistas; y, el cuidado de una práctica constitucional moralmente aceptable. Nino así, propone el reenvío al legislador como en la Constitución canadiense, con el propósito de estimular el proceso deliberativo democrático y salvaguardar el carácter representativo del parlamento. De esta manera, podría existir una suerte de veto a la ley de la Corte Suprema que podría ser superado por una mayoría calificada del Congreso. En tratándose de reglamentos o decretos, el veto judicial obligaría a que el decreto o reglamento deba ser ratificado por el Congreso. En la llamada inconstitucionalidad por omisión, la Corte podría dirigirse a las comisiones legislativas o parlamentarias requiriéndoles en forma obligatoria que expliquen las razones de falta de legislación para promover o garantizar algún derecho y para que expongan la evolución del tratamiento parlamentario. Al final de cuentas, con estas medidas y otras, el poder judicial interactúa en el proceso democrático.³⁹

VII. ROUSSEAU Y TROPER

Para Dominique Rousseau que sigue a Marcel Gauchet, la democracia ya no tiene el significado y el sentido de regla de la mayoría; se considera que el juez constitucional hace prevalecer la voluntad del pueblo trascendente o perpetuo, el único verdadero soberano, por encima del pueblo actual.⁴⁰

Esta tesis mantiene que:

...Ninguna configuración política es inmutable. Desde su invención —¿en la antigüedad?— la democracia ha adoptado formas diversas y cambiantes. La que domina en nuestros días es la forma representativa: sobre la base del derecho de sufragio universal directo, organizado y canalizado por los partidos políticos, a los elegidos se les atribuye el monopolio de la

³⁹ *Ibidem*, pp. 97-137.

⁴⁰ Rousseau, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 28-30. Troper, Michel, “El poder judicial y la democracia”, *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 209-233.

representación y de la expresión de la voluntad de los ciudadanos. Estos últimos carecen de medios jurídicos para limitar a sus representantes en los períodos comprendidos entre dos elecciones. Pero, a pesar de ser la forma dominante, se reconoce que la democracia representativa ha dejado de producir sus efectos, está acabada, o simplemente está “en crisis”. Quizá, más que estar “en crisis”, de hecho está siendo objeto de una nueva mutación, sobre todo y en buena medida, por la emergencia de la justicia constitucional. En efecto, esta última introduce dos elementos que perturban la lógica representativa clásica: la ley deja de encontrar su sentido en la voluntad de los elegidos y pasa a encontrarla en la Constitución tal y como la interpretan los jueces constitucionales; los ciudadanos ya no quedan desamparados, sino que encuentran en el recurso a los Tribunales Constitucionales el instrumento que les permite controlar, entre dos elecciones, el trabajo legislativo de sus representantes.⁴¹

La democracia continua o perpetua de Rousseau, es una democracia que se distingue de la directa, caracterizada por la distinción entre representantes y representados; y de la puramente representativa que reduce al máximo la comunicación entre representantes y representados. La democracia continua podría definirse —al menos de forma provisional— como una superación de la representación, no tanto porque la suprime, sino porque transforma y amplía el espacio de participación popular a través de la jurisdicción constitucional que permite a los individuos ejercer un trabajo político: el control de la acción de los gobernantes fuera de los momentos electorales.

Señala Dominique Rousseau que la legitimidad democrática del juez constitucional reside en su capacidad para controlar el poder. Cita al filósofo Alain que sostenía: “Un tirano puede ser elegido por sufragio universal y no deja de ser por ello menos tirano. Lo que importa no es el origen de los poderes sino el control continuo y eficaz que los gobernados ejercen sobre los gobernantes”.⁴² El control posee dos características: un aspecto “interno” a la sociedad política, cada una de sus instituciones se controlan, y un aspecto “externo”, los gobernados deben disponer de un derecho de controlar estas instituciones. Esta segunda característica se convierte hoy en día en el elemento central de la exigencia democrática, pues la primera se revela insuficiente en cuanto los individuos mejor in-

⁴¹ *Ibidem*, pp. 106 y 107.

⁴² *Ibidem*, p. 29.

formados y con mayores conocimientos acceden a la comprensión del juego político y no aceptan ni ser apartados ni expedir un cheque en blanco a sus elegidos. Lo que se pretende, a falta de un poder de decisión, es al menos ejercer una influencia sobre las mismas, un derecho de control que les permita verificar que sus expectativas, preocupaciones, necesidades, no se desvíen por las tendencias de los políticos destinadas a satisfacer prioritariamente sus intereses particulares.

Los tribunales constitucionales son la garantía y salvaguardia de la libertad individual y con carácter más general de los derechos fundamentales y, aunque la subjetividad del juez no puede negarse, la interpretación de los textos no es nunca libre sino que viene determinada por un conjunto de circunstancias entre las que, la crítica pública de la doctrina y las reacciones de la opinión pública juegan un papel importante. La legitimidad democrática de la justicia constitucional se fundamenta en las transformaciones que su acción y los discursos que la acompañan provocan en la noción de la democracia.⁴³

La posición de Troper es disolvente. Dice que si nos mantenemos dentro de la concepción clásica de la democracia: un sistema en el cual el poder es ejercitado por medio de normas generales adoptadas por el pueblo o sus representantes, la mayor parte de los sistemas reales no son democracias, puesto que un gran número de normas generales son creadas por jueces, que no son representantes electos. Establece que a partir de lo anterior sólo hay dos posibles alternativas: 1) o se considera que los parlamentos electos son democráticos y se debe llamar a éstos sistemas “régimenes mixtos” puesto que el poder es ejercido conjuntamente por una autoridad democrática y una autoridad aristocrática; o 2) se considera que los parlamentos no son más que una aristocracia electa y es necesario, por tanto, considerar que los sistemas en los que vivimos son repúblicas aristocráticas.⁴⁴

La justicia constitucional presupone un concepto de democracia, definido no ya como gobierno del pueblo por el propio pueblo, sino como gobierno de una voluntad general formada en parte bajo la influencia que el pueblo ejerce a través de representantes y por otra de los jueces.⁴⁵ El gobierno de los jueces implica que éstos han usurpado un poder que no

⁴³ *Ibidem*, pp. 30 y 31.

⁴⁴ Troper, Michel, “El poder judicial y la democracia”, *cit.*, nota 40, p. 231.

⁴⁵ Troper, Michel, *Por una teoría jurídica del Estado*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 328.

es naturalmente suyo en el sistema democrático, porque debería ser de quienes fueron electos por el pueblo. El gobierno de los jueces es una variedad de gobierno aristocrático, en una visión más débil como ya se ha dicho, los jueces pueden ser considerados representantes y, el gobierno de los jueces puede incluso ser llamado democracia si esta palabra no designa el poder de la mayoría, sino el reino de los valores llamados “democráticos”.⁴⁶

En materia de interpretación Troper aduce una posición menos radical. El intérprete es jurídicamente libre de hacer cualquier interpretación, pero esa libertad jurídica, el derecho de hacer esto o aquello, se acompaña de restricciones resultado del contexto en el que se opera y especialmente de la necesidad de justificar de manera coherente las interpretaciones que ofrece.⁴⁷ La interpretación no tiene la pretensión de conocer la voluntad general, la interpretación es un acto de voluntad del intérprete, ceñida por un contexto. La retórica es el arma estratégica del intérprete que se desenvuelve dentro del contexto. Sin embargo, la teoría de la interpretación de Troper no se abre al debate público como en la obra de Rousseau o de Habermas.

La obra de Rousseau o Troper arrumba posiciones como las de Jeremy Waldron⁴⁸ que ve en la decisión por mayoría no sólo el procedimiento eficaz para la toma de decisiones, sino un procedimiento respetuoso, en donde los individuos son tenidos en consideración, al respetar y tomar en serio la realidad de sus diferencias de opinión acerca de la justicia y el bien común y, al tratarlos como iguales en la autorización de la acción política. La democracia a todas luces se ha mutado, y no es ya sólo el sistema basado en la regla de las mayorías. Es un régimen político sujeto a embates graves como la partidocracia y el gobierno de expertos en un mundo globalizado. ¿Cómo conciliar democracia, con derechos humanos y justicia constitucional? Creo que es posible si el ciudadano y la sociedad recobran el primer plano; si los tribunales constitucionales y el juez constitucional, se abren a la sociedad como mecanismos de control de poder, tal como apunta Rousseau; si la democracia participativa, delibe-

⁴⁶ Troper, Michel, *Ensayos de teoría constitucional*, México, Distribuciones Fontamara, 2004, p. 148.

⁴⁷ Bolaños, Bernardo, “Michel Troper y el realismo jurídico francés”, *Ensayos de teoría constitucional*, *cit.*, nota anterior, p. 11.

⁴⁸ Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999, pp. 158 y 160.

rativa y la transparencia plena se imponen, si los procesos de globalización son controlados por los ciudadanos, y si los derechos humanos de libertad y de igualdad son plenamente garantizados. Es obvio que la democracia no es ya una simple democracia de mayorías sino un sistema normativamente sujeto a reglas muy exigentes por lo que respecta a la celosa garantía de los derechos individuales y sociales, que son los que permiten el despliegue de la autonomía de cada ciudadano, es decir, de su innegociable dignidad. La democracia es justificable si se somete a restricciones constitucionales.⁴⁹

VIII. CONCLUSIONES

La legitimidad en términos de filosofía política es algo más que la aquiescencia a las autoridades y a las normas; implica la corrección de actuación de la autoridad en función del respeto a los derechos fundamentales y al procedimiento democrático. La legitimidad del poder judicial y, en concreto del juez constitucional, no sólo depende de su mecanismo de elección, nombramiento y designación; tiene que ver con el funcionamiento, el ejercicio de la actuación de este poder.

¿Qué poder judicial es legítimo? Podríamos contestar esta pregunta en el sentido de Perelman o de Habermas, con palabras muy parecidas.⁵⁰ El poder judicial es legítimo si se dirige al auditorio universal. ¿Cuándo se dirige al auditorio universal? Desde mi punto de vista cuando a través de sus decisiones promueve los canales de la democracia participativa y deliberativa, es decir, establece las condiciones para generar las bases comunicativas en la sociedad y desarrolla la sociedad abierta y tolerante; cuando es un instrumento de control del poder en el sentido de lo expuesto por Dominique Rousseau y ya reseñado páginas atrás; cuando se coloca en el plano de la defensa de la minorías a fin de darles voz y participación en el debate público; cuando hace posible que las precondicio-

⁴⁹ Garzón Valdés, Ernesto, "Optimismo y pesimismo en la democracia", *Claves de la Razón Práctica*, Madrid, núm. 131, abril de 2003, pp. 24-32.

⁵⁰ Debemos recordar que Perelman tiene como punto central de su teoría la existencia de un auditorio universal, en el que los participantes actúan con libertad y simetría, sujetos al carácter coactivo del mejor argumento. Por su parte, Habermas desarrolla las condiciones de una situación ideal de habla con el propósito de generar situaciones deliberativas, participativas y democráticas. En ambos, la finalidad es la obtención de un consenso social apoyado en la imparcialidad.

nes de la democracia: libertad de expresión, derecho a la información, reunión, manifestación, se expandan e irradian en los ámbitos públicos y privados de la sociedad y en el Estado; cuando realiza con eficacia la tutela judicial, la protección judicial y permite el acceso real a la justicia, sin que los obstáculos procesales o materiales impidan que marginados, minorías o sectores sociales relevantes acudan a las instancias judiciales en demanda de justicia; y, cuando se orienta a la protección de los derechos humanos en el sentido de consolidar una Constitución normativa.

Para que el juez constitucional y el poder judicial se dirijan al auditorio universal es obvio que se precisan de cambios institucionales y de cultura jurídica. La doctrina ha señalado algunos cambios que resalto: 1) vinculación con el legislador democrático y con el ejecutivo; 2) racionalidad y justificación de las decisiones; 3) garantías orgánicas; 4) garantías procesales; y, 5) vinculación con la sociedad.

La vinculación con el legislador democrático y el ejecutivo puede lograrse de variadas formas tal como recogimos en el pensamiento de Nino y de la Constitución canadiense que ya se ha explicado. Por mi parte, propongo un control obligatorio previo de constitucionalidad abstracto, en donde el juez constitucional no se pronuncie por la declaración de inconstitucionalidad de la ley o del reglamento, sino que le señale el legislador y al ejecutivo, las deficiencias constitucionales de las normas y, promueva un debate con esos poderes. Se trataría de ejercer el control constitucional antes de la promulgación de la ley o reglamento, con el propósito de abrir una discusión interinstitucional sobre la constitucionalidad, en donde los sectores sociales interesados puedan acudir como terceros y bajo la figura de *amicus curiae*. La finalidad es obvia; impedir la aprobación de leyes y reglamentos al vapor sin la suficiente deliberación constitucional de temas fundamentales para la sociedad y, por otro lado, no vulnerar de entrada la legitimidad democrática del legislativo y del ejecutivo. Es decir, el juez constitucional sería respetuoso con el legislador y el ejecutivo democráticos, pero si incidiría en la revisión de constitucionalidad de las normas. Sería una forma de crítica interna del derecho, tal como la ha explicado Ferrajoli, antes que las normas entren en vigor⁵¹ y además, se tendría la debida participación social. La medida corregiría las deficiencias deliberativas existentes en el parlamento.

⁵¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 851-903.

En cuanto a la racionalidad y justificación de las decisiones judiciales, debo decir que para algunos y, coincido con ellos, el termómetro más adecuado para medir la legitimidad democrática del poder judicial y del juez constitucional viene determinada por la calidad justificatoria de las decisiones. La argumentación jurídica debe ser elevada en el poder judicial a un rango nunca antes tenido. La consistencia, coherencia y el uso de argumentos consecuencialistas debe ser revisada escrupulosamente por vía de recurso por los tribunales superiores. En cuanto a los tribunales más altos, la exigencia de motivación jurídica debe quedar sujeta a la crítica de la sociedad y de los especialistas. Teorías como las de MacCormick o Alexy deben dar la pauta metodológica en la revisión argumentativa de las decisiones. El Poder Judicial y el juez constitucional, sin que se entienda como la promoción de un único método de control racional de las decisiones, pueden ensayar una pluralidad de métodos y vías argumentativas que redunden en la fortaleza de las decisiones. Las variadas reglas de coherencia y consistencia de las teorías argumentativas deben ser conocidas y puestas en práctica ampliamente por la clase judicial.

Finalmente, pero no por ello menos importante, la clave está en una nueva relación entre el Poder Judicial y al sociedad. Esa nueva relación puede darse a través de lo siguiente:

1. Modificar los vetustos criterios de la legitimación procesal activa. Abrir la jurisdicción a las acciones colectivas y protección de intereses difusos. También reformular los anquilosados criterios de interés jurídico. La jurisdicción debe estar al servicio de los ciudadanos y no debe ser un medio para denegar justicia. Ello incluye la posibilidad de establecer una acción popular o ciudadana de inconstitucionalidad en contra de leyes y reglamentos y sin tener que acreditar interés jurídico alguno.
2. La incorporación de sectores marginados o minorías al proceso debe ser una realidad a través de la figura del *amicus curiae*.
3. Deben incorporarse nuevas instituciones procesales para garantizar la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, tales como la acción de tutela colombiana.
4. La garantía de la tutela judicial efectiva y la protección judicial debe ser la norma orientadora en todas las decisiones del Poder Judicial.

5. Se debe promover un cambio en la cultura jurídica en donde el juez no se asuma como un burócrata pasivo sino como un activo defensor de la Constitución y los derechos humanos.
6. El poder judicial y el juez constitucional debe concebirse como un controlador del poder. Ponerse del lado de la sociedad y de los derechos y, no de las instancias de autoridad, ya sean públicas o privadas. La justicia constitucional es el instrumento de control del gobernado fuera de los momentos electorales.
7. Los tribunales de todas las jerarquías deben proteger el sistema de derechos previsto en la Constitución.
8. Debido a su falta de legitimidad democrática directa u originaria, el poder judicial debe ampliar la transparencia, deliberación y participación en sus decisiones, procedimientos, y funcionamiento, más allá de lo que hace cualquier otro poder público u órgano del Estado.