

## JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA

Pedro Antonio ENRÍQUEZ SOTO

Al jurista, maestro, juez y político don Jorge Carpizo, con gratitud eterna.

*SUMARIO: I. Planteamiento del debate. II. La objeción democrática de la justicia constitucional. III. Algunas soluciones para aminorar el debate. IV. Tipo de Constitución para reducir la objeción antidemocrática de la justicia constitucional. V. Algunas propuestas para reducir la tensión contramayoritaria de la justicia constitucional. VI. A guisa de cierre. VII. Bibliografía.*

### I. PLANTEAMIENTO DEL DEBATE

Entre los objetivos fundamentales de la justicia constitucional se ubica el de vigilar que las leyes emanadas del Poder Legislativo estén en concordancia con los principios constitucionales.

Es en el control constitucional de las leyes donde aparece con frecuencia la tensión entre el Poder Legislativo y el órgano de control jurisdiccional de la constitucionalidad. La tensión se centra en la facultad del tribunal constitucional para declarar la invalidez o desaplicación de una ley aprobada por un órgano del Estado democráticamente electo; este carácter ha sido calificado como “contramayoritario”, porque se supone que es contrario a la voluntad popular, expresada a través de la asamblea legislativa.

El control constitucional de las leyes que ejercen los jueces constitucionales<sup>1</sup> a simple vista es antidemocrático, ya que contrarían la decisión de las mayorías legislativas que aprueban alguna ley, la cual, luego de someterse al examen constitucional, resulta no ser válida.

<sup>1</sup> A la facultad de anular leyes que ejerce el juez constitucional se le conoce como “una función de legislador negativo”.

Al respecto, la doctrina ha esbozado una serie de interrogantes para plantear el problema que representa la dificultad contramayoritaria u objeción democrática de la justicia constitucional: ¿cómo explicar que en una democracia los jueces puedan anular una ley aprobada por una mayoría legislativa, emanada de la voluntad popular?, ¿cómo justificar que un número reducido de jueces, no elegidos democráticamente, pueda decidir si una ley aprobada democráticamente es o no constitucional?

De igual manera, debe decirse que el problema de la objeción democrática a la justicia constitucional tiene implicaciones directas con el carácter perenne del texto constitucional; esto es, ¿cómo justificar que una generación de ciudadanos muertos, creadores del texto constitucional, siga rigiendo las generaciones vivas?, ¿cómo sostener la legitimidad de generaciones muertas sobre las formas de organización social de las generaciones vivas?, ¿por qué guardar obediencia ciega a quienes construyeron una Constitución muchos años atrás, a veces hasta siglos, que tal vez ya no responda a los nuevos acuerdos sociales de la generación presente?, ¿acaso, entonces, la sociedad presente se rige por una sociedad muerta que prevalece por encima de las decisiones de la generación viva?

Estas interrogantes no resultan nuevas en el debate de la justicia constitucional, ya que el carácter perenne de los derechos reconocidos constitucionalmente ha estado presente desde su puesta en vigor, el propio Paine afirma lo siguiente:

Los derechos del hombre son los derechos de todas las generaciones de los hombres, y nadie puede monopolizarlos. Lo que merece continuar, continuará por su propio mérito, y en ello reside su seguridad, y no en condición de alguna con la que se pretenda revestirlo. Cuando un hombre deja sus propiedades a sus herederos, no los vincula con una obligación de que hayan de aceptarlos. ¿Por qué, pues, hemos de hacer lo contrario por lo que respecta a las Constituciones? Las mejores Constituciones que cabría idear hoy en día de forma coherente con las circunstancias del momento actual pueden quedar muy lejos de la excelencia que puede brindar el transcurso de unos años.<sup>2</sup>

La tensión de la justicia constitucional frente a la democracia es un tema presente entre los doctrinarios constitucionales: “desde hace varios años, muchos de ellos se dedican a estudiar este problema haciendo referencia a la dificultad contramayoritaria, que aparece en estos casos. Esto es, la dificultad

<sup>2</sup> Cit. por Prieto Sanchís, Luís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 140.

que surge cuando el órgano con menor legitimidad democrática, dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes”.<sup>3</sup>

El objetivo del presente ensayo será mostrar los argumentos de esta objeción democrática de la justicia constitucional, reconociendo, a priori, la fortaleza de los razonamientos a favor de esta tesis, pero aportando también algunos elementos que contribuyan a reducir la tensión.

Para cumplir este propósito se citará con frecuencia a dos autores de habla hispana, que han recopilado en sus obras importantes estudios sobre el conflicto entre la democracia y la justicia constitucional: Roberto Gargarella y Víctor Ferreres Comella.

## II. LA OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

### 1. *El origen del debate*

El debate entre los principios democráticos y la justicia constitucional tiene su origen principalmente en los Estados Unidos con el surgimiento del control difuso de la Constitución de ese país. Roberto Gargarella,<sup>4</sup> en su libro *La justicia constitucional frente al gobierno*, sostiene que el origen de la revisión judicial de las leyes se da en Estados Unidos en el siglo XVIII, como resultado de las presiones sufridas por las legislaturas por parte de grupos mayoritarios de deudores que enfrentaban juicios por el reclamo de pago de los acreedores, originando así un gran movimiento antijudicial<sup>5</sup> que se propagó en varios Estados, ya que eran numerosos los deudores en idéntica situación.<sup>6</sup> La petición de los deudores era algo muy común para nuestros días: obligar a la legislatura a expedir leyes que autorizaran la emisión de papel moneda con la cual pudieran pagar sus deudas, lo cual era rechazado por los acreedores.

Fue tal la magnitud del movimiento antijudicial, como el encabezado por Daniel Shays en Springfield,<sup>7</sup> que obligó a las legislaturas locales a la expedición de leyes que autorizaron el uso del papel moneda como forma de

<sup>3</sup> Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, España, Ariel, 1996, p. 13.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>6</sup> Según datos citados por Roberto Gargarella, solo en el condado de Hampshire entre 1784 y 1786, 2977 pequeños propietarios fueron llevados a juicio por sus acreedores, lo que representó un incremento de un 200% en los juicios promovidos en un periodo similar, entre 1770 y 1772. Aún peor, en Worcester solo durante 1785 se presentaron 4000 casos de enjuiciamiento. *Ibidem*, p. 21.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 22.

pago de las deudas. El primer estado fue Pensilvania; incluso, el movimiento de deudores llegó a tener tanta fuerza que logró controlar el gobierno del estado, con Jonathan Hazard como gobernador de Rhode Island.

El éxito de las mayorías deudoras sobre las minorías de acreedores produjo una tensión natural, pues, como lo afirmó el historiador G. Word, “la preocupación mayor provenía de que era la fuerza de la misma ley de los Estados, y no la anarquía o la ausencia de leyes, lo que estaba afectando a las nuevas repúblicas”;<sup>8</sup> esto es, las mayorías habían logrado su objetivo por medios legítimos, avalados por las propias legislaturas que habían convertido sus reclamos en leyes.

El triunfo de las mayorías, exitosas por haber logrado plasmar sus ideas en textos legislativos, preocupó a varios conservadores, que vieron en las legislaturas una amenaza contra las minorías,<sup>9</sup> las cuales podían ser fácilmente oprimidas si así era acordado por una mayoría frenética. Así, uno de los padres fundadores de Estados Unidos, Alexander Hamilton, denunció la “usurpación del poder de la legislatura, y previno a sus pares ante la posibilidad de ver a los representantes populares constituidos en dictadores perpetuos”, y remarcó lo siguiente: “no hay tiranía más opresiva que aquella emanada de una mayoría victoriosa”.<sup>10</sup>

Ante estas amenazas de los poderes legislativos, visualizadas por los dirigentes estadounidenses, se empezaron a elaborar una serie de ideas con el propósito de limitar el abuso de las mayorías legislativas, argumentando que “en la política existen algunos pocos principios verdaderos que no podían ser percibidos por la ciudadanía común”;<sup>11</sup> en esa dirección se expresó Hamilton, apoyado en las ideas de Locke, en sus célebres publicaciones de *El Federalista*, quien sostuvo lo siguiente:

En las disertaciones de cualquier índole hay ciertas verdades primarias, o primeros principios, sobre los cuales se apoyan todos los razonamientos que han de seguir. Estos principios contienen una evidencia interna, que es anterior a toda reflexión o razonamiento, y que se impone al asentimiento de nuestro entendimiento. Donde no se produce ese efecto es porque existe algún des-

<sup>8</sup> Cit. por Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 3, p. 24.

<sup>9</sup> En este caso, las minorías no se trataban de grupos menos favorecidos económicamente, como comúnmente ocurre cuando se habla de minorías vulnerables, sino por el contrario, se trataban de las minorías más ricas norteamericanas, que habían visto poner en riesgo su patrimonio ante el triunfo sobre ellos por parte de los deudores que representaban la mayoría social.

<sup>10</sup> Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 3, p. 25.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 27.

orden o defecto de los órganos perceptivos, o la influencia de algún interés, pasión o prejuicio.<sup>12</sup>

Por otra parte, se difundió también la tesis de que las mayorías tendían a actuar irracionalmente, pues “tenían una propensión a dejarse seducir por demagogos y politiqueros”.<sup>13</sup> En tal orientación se expresó James Madison; para él, “cuanto mayor es el número de los integrantes de una asamblea, cualquiera sea el carácter de los mismos, mayor es el predominio de la pasión sobre la razón. Luego, cuanto mayor es el número, mayor será la proporción de miembros con información limitada y débiles capacidades”.<sup>14</sup>

Madison advirtió su temor de que las mayorías tiendan a despojar y esclavizar a las minorías, y criticó, como a ninguna otra, la sugerencia de tomar el “interés de la mayoría como el estándar político de lo que está bien y mal”.<sup>15</sup> En palabras de Madison, “cuando una mayoría se encuentra unida por un sentimiento común y tiene la oportunidad, los derechos de la parte minoritaria pasan a estar inseguros”.<sup>16</sup>

La pugna entre mayorías y minorías obligó a construir un sistema de frenos y contrapesos que limitara el abuso de unas sobre otras. La construcción del sistema se inclinó por que fueran los jueces quienes asumieran esa función de contrapeso y freno a las decisiones de las mayorías legislativas. Así, Madison resaltó el papel que podían cumplir los jueces, tanto como “freno adicional contra la persecución de las medidas injustas y poco sabias (a las que era proclive el Congreso), como para prevenir los seguros avances del legislativo respecto de los otros poderes”.<sup>17</sup>

Sin embargo, Hamilton, en *El Federalista*, núm. 78, fue quien sostuvo con mayor claridad la importancia de los jueces en el sistema de frenos al Poder Legislativo, exaltando la independencia judicial como “necesaria para proteger la Constitución y los derechos individuales de los efectos de esos malos humores que las artes de hombres intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo”,<sup>18</sup> y concibió a la magistratura como un cuerpo intermedio situado entre el pueblo, creador de la Constitución, y la legislatura, responsable de la normativa más cotidiana.

<sup>12</sup> Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista*, 2a. ed., trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 123.

<sup>13</sup> Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 3, p. 29.

<sup>14</sup> Hamilton, Alexander *et al.*, *op. cit.*, nota 12, p. 249.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 250.

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 332.

De esta forma quedaron plasmadas las primeras ideas históricas sobre el control constitucional de los actos legislativos, atribuido a un órgano jurisdiccional no democrático, como lo es, en el caso estadounidense, el Poder Judicial.

## 2. *Algunos tópicos del debate*

El régimen constitucional y la democracia política “parecen representar ingredientes irrenunciables de nuestra forma de concebir la organización política y, de hecho, históricamente, parecen alimentarse de una misma filosofía, que es la filosofía liberal basada en los derechos”.<sup>19</sup>

El carácter no democrático de la justicia constitucional es una interrogante que todavía no tiene respuesta clara, y “pende como una guillotina sobre los tribunales constitucionales de nueva creación”;<sup>20</sup> fundamentalmente, la tesis que objeta la legitimidad de los tribunales constitucionales se puede resumir en dos argumentos:

1. El aspecto temporal de la Constitución; esto es, los legisladores de la generación presente no tienen por qué sujetarse a legisladores de la generación pasada (muertos), que en su oportunidad plasmaron principios y reglas en una Constitución muchos años atrás, a veces hasta siglos.
2. El carácter antidemocrático de los jueces constitucionales, pues “no puede justificarse que en una democracia la decisión de la mayoría parlamentaria acerca de los derechos y las libertades pueda ser invalidada por un juez”.<sup>21</sup>

Estos dos argumentos, y seguramente un puñado más de críticas serias, centran el debate sobre la ilegitimidad democrática del control constitucional de las leyes.

La primera objeción relativa al aspecto temporal de la Constitución pone de relieve el principio de rigidez de la Constitución como norma suprema, y no la supremacía de la Constitución como regularmente se pretende orientar el debate en este sentido.

Luís Prieto Sanchís hace una separación de ambos aspectos, precisando con claridad que la objeción democrática frente al modelo constitucional

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>20</sup> Groppi, Tania *et al.*, *La justicia constitucional en Europa*, México, Fundap, 2004, p. 29.

<sup>21</sup> Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 53.

“tiene su origen en una asunción, siquiera implícita, de los viejos atributos de la soberanía como poder absoluto, ilimitado e inagotable; pero que asimismo esta forma de pensar en realidad no debe poner en cuestión la supremacía constitucional, sino su rigidez”.<sup>22</sup>

El aspecto temporal de la Constitución, como primer argumento de quienes se oponen a la aplicación de la justicia constitucional, se traduce en un argumento de soberanía popular; es decir, sostener que el texto constitucional no puede vincular con sus reglas a las generaciones presentes y futuras, en razón de que tales reglas fueron construidas por generaciones pasadas, incluso muertas, bajo circunstancias, valores, costumbres y formas de organización social distintas a las que prevalecen en la época actual.

Algunas de estas ideas fueron reconocidas por textos jurídicos históricos, como el Proyecto de Declaración de los Derechos Naturales, Civiles y Políticos del Hombre de 1793, que en su artículo 33 decía: “Ninguna generación tiene el derecho de someter a sus propias leyes a las generaciones futuras”.

En tal sentido, ¿cómo justificar que el pueblo presente, depositario de la soberanía popular, expresada en la propia Constitución, quede sometido a reglas y principios construidos por una generación que en determinado momento histórico actuó democráticamente y dictó esas reglas y principios?

La existencia de una norma suprema que articule el ordenamiento jurídico del Estado resulta imprescindible en una democracia; en esa norma deben expresarse las coincidencias fundamentales de las mayorías, así como aquellas intemporales que están fuera de todo debate coyuntural o de época; de lo contrario, la democracia simplemente desaparecería.

La ruina de la Constitución se ve inevitablemente acompañada por la ruina de la democracia. Dicho de otro modo, que una cierta idea de Constitución, de norma superior que define y ordena el debate y que establece, entre otras cosas, la propia regla de las mayorías, es consustancial al modelo democrático y que, cuando quiebra aquella, incluso en virtud de una decisión mayoritaria, la propia democracia se resquebraja y, a partir de ese instante, deja de ser un argumento a favor de la legitimidad de la ley; para decirlo con palabras de Haberman, que existe un vínculo interno o normativo entre Constitución y democracia.<sup>23</sup>

El segundo argumento tiene su base en el carácter antidemocrático de la justicia constitucional, al facultar a los jueces constitucionales para declarar la invalidez de una ley aprobada democráticamente por uno de los poderes con mayor legitimidad: el Poder Legislativo. En este argumento se encierran

<sup>22</sup> Prieto Sanchís, Luís, *op. cit.*, nota 2, p. 138.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 149.

importantes cuestiones, que no se concretan a debatir si los jueces emanan de la voluntad popular o no, o si sus decisiones recogen la voluntad mayoritaria de la ciudadanía, sino que otra parte fundamental es la relativa a la interpretación del texto constitucional confrontada con la ley que se pretende invalidar; esto es, el grado de indeterminación semántica de los preceptos constitucionales hace que los jueces tengan un alto poder discrecional para poder determinar qué ley sí es constitucional y cuál no lo es.

Estos son algunos de los problemas fundamentales que se plantean en la objeción antidemocrática de la justicia constitucional, por lo que en adelante se expondrán algunos argumentos que aminoren el ejercicio antidemocrático de la justicia constitucional, aunque de entrada adquiere una preponderante relevancia el argumento de Alexander Bickel en su clásica obra *The Least Dangerous Branch*, quien sostiene lo siguiente:

No será posible dar plena respuesta a todo lo que se argumenta en contra del control judicial de la ley... Lo único que podemos hacer es llevar el otro platillo de la balanza con argumentos de signo contrario, acerca de las necesidades reales y los modos en que opera efectivamente nuestra sociedad, y, naturalmente, con nuestras porciones de fe y de esperanza. Entonces podremos apreciar hasta dónde se ha movido el fiel de la balanza.<sup>24</sup>

### III. ALGUNAS SOLUCIONES PARA AMINORAR EL DEBATE

Gargarella, en su obra *La justicia frente al gobierno*, expone algunas soluciones ofrecidas por la doctrina para justificar la legitimidad democrática de la justicia constitucional, las cuales a continuación se analizan.

#### 1. *Conservadurismo y elitismo*

Esta corriente se encuentra inspirada en algunas ideas de John Locke en su *Tratado sobre el gobierno*. Al respecto, este autor sostenía dos argumentos centrales: “primera, que existían ciertas verdades morales cognoscibles por la razón, y segunda, que no todos estaban capacitados para acceder a tales verdades”.<sup>25</sup> Esta tradición del pensamiento político se basa, de manera fundamental, en la concepción de que las mayorías no siempre actúan con base en la razón, sino por lo regular sus decisiones se ven influenciadas y afectan su grado de objetividad de la realidad. Como lo aseguró Burke, “la mayoría de los ciudadanos —guiados por opiniones precipitadas, prejuiciados o poco

<sup>24</sup> Cit. por Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 21, epígrafe de la obra.

<sup>25</sup> Véase Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 3, p. 49.



reflexivas— no alcanzaban a reconocer los mejores medios para defender sus propios intereses objetivos”.<sup>26</sup>

Para ello, según esta corriente, es necesario contar con una élite con facultades para enmendar los errores cometidos por las mayorías. A este respecto, Adam Ferguson sostenía que “la esencia de la libertad política consistía en darle el poder a los que saben, dado que la ciudadanía común debía ser prevenida frente a sus propias torpezas y equivocaciones”.<sup>27</sup>

De esta forma, Hamilton, reconociendo la existencia de esa contrariedad, adelantó su posición en *El Federalista*, núm. 78,<sup>28</sup> con objeto de contrarrestar la dificultad antidemocrática de la justicia constitucional, y precisa fundamentalmente los siguientes razonamientos:

En primer lugar, el hecho de que el Poder Judicial tenga la capacidad de negar la validez de una norma legislativa no implica de ningún modo la superioridad de los jueces respecto de los legisladores. Dicha operación tampoco supone poner en cuestión la voluntad soberana del pueblo. Al contrario, la decisión de anular una ley viene a reafirmar, justamente, el peso de la voluntad popular. Ello se debe a que, al anular una ley, el Poder Judicial ratifica la supremacía de la Constitución, que es el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo. Mi razonamiento no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última antes que por las primeras deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.<sup>29</sup>

Ante esta posición conservadora y elitista, Gargarella presenta tres razonamientos críticos que cuestionan la argumentación de Hamilton, que son los siguientes:

1. El primer argumento, denominado histórico, se funda en el razonamiento de “que no es verdad que la Constitución refleje la voluntad popular del pueblo”.<sup>30</sup> Este razonamiento tiene su origen en los procesos de construcción del orden constitucional. Los constituyentes regularmente no representan adecuadamente los intereses ciudadanos; por consiguiente, difícilmente se plasma en la Constitución la verdadera voluntad del pueblo; sin embargo,

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> Hamilton, Alexander *et al.*, *op. cit.*, nota 12, p. 332.

<sup>29</sup> *Idem.*

<sup>30</sup> *Idem.*

el propio Gargarella reconoce que este argumento puede presentar una debilidad de fondo ante casos en los cuales los procesos constitucionales se han dado mediante un amplio y reconocido consenso popular, que luego pueden echar abajo el razonamiento.

2. El segundo argumento contra el conservadurismo elitista, expresado por Gargarella, es el razonamiento intemporal. Este tiene que ver con los factores reales prevalecientes al momento histórico de pactar la Constitución; es decir, que durante este proceso la sociedad pactó su forma de organización y construyó los mecanismos del ejercicio del poder plasmándolos en una norma jurídica, a la que dotó de supremacía; sin embargo, este pacto, hecho por una generación legítimamente organizada en un momento histórico determinado, condiciona a las generaciones futuras, e incluso puede llegar a atarlas. Esta es la principal objeción que se hace al carácter antidemocrático de la justicia constitucional, porque no es posible pensar que con el paso del tiempo y el cambio generacional puedan existir nuevos consensos sociales que no necesariamente sean iguales a los prevalecientes al momento de pactar la Constitución. A este respecto, Prieto Sanchís expresa lo siguiente:

Así pues, desde esta perspectiva los ciudadanos deben obedecer las leyes como si fueran expresión de la voluntad general, pero de hecho son obra del legislador. A veces, la objeción contramayoritaria parece pasar por alto todo esto, sosteniendo que ninguna Constitución puede limitar al gobierno mayoritario, pero justamente porque se sugiere o se supone que ese gobierno es el pueblo, cuya soberanía se postula de nuevo como absoluta e inagotable; cuando se habla de las generaciones del presente y del futuro cuyo poder de decisión aparece atado por las generaciones del pasado o se trata en realidad de los gobiernos del presente y del futuro; y hay las mismas razones para pensar que esos gobiernos son el pueblo como para sostener que la Constitución es también obra del pueblo.<sup>31</sup>

3. El tercer razonamiento se refiere a la interpretación del texto constitucional.<sup>32</sup> El problema se centra en la manera en que interpretan los jueces el texto constitucional. Ante la existencia de vaguedades y principios amplios contenidos en ella, “los jueces hacen mucho más que efectuar una mera lectura de la Constitución. En algunos casos, los jueces incorporan al texto soluciones normativas que no estaban —al menos explícitamente— incor-

<sup>31</sup> Prieto Sanchís, Luís, *op. cit.*, nota 2, p. 147.

<sup>32</sup> Más adelante se profundizará sobre la objeción contramayoritaria derivada del cómo está redactada la Constitución y el cómo debe ser interpretada por los jueces constitucionales, a fin de evitar el alto poder discrecional de los jueces para decidir sobre la validez de las leyes frente al examen constitucional.

poradas al mismo”.<sup>33</sup> Ante el grado de indeterminación de muchos de los preceptos constitucionales, los jueces tienen en sus sentencias un amplio poder de decisión, “y este poder extraordinario, que quedaría concedido a los jueces y no al pueblo, lo que resulta razonablemente cuestionable”.<sup>34</sup>

## 2. *Soluciones populistas*

El populismo radical asume una posición contraria al conservadurismo elitista, pues en esta tesis se sostiene “que todas las personas se encuentran igualmente dotadas de razón, y en consecuencia, capacitadas para argumentar en —lo que podrían considerarse— cuestiones morales fundamentales”.<sup>35</sup>

Así, Hart (filósofo inglés) acuñó el concepto “populismo moral” como aquella visión según la cual la mayoría tiene el derecho moral de dictar de qué modo deben vivir los demás;<sup>36</sup> sin embargo, el filósofo de mayor influencia sobre las ideas populistas es, sin duda, Jean-Jacques Rousseau. Para él, “típicamente, una decisión correcta es la que surge de la voluntad general del pueblo”.<sup>37</sup>

De esta forma, Gargarella identifica al populismo como “la expresión mayoritaria, condición necesaria y suficiente para el logro de la imparcialidad”;<sup>38</sup> de tal suerte, “un populista tenderá a apelar a la voz del pueblo en cada ocasión en que deba decidirse un problema moral básico y, además —y esto es lo que resulta preocupante, en todo caso—, considerará que lo que el pueblo diga, en dicha ocasión, será correcto e indiscutible”.<sup>39</sup>

Ante tales argumentos, los jueces prácticamente no tendrían la facultad de anular leyes, lo que implicaría una subordinación de los jueces al Poder Legislativo. Sostener como premisa a la voluntad mayoritaria como el eje indiscutible de las decisiones implica, sin duda, anular la posibilidad de existencia del control judicial de las leyes, situación que obligaría, por simple lógica, que el control quede en manos de los órganos con representación popular, atendiendo a su naturaleza de toma de decisiones por el consenso mayoritario.

<sup>33</sup> Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 3, p. 56.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>38</sup> *Idem*.

<sup>39</sup> *Idem*.

Sin embargo, tampoco esta solución encuentra legitimidad y razón al decir de Gargarella, quien objeta categóricamente con cuatro argumentos, que son:

1. “No es cierto que la voz del pueblo se identifique con las soluciones más justas, ni que las mayorías nunca se equivoquen. Parece inevitable reconocer que las mayorías pueden equivocarse, y que, de hecho, lo hagan muy frecuentemente”.<sup>40</sup> De tal suerte que si las mayorías se equivocan, necesariamente resulta indispensable asegurar un control de las leyes y, por lógica, ese control no puede descansar en las mayorías, cuyas decisiones se pretende limitar. Como lo afirma Ronald Dworkin, “los controles no pueden quedar en manos de aquellos mismos que queremos controlar”.<sup>41</sup>
2. Para el populismo, en principio, basta que las mayorías, e incluso en algunos casos sus representantes, hablen (regularmente por conducto del voto) para tener conocimiento de las decisiones correctas que deben ser tomadas. Ello genera desconfianza, porque se pueden tomar decisiones objetables por sujetos que no dialogan, que no se enfrentan a planes de vida o ideales alternativos, y que no ponen a prueba sus propias convicciones. Además, ellos pueden verse tentados a decidir, a partir de sus simples prejuicios, de la resignación o el desconocimiento de otras posibilidades alcanzables, lo cual resulta inconveniente.<sup>42</sup>
3. El tercer argumento se sustenta en que regularmente las decisiones de una democracia se apoyan en simples mayorías, y no mediante acuerdos unánimemente consensuados. “Un sistema que no es suficientemente flexible y sujeto a cambios resulta propenso a que en él se tomen decisiones más bien imperfectas”.<sup>43</sup>
4. La última y cuarta objeción al populismo se argumenta en el sentido de que una cosa son las decisiones de las mayorías ciudadanas, y otras las decisiones tomadas por las mayorías legislativas, las cuales, desde luego, no siempre son concordantes.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>41</sup> *Idem*.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>43</sup> *Idem*.

### 3. *Soluciones intermedias*

Gargarella identifica, asimismo, algunas soluciones intermedias destinadas a mediar entre el conservadurismo y el populismo, pero con objeto de reconocer la decisión judicial de controlar las leyes y debilitar su carácter antidemocrático.

A continuación se expresarán algunas de las soluciones intermedias citadas por el autor:

1. *Grupos de presión como respaldo a los sectores menos favorecidos.* Con esta idea se pretende acercar a la ciudadanía al proceso judicial, para lo cual juegan un papel importante los grupos de presión. “La idea que subyace en la mencionada propuesta es la siguiente: normalmente, los sectores menos favorecidos de la sociedad encuentran problemas serios en acceder a la justicia”.<sup>44</sup> Ello implica que la justicia tienda a conocer de asuntos sobre las clases menos favorecidas de la sociedad; regularmente se acusa a la justicia de elitista por no ocuparse de las causas de los desfavorecidos. Para ello, de acuerdo con esta solución, se propone la existencia de organismos ciudadanos que abanderan las demandas ciudadanas y ejerzan una presión sobre la justicia.<sup>45</sup>

2. *Introducción de jurados y jueces legos.* La participación de ciudadanos en su calidad de jurados para tomar parte en las decisiones judiciales contribuye a democratizar la justicia, lo cual permite un acercamiento de ambas partes.

3. *Forma de designación de los jueces.* “Muchas de las posibles objeciones a la justicia se vinculan con la falta de jueces verdaderamente probos e independientes. Tales objeciones pueden surgir, sobre todo, a partir de la forma inadecuada en que se designa a los magistrados”.<sup>46</sup> Otra forma de aminorar el carácter antidemocrático de la justicia ha sido la introducción de mecanismos para el nombramiento de los jueces. En algunos casos se hace con la intervención de los órganos democráticos del poder político, como el Senado y el Ejecutivo;<sup>47</sup> en algunos otros van más allá en el afán de democratizar la justicia; por ejemplo, en algunos lugares de Estados Unidos los jueces son electos popularmente.

4. *El tribunal como legislador negativo.* Esta tendencia consiste en dotar al tribunal constitucional con facultades para decidir no solo con criterios téc-

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>45</sup> Ejemplo de ellos en México son el movimiento de deudores de la banca, conocido como “El barzón”, surgido a raíz de la crisis económica de 1994, que abanderó un grupo social y ejerció una serie de acciones antijudiciales frente a los procesos instaurados en su contra.

<sup>46</sup> Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 3, p. 111.

<sup>47</sup> Es el caso de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

nicos, sino que también tomen en consideración factores propios de la vida política y social de las comunidades en cuestión.<sup>48</sup>

Al igual que lo hace con las anteriores soluciones, esta tampoco satisface a Gargarella, sosteniendo que “mientras la justicia siga teniendo la posibilidad de contradecir la voluntad de las mayorías en todo tipo de cuestiones y conserve el derecho de pronunciar la última palabra, tendremos que seguir hablando de las tensiones entre la justicia y la democracia”.<sup>49</sup>

#### 4. *La solución radical no populista: democracia deliberativa*

La tesis de la solución radical no populista toma como punto de partida que todas las personas son creadas iguales y están igualmente dotadas de razón. Esta postura fue asumida por Jefferson al redactar la Declaración de Independencia de Estados Unidos, quien expresó lo siguiente: “Debe confiarse con seguridad en que las personas van a escuchar testimonios verdaderos y falsos, y van a saber formar el juicio correcto distinguiendo entre ellos”.<sup>50</sup>

Según Gargarella, la tradición (genuinamente) radical no asume como obvio que las decisiones imparciales se identifiquen, o resulten definidas, a partir de los acuerdos mayoritarios.

Según la tradición radical no populista, la necesaria preocupación por los derechos de las minorías, así como el abandono de la creencia en la infalibilidad mayoritaria, no deben arrastrarnos, otra vez, hacia el conservadurismo, sino que lo que se requiere es mejorar el proceso de toma de decisiones, sin necesidad de echar por la borda el saludable principio de tomar efectivamente en cuenta la opinión de cada uno de los posibles afectados.<sup>51</sup>

Con respecto a esta tesis, Gargarella inicia por analizar la postura de Bruce Ackerman, quien sostuvo que “en una democracia, el que debe gobernar es el pueblo, y no algún cuerpo de élite como el Poder Judicial”.<sup>52</sup> Ackerman centra su teoría en dos argumentos fundamentales que se deben considerar en una democracia:

En primer lugar, se encuentran las decisiones que toman el conjunto de los ciudadanos; las que llama “decisiones constitucionales”, que se expresan a

<sup>48</sup> Tal es el caso del Tribunal Constitucional italiano.

<sup>49</sup> Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 3, p. 119.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 133.

través del dictado de la Constitución, de sus reformas y de otras decisiones igualmente importantes. En segundo lugar, están las decisiones que toma la ciudadanía a través de su gobierno y que se expresan a través de leyes nacionales o locales.<sup>53</sup>

Las primeras decisiones referidas por Ackerman son poco frecuentes, pues requieren de condiciones especiales para que surja una nueva ingeniería constitucional, o bien de procesos de discusión profunda y de procedimientos rígidos para la reforma constitucional. Por el contrario, el segundo tipo de decisiones está formado por las más cotidianas; es la actividad diaria de los poderes legislativos, que mediante leyes ordinarias dan respuestas a las demandas ciudadanas. De tal manera que los legisladores, en opinión de Ackerman, no deben contrariar las decisiones de primer nivel plasmadas en la Constitución; por ello, asume una posición “dualista de la democracia”, y justifica la existencia de un órgano destinado a preservar las decisiones fundamentales del pueblo, frente a las decisiones elaboradas por los legisladores en el día a día, y ese órgano no es otro que el Poder Judicial, el cual, ante tales circunstancias, no actuaría antidemocráticamente, sino democráticamente, al manifestarse contra leyes actuales opuestas a las decisiones fundamentales de primer nivel, esto es, la Constitución.<sup>54</sup>

Otra tesis que Gargarella analiza sobre el carácter radical es la tesis de John Hart Ely, autor de la obra *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*.

John Ely procura en su estudio demostrar la compatibilidad entre la justicia constitucional y la democracia. En tal sentido, este autor analiza la función de los jueces en el proceso de revisión constitucional de las leyes, a los cuales se les atribuye un papel fundamental, pero acotando la posibilidad de que estos asuman el lugar de los legisladores.

Para Ely,

en una democracia, los representantes son los que deben decidir en todas las cuestiones fundamentales o sustantivas. Son las mayorías, y no un grupo ilustrado de jueces, las que tienen que decidir de qué modo quieren responder a las cuestiones valorativas que se les plantean. Los jueces no deben remplazar a los ciudadanos en la resolución de conflictos morales básicos, sino que, en cualquier caso, deben ponerse a su servicio para asegurar que la decisión que se tome sea el resultado de un auténtico proceso de reflexión colectiva.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> *Idem*.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 149.

Con esta tesis, Ely rescata la tradición radical no populista: por una parte, la premisa de la mayoría, y por la otra, la posibilidad de que la mayoría pueda fallar. Ante tal caso, es necesario contar con elementos para reparar la falla; fundamentalmente, esta posibilidad Ely la atribuye al ejercicio de la democracia representativa; es decir, al mal uso que los representantes populares pueden hacer de la voluntad popular.

Para apoyar sus ideas, John Ely expone su tesis sobre la democracia deliberativa, y sostiene que

La concepción deliberativa de la democracia parte de la idea de que un sistema político valioso es aquél que promueve la toma de decisiones imparciales, esto es, decisiones que no resultan sesgadas indebidamente en beneficio de alguna persona o grupo, sino que tratan a todos con igual consideración... la democracia resulta defendible porque favorece, mejor que cualquier otro sistema, la toma de decisiones imparciales.<sup>56</sup>

La práctica deliberativa de la democracia ayuda a abrir los canales de comunicación entre los actos de gobierno y la sociedad, porque facilita detectar errores y convicciones que prevalecen en la sociedad, los cuales no siempre son acertadas; asimismo, facilita el debate y se enriquece, y ayuda a eliminar prejuicios para tomar decisiones imparciales.

De ahí que la justicia constitucional en la tesis de Ely se justifica a partir de que es necesaria la existencia de una especie de jueces *outsiders*, que actúen como árbitros en el proceso democrático, a efecto de que puedan hacer prevalecer las decisiones imparciales que interesan a las mayorías, pero protegiendo al mismo tiempo los derechos de las minorías. En tal sentido, “las funciones de los magistrados, como especialistas en procesos relativamente desinteresados en las polémicas concretas, consistirían, pues, en despejar los canales del cambio político y en facilitar la representación de las minorías”.<sup>57</sup>

Se trata, entonces, de hacer respetar el proceso democrático, porque la voluntad de las mayorías no puede ser absoluta e ilimitada. En este sentido, en una democracia deliberativa, como la plantea Ely, caben y deben tomarse en cuenta a las minorías; ese es el éxito de la democracia: poder articular decisiones en las que participen todos los involucrados, haciendo respetar los intereses individuales y de todos. Por ende, es ahí donde cobra vigencia la presencia del árbitro que garantice la democracia, cuando esta entre en conflicto de intereses entre la mayoría y las minorías, y ese árbitro no puede ser otro más que el juez constitucional.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>57</sup> Balbuena Cisneros, Arminda, *Suprema Corte de Justicia de la Nación y jurisdicción constitucional en México*, México, Universidad de Guanajuato, 2005, p. 288.



#### IV. TIPO DE CONSTITUCIÓN PARA REDUCIR LA OBJECCIÓN ANTIDEMOCRÁTICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Corresponde analizar algunos elementos que puedan reducir la objeción contramayoritaria de la justicia constitucional; para ello, es necesario entrar al estudio de los tipos de Constitución, con objeto de encontrar un punto medio sobre la forma en que debe estar redactado el texto constitucional para reducir los riesgos de la dificultad antidemocrática del control constitucional de las leyes por parte de los jueces.

Para este apartado será necesario considerar el contenido gramatical de la Constitución y los problemas que representa su interpretación al momento de analizar una ley con presunción de inconstitucionalidad.<sup>58</sup>

Otra de las críticas más fuertes a la legitimidad democrática de la justicia constitucional se refiere a los problemas derivados de la interpretación constitucional, a lo que Gargarella llamó la “brecha interpretativa”;<sup>59</sup> es decir, ante la ambigüedad, vaguedad u omisiones del texto constitucional es inevitable la tarea interpretativa, por lo cual “los jueces terminan, silenciosamente, tomando el lugar que debería ocupar la voluntad popular”.<sup>60</sup>

En tal sentido, la pregunta es ¿qué tipo de Constitución es más conveniente para reducir la brecha interpretativa?

Ferreres Comella busca responder a esta interrogante, y para ello inicia analizando dos tipos de Constitución: la procedimental y la de *detalle*; para finalmente exponer, desde su perspectiva, el modelo de Constitución que reduce el riesgo contramayoritario de la justicia constitucional.

##### 1. *La Constitución procedimental*

La teoría de la Constitución procedimental es de la autoría de Jhon Ely; la esencia de este modelo radica en que “una Constitución procedimental solo protege los derechos de participación política”,<sup>61</sup> a diferencia de lo que ocurre con una norma constitucional sustantiva, que amplía su protección a todos los derechos esenciales de los gobernados.

En el procedimentalismo se procura constitucionalizar la democracia, a efecto de evitar que las decisiones de las mayorías —en ocasiones irracionales y producto de la pasión social— atenten contra los derechos de las

<sup>58</sup> En el análisis de este apartado se recurrirá con frecuencia a la obra de Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 21.

<sup>59</sup> Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 3, p. 59.

<sup>60</sup> *Idem.*

<sup>61</sup> Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 21, p. 54.

minorías, y de esta forma proteger en sí mismo la democracia, “y de ello se seguiría que el valor de la democracia justifica su constitucionalización, lo que implicaría el atrincheramiento constitucional no sólo de un mecanismo procedimental sino también de aquellos derechos que cabe considerar como presupuestos de una genuina decisión democrática”.<sup>62</sup>

Según Ely, “la Constitución protege una forma democrática de gobernar, y no una determinada ideología sustantiva, y es la protección de este proceso democrático de gobierno el contenido que debe adscribirse a las cláusulas superabstractas del texto constitucional”.<sup>63</sup> De ahí que la tarea de los jueces constitucionales deba limitarse exclusivamente a determinar si en el proceso de elaboración de la ley, y su contenido, se respetó el proceso político democrático, y observar que no hayan sido excluidas las minorías.

Ely concibe a la democracia ideal como una *representativa*, y esto significa “que los intereses de todas las personas están representados, de modo que las decisiones se toman después de haber considerado con igual cuidado los intereses de unos y de otros”.<sup>64</sup> Por ello, los jueces constitucionales deben ocuparse —de acuerdo con este modelo— de que las decisiones plasmadas en la ley ordinaria sean el resultado de contemplar a todas las expresiones sociales destinatarias de la norma, y que tales decisiones sean siempre concordantes con los principios democráticos plasmados en la Constitución.

La Constitución procedimental pretende regular estructuras y procesos generales que aseguren la participación política y el ejercicio del poder para una adecuada toma de decisiones, en las que se involucren todas las partes implicadas. El modelo procedimental rechaza analizar los derechos sustantivos, por el grado de contrariedad que representan;<sup>65</sup> sin embargo, esta es una de las principales críticas que se le hacen al procedimentalismo, ya que deja fuera del objeto a los derechos esenciales, por ser, como lo dice su propio nombre, la esencia de toda democracia. La falta de protección de los derechos individuales, y no solo los relativos a la participación política, constituye una de las deficiencias de la Constitución procedimental.

Si bien es cierto que una Constitución procedimental abierta brinda una mejor movilidad para la toma de decisiones del Parlamento que una Constitución de contenido cerrado, también es verdad que puede constituir una amenaza para la propia democracia, ante la posibilidad de interpretación

<sup>62</sup> Bayón, Juan Carlos, “Neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo*, España, Trotta, 2003, p. 226.

<sup>63</sup> Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 21, p. 56.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>65</sup> No hay que olvidar que el modelo de Constitución procedimental está basado en el estudio que de la Constitución norteamericana hace John Ely.

constitucional que de suyo les corresponde a los jueces, lo que puede llevar a un verdadero gobierno de los jueces, no democráticos, que impongan sus decisiones acerca de cuándo una ley es democrática y cuándo no lo es, y así consolidar la “aristocracia de la toga”.<sup>66</sup> El grado de indeterminación y generalidad de la Constitución procedimental tiene ese riesgo.

En resumen, Ferreres sostiene lo siguiente:

No puede justificarse que en una democracia la decisión de la mayoría parlamentaria acerca de los derechos y las libertades pueda ser invalidada por un juez. Pero existe una excepción a esta regla general: si la decisión de la mayoría parlamentaria atenta contra los derechos que dan acceso al proceso político, entonces está justificado que el juez pueda invalidar la ley. Ello es así porque el Parlamento goza de legitimidad en la medida en que es un órgano democrático. Si el parlamento erosiona los derechos de participación política a través de los cuales los ciudadanos dan vida al proceso democrático, socava entonces su propia legitimidad democrática, con la consecuencia de que se justifica en esos casos que el juez pueda controlar la ley. Este papel de guardián de la regularidad del proceso político es el único papel que en una democracia debería desempeñar el juez constitucional.<sup>67</sup>

## 2. *La Constitución a detalle*

En el otro horizonte se encuentra el modelo de Constitución a detalle; como su nombre lo indica, trata de establecer un texto constitucional específico, en el que se contengan con precisión los acuerdos mayoritarios pactados por los ciudadanos al crear la Constitución, y de esta forma limitar al legislador ordinario a actuar —dentro de la voluntad democrática expresada— de una manera más auténtica con el texto constitucional.

Los partidarios de este modelo advierten sobre los riesgos que representa incluir cláusulas abstractas en la Constitución, dado el grado de indeterminación e imprecisión que esto representa a la hora de aplicar la norma constitucional, o bien al momento en que el juez tiene que hacer el examen de constitucionalidad de una ley.

El propio Kelsen coincide en que el uso, en la redacción de la Constitución, de una terminología imprecisa y frases que reflejan una ideología política, no siempre aceptada por todos, genera dificultades a la hora en que el

<sup>66</sup> Término acuñado por Pedro Cruz Villalón, en Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 21, p. 198.

<sup>67</sup> Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 21, pp. 53 y 54.

juez constitucional pretende interpretar la Constitución; por ello, recomienda evitar este tipo de redacción y argumenta lo siguiente:

Para evitar un semejante desplazamiento del poder —que la Constitución no quiere y que, políticamente, es completamente contraindicado— del Parlamento a una instancia que les extraña y que puede convertirse en el representante de fuerzas políticas diametralmente distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, sobre todo si ella crea un Tribunal Constitucional, abstenerse de ese género de faseología, y si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible.<sup>68</sup>

De esta suerte, los partidarios de la Constitución a detalle recomiendan que los jueces constitucionales se concreten a determinar la validez de una ley en función de las cláusulas específicas contenidas en la Constitución, y no en los principios abstractos de esta.

El principal argumento a favor de la Constitución a detalle radica en que reduce la discreción judicial al momento de interpretarla o confrontarla con una ley presumiblemente inconstitucional. “La objeción democrática, según este planteamiento, desaparece cuando la ley es invalidada por contradecir una disposición específica de la Constitución”.<sup>69</sup> Este argumento se sostiene en la idea de que la Constitución manifiesta de forma más auténtica la voluntad democrática cuando ha sido aprobada mediante un procedimiento más deliberativo, en el que participaron agentes que regularmente no lo hacen al aprobarse una ley ordinaria (por ejemplo, los ciudadanos por medio de un referéndum, o bien órganos del Estado que no participan en la elaboración de la ley común, como las legislaturas de los Estados).

A juicio de Ferreres, este argumento es válido, pues “cuanto más específicos sean los términos utilizados en la Constitución, en mayor grado se reducirá la indeterminación interpretativa y, por tanto, el margen de discrecionalidad judicial”.<sup>70</sup> En suma, la Constitución de principios abstractos permite un mayor poder discrecional del juez que la Constitución a detalle.

No obstante, a pesar de las bondades que pudiera representar el modelo a detalle, por la reducción del riesgo de discrecionalidad de los jueces, existen algunos argumentos en su contra.

<sup>68</sup> Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2001, p. 81.

<sup>69</sup> Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 21, p. 93.

<sup>70</sup> *Idem.*

1. La tiranía del pasado. Esta objeción se basa en el argumento de que el constituyente es un legislador del pasado, y no puede restringir el poder del legislador presente. Si bien es cierto que el proceso de creación de la Constitución es un proceso con mayor legitimidad democrática que la creación de leyes ordinarias y, por ende, estas deben sujetarse a la norma superior, también lo es que con el paso del tiempo esa legitimidad democrática de la Constitución se va retirando de las condiciones prevalecientes ante una nueva realidad social, que en muchas ocasiones dista de la realidad que prevalecía al momento de crearse la Constitución; “puede decirse entonces que, a través de la supremacía de la Constitución, se va haciendo efectiva la tiranía del pasado”.<sup>71</sup> El grado de precisión de la norma constitucional, que para los efectos de interpretación judicial representa una virtud, con el paso del tiempo se convierte en una desventaja, porque entre más precisa sea la norma, mayor será el riesgo de que pierda actualidad y vigencia; por ende, mayor también será la posibilidad de que el legislador ordinario esté tentado a construir normas actuales, pero contrarias a la Constitución.

Por ello, la norma fundamental debe permitir la mutación para evitar que las generaciones presentes queden ancladas a los principios de sus antepasados; de lo contrario, se producirá una desigualdad política a favor de las generaciones muertas. “Las decisiones más específicas de los antepasados deben poder ser revisadas por la mayoría de los miembros actuales de la comunidad, pues son éstos quienes son titulares de los intereses en juego y quienes mejor pueden valorar las circunstancias del presente”.<sup>72</sup> Esta objeción al modelo constitucional a detalle hace voltear hacia el otro horizonte; es decir, una Constitución con cláusulas abstractas que permita la mutación generacional para evitar “la tiranía de una generación muerta sobre la generación viva”.<sup>73</sup>

2. El segundo argumento contra la Constitución a detalle lo constituyen las dificultades para amparar nuevas dimensiones de la libertad constitucional. Esta objeción, identificada por Ferreres, parte de la premisa de que “cuanto más específicas son las disposiciones, mayor es el riesgo de que no sean exhaustivas”.<sup>74</sup> Las Constituciones a detalle envejecen pronto, y con ello se corre el riesgo de que, ante la especificidad de sus preceptos, se dejen fuera nuevas formas de relaciones sociales que al momento de redactarse la Constitución no eran problemas de esa época, situación que no ocurre con las cláusulas abstractas, las cuales permiten incorporar con más facilidad nuevas

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 117.

relaciones de libertad y dignidad humana, que pueden ir apareciendo como resultado de la transformación social.<sup>75</sup>

3. Los obstáculos a la integración constitucional de una sociedad plural constituyen la tercera objeción a la Constitución a detalle. La norma de normas tiene entre sus funciones el integrar en la sociedad a la pluralidad de fuerzas e ideologías prevaletentes. En el texto constitucional se plasma ese conjunto de principios, valores y anhelos de la pluralidad social; sin duda, la forma más correcta de materializar esos principios en la Constitución se logra por medio de cláusulas abstractas que articulen la pluralidad política de la sociedad, lo cual resulta difícil en una Constitución a detalle. De esta forma, Ferreres es categórico al afirmar que “la abstracción de determinadas cláusulas constitucionales tiene la virtud de permitir la incorporación al texto constitucional de los valores políticos que los distintos grupos apoyan en diverso grado”, y continúa, “en este sentido, las cláusulas más abstractas deben figurar en el texto constitucional como cláusulas de salvaguardia para mantener una constante correlación simbólica entre pluralismo político y pluralismo de valores constitucionales, correlación que contribuye a integrar políticamente a los ciudadanos de una democracia liberal”.<sup>76</sup>

En síntesis, la Constitución a detalle resulta incompleta para los propósitos del control constitucional, puesto que, por una parte, representa ventajas al reducir el riesgo de la discrecionalidad judicial, pero, por la otra, impide la incorporación de nuevas formas de organización social, lo cual, ante el grado de especificidad de las cláusulas constitucionales, deja atada a la generación presente a los principios y a los valores construidos por los antepasados al momento de crear el texto constitucional; por ello, tal vez sea conveniente construir un modelo híbrido que amalgame abstracción con especificidad, dependiendo del caso concreto de regulación constitucional.

## V. ALGUNAS PROPUESTAS PARA REDUCIR LA TENSIÓN CONTRAMAYORITARIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Aun cuando el carácter contramayoritario de la justicia constitucional resulta irrefutable, es necesario apuntar algunas ideas que reduzcan la tensión, a efecto de hacer más compatible la decisión del juez constitucional con la decisión democrática del Parlamento al emitir la ley.

<sup>75</sup> Esta postura se justifica plenamente con el modelo abstracto de Constitución de los Estados Unidos, que a más de doscientos años de su creación está vigente.

<sup>76</sup> Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 21, p. 136.

A continuación se expresan una serie de propuestas, con objeto de reducir la crítica de ilegitimidad democrática del control constitucional.

### 1. *La presunción de constitucionalidad de la ley*

Ferreres Comella propone, dentro de su modelo de Constitución, para reducir el carácter antidemocrático del control constitucional, establecer el principio de presunción de constitucionalidad de la ley. Este principio “impone a quien sostiene que el texto de una ley es inconstitucional la carga de argumentar convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma que ese texto expresa y el sistema de normas que el texto constitucional expresa”.<sup>77</sup>

Bajo este principio, se busca hacer prevalecer la ley impugnada de inconstitucionalidad hasta en tanto no se demuestre con claridad su contradicción con la Constitución. Aquí se parte de la premisa de que el legislador ha actuado, al emitir la ley, con estricto apego a la Constitución. En sentido teleológico se diría que el legislador no tuvo la intención de expedir una ley que fuera contraria a la Constitución, de la cual emanan todos sus actos.

Así, la presunción de constitucionalidad de la ley significa “que el legislador goza de una presunción de constitucionalidad, que en caso de duda, el juez debe decidir a favor de la constitucionalidad de la ley”.<sup>78</sup>

Por ende, los jueces deben realizar una interpretación de las leyes conforme a la Constitución, esto es, lo que Ricardo Guastini denomina “interpretación conforme”, y la define como “aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo —frente a una doble posibilidad interpretativa— el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución”.<sup>79</sup> Lo que se busca con la interpretación conforme es armonizar el texto de la ley con la Constitución, la cual, dependiendo del método de interpretación, puede resultar conforme o contra la Constitución; por ello, partiendo del principio de presunción de constitucionalidad, se opta por no declarar nula la ley ante la duda de constitucionalidad.

En suma, la presunción de constitucionalidad de la ley requiere de razones y argumentos suficientes en contra de esta para declarar su inconstitucionalidad; de lo contrario, si los argumentos no son suficientes, no son claros, o cabe la posibilidad de una interpretación compatible con la Constitución, debe prevalecer la constitucionalidad de la ley.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>79</sup> Guastini, Ricardo, *op. cit.*, en Carbonell, Miguel (coord.), p. 57.

Con la adopción de este principio se reduce el riesgo de que un poder no democrático anule la ley que ha emanado de un poder democrático, y al mismo tiempo, puede contribuir a limar la objeción contramayoritaria de la justicia constitucional.

## 2. *La mutabilidad generacional de la Constitución*

Como se ha expresado líneas arriba, uno de los argumentos más fuertes en contra de la legitimidad democrática del control constitucional de las leyes radica en que la Constitución no puede condenar a la inmutabilidad social a las generaciones presentes, ya que estas poseen el derecho irrenunciable de modificar sus reglas, principios y valores, de acuerdo con el consenso incluyente del pluralismo social. Por tanto, resulta inviable y contra natura pretender que los antepasados atenen con sus normas a las generaciones venideras.

Paine decía que “cada generación debe tener plena competencia para decidir, sin estar ligada a las decisiones de las generaciones pasadas. Son los intereses de los vivos, y no de los muertos, los que deben protegerse y armonizarse”.<sup>80</sup>

Si bien es cierto, como ya se ha dicho, que el proceso de creación de las normas constitucionales se da bajo un esquema de mayor consenso social y en condiciones de una más amplia participación ciudadana (por ejemplo, mediante la aprobación ciudadana de la Constitución, mediante un referéndum), con relación a los procesos de elaboración de las leyes ordinarias, en donde solo participan los representantes populares, que no siempre son portadores de los intereses de las mayorías, también es cierto que, dependiendo del tipo de Constitución, abstracta o a detalle, la norma constitucional tiene un proceso natural de envejecimiento, por razones propias de la evolución social.

La Constitución debe recoger todas las expresiones ideológicas de la pluralidad política prevaleciente en el momento de crearse, y al mismo tiempo aspirar a que esos acuerdos prevalezcan en el tiempo y se transmitan de generación en generación, pero ello no significa anular la posibilidad de que surjan nuevos acuerdos con el nacimiento de nuevas formas de relación social, que no necesariamente están incorporados en el texto constitucional antiguo.

La Constitución también envejece, y para evitar que esta muera, debe permitirse su propia forma de reproducción y sobrevivencia.

<sup>80</sup> Cit. por Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 21, p. 108.



La forma clásica de evitar que la Constitución muera es permitiendo su actualización mediante procesos de reforma y adición rígidos, que incorporen los pactos presentes que toma la sociedad ante nuevas formas de convivencia social; sin duda, este proceso de reforma y actualización resulta políticamente útil, porque así se logra incluir aquellos acuerdos consensuados de los ciudadanos que no fueron considerados por los creadores de la norma constitucional al momento de redactarla.

Sin embargo, ¿por qué no pensar en una periodicidad de vigencia del texto constitucional que permita a cada generación reconocer su derecho a construir acuerdos que les sean útiles para la consecución de sus fines? Esto no es una novedad, pues la propia Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de la Constitución francesa de 1793 estableció el derecho que el pueblo tiene para revisar su Constitución.

El propio Jefferson sostuvo que “la tierra pertenece a los vivos, no a los muertos. Los muertos no tienen derechos; no son nada. Las partículas de materia que componían los cuerpos forman parte ahora de los cuerpos de otros animales, vegetales o minerales. Por las leyes de la naturaleza, una generación es a otra como una nación independiente a otra”.<sup>81</sup>

Incluso, basado en las tablas actuariales de Buffon, Jefferson calculó que cada dieciocho años y ocho meses se produce un cambio de generación. Por tanto, él propuso que cada diecinueve años se celebraran plebiscitos para que la nueva generación pudiera decidir si acepta o revisa las leyes fundamentales.<sup>82</sup>

En consecuencia, una forma de mantener vivo el espíritu democrático de la Constitución, así como los actos que de ella emanen, puede ser la introducción de principios que permitan la revisión periódica, e incluso la forma de abrogación expresa, de acuerdo con el cambio generacional de la sociedad, con objeto de incorporar los nuevos acuerdos sociales que se construyen con la evolución de la humanidad.

De otra forma se corre el grave riesgo de que una Constitución a detalle muera, por no considerar la realidad prevaleciente en la actualidad, o bien dejar en manos de la aristocracia de la toga la decisión de expresar cuáles acuerdos tomados en la ley son constitucionales y cuáles no lo son —para el caso de la Constitución con cláusulas abstractas—, lo que representa una verdadera contrariedad democrática.

<sup>81</sup> *Idem.*

<sup>82</sup> *Idem.*

### 3. *Incorporación de procesos ciudadanos en la aprobación de la ley*

Uno de los riesgos de la democracia representativa es que los representantes populares no siempre responden a los intereses legítimos de los ciudadanos. Este hecho pone en entredicho la legitimidad democrática de la ley, porque no obstante que la misma ha sido aprobada por una mayoría parlamentaria, ello no significa que en la ley se recogen los intereses incluyentes de todas las partes destinatarias de la ley.

El Poder Legislativo “debe responsabilizarse ante la sociedad por las decisiones tomadas”;<sup>83</sup> para ello, es necesario que el debate parlamentario sobre el proceso de aprobación de una ley se encuentre investido de un dispositivo publicitario, a fin de que los destinatarios de la norma, en principio, se enteren, y, ¿por qué no?, participen en un debate extraparlamentario.

Esta tarea requiere que la representación política otorgada por los ciudadanos a los legisladores no es un salvo conducto para hacer con ella lo que el interés parlamentario, o a veces el interés partidista impuesto por su dirigencia, determine; por el contrario, la representación política tendrá que aproximarse a la voluntad popular real, de donde emana el mandato, para de esta forma lograr una auténtica legitimación democrática de la ley; de ahí que no solo es suficiente con darle publicidad al debate durante el proceso de creación de la ley, sino que además de ello, será indispensable someter a referéndum la nueva ley aprobada por el Parlamento, cuando esta toque aspectos de derechos fundamentales.

Sin embargo, esto no significa que el simple hecho de que una ley sea sometida a referéndum resulte suficiente para que goce de plena constitucionalidad o, en su caso, que no pueda ser invalidada por el órgano de control.

Como se ha expresado líneas arriba, las mayorías populares no siempre toman decisiones razonadas; para ello, se requiere, primero, de un proceso de información sobre el tema, y segundo, evitar el riesgo de que en ese proceso las minorías puedan verse aplastadas por una turba desinformada, que puede afectar derechos fundamentales de otros miembros de la sociedad, que no necesariamente sostienen la misma ideología de las mayorías, lo cual puede polarizar aún más la tensión.

No obstante, los inconvenientes de la participación ciudadana en los procesos de aprobación de la ley pueden reducirse en una sociedad informada y altamente culturizada. Para ello, será necesario advertir los argumentos a favor y en contra de la ley que se pretende aprobar por referéndum y trasladar

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 227.

el debate intraparlamentario a la calle, para que la sociedad pueda decidir libre e informadamente sobre los nuevos acuerdos que se proponen.

Ante esta utopía de sociedad modelo, no quedaría otra opción al juez constitucional, sino reconocer la legitimidad democrática de la ley y recomendar, ante una posible contradicción con el texto constitucional, la modificación de la Constitución para que se adapte a la evolución social.

## VI. A GUISA DE CIERRE

Sin duda, la tesis de la objeción contramayoritaria de la justicia constitucional es irrefutable, y cae como guillotina sobre la cabeza de los tribunales constitucionales, por lo cual no queda más que aceptar la validez de los argumentos en ese tenor; sin embargo, habrá que continuar construyendo modelos que encuentren el punto medio entre el carácter perenne de cualquier norma —iniciando, desde luego, con la Constitución— y el carácter de movilidad natural de toda sociedad, que no puede verse atada por la inmutabilidad del derecho.

La democracia juega ese papel de equilibrio social, pero al mismo tiempo no puede quedar ajena a la regulación constitucional, porque implicaría la propia negación de sus principios. Por ende, el respeto a las reglas de la democracia implica adoptar decisiones imparciales, en las que se tomen en cuenta a todas las partes —tanto las beneficiadas como las afectadas con la decisión—; es aquí donde se hace necesario que el árbitro imponga el equilibrio, y ese árbitro, por el momento, no puede ser otro más que el juez constitucional.

Mientras tanto, continuará la fortaleza de los argumentos de la objeción antidemocrática de la justicia constitucional y seguirá teniendo razón Gargarella, que en el final de su obra *La justicia frente al gobierno* sostiene lo siguiente:

Habrán quienes sigan convencidos de que la dificultad *contramayoritaria* es un invento propio de juristas de otras tierras, que nada tienen que ver con la realidad propia de sus propios países. Habrán quienes sigan convencidos de que la discusión pública no ayuda a la imparcialidad, sino que sólo aporta confusión y apasionamiento. Y habrá, también, quienes nieguen cualquier razonabilidad en distinciones como las de moral pública y moral privada... Frente a los que no comparten presupuestos como los que aquí se defienden, sólo caben dos cosas: por un lado, seguir trabajando para convencerlos de que están en un error, y por otro, rogarles que nos persuadan de la plausibilidad de las ideas —contrarias a las nuestras— que ellos sostienen. Nuestros oponentes nos tendrán que convencer, por ejemplo, de que es deseable que jueces no electos por la ciudadanía, ni sujetos a una responsabilidad electoral

inmediata, sigan decidiendo cuestiones sustantivas (por ejemplo, decidiendo como se regula el aborto, diciendo si está bien o mal consumir estupefacientes, diciendo cómo se pueden distribuir los recursos sociales, y como no, etc). Nuestros oponentes deberán darnos razones para otorgar al poder judicial la última palabra en materia constitucional, cuando sabemos (particularmente en Latinoamérica) lo permeable que es la magistratura a la presión de los grupos de poder. Nuestros oponentes deberán persuadirnos de que la reflexión individual y asilada de los jueces no garantiza la imparcialidad de un modo más certero que la propia reflexión colectiva. Nuestros oponentes tendrán que hacernos entender que es deseable que el buen ejercicio judicial siga dependiendo del azar de contar con buenos “jueces”. Nuestros oponentes deberán aclararnos estas dudas a menos que —como tantas veces— prefieran simplemente negarse o imponernos sus razones.<sup>84</sup>

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BALBUENA CISNEROS, Arminda, *Suprema Corte de Justicia de la Nación y jurisdicción constitucional en México*, México, Universidad de Guanajuato, 2005.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, 3a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- CARBONELL, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo*, España, Trotta, 2003.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 3a. ed., España, Trotta, 2002.
- , *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, España, Trotta, 2006.
- , *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2a. ed., España, Trotta, 2005.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación conforme y control de difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, en [http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Paneles/PanelVIII\\_Interpretaci%C3%B3nConformeControlDifusoConvencionalidad\\_EduardoFerrer.pdf](http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Paneles/PanelVIII_Interpretaci%C3%B3nConformeControlDifusoConvencionalidad_EduardoFerrer.pdf)
- y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. VI.

<sup>84</sup> Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 3, p. 265.

- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, España, Ariel, 1996.
- GROPPI, Tania *et al.*, *La justicia constitucional en Europa*, México, Fundap, 2004.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, especial ed., trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Porrúa, 2010.
- HAMILTON, Alexander *et al.*, *El Federalista*, 2a. ed., trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2001.
- PRIETO SANCHÍS, Luís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.