

XXII JUSTICIA CONSTITUCIONAL ∕ DEMOCRACIA*

Riccardo GUASTINI**

1. ¿Es la “justicia constitucional” —técnicamente, cualquier forma de control jurisdiccional sobre la legitimidad constitucional de las leyes— compatible con la democracia?

Las diversas respuestas posibles a esta pregunta están fatalmente condicionadas por el concepto de democracia que se adopte. El concepto de democracia, de hecho, actualmente es controvertido.

(i) En el pensamiento jurídico moderno predomina un concepto “formal” de democracia, donde democracia es la característica de un ordenamiento mediante la cual —en virtud del principio (liberal, antes que democrático) de autodeterminación— las leyes (en sentido material, es decir, las normas generales y abstractas) (a) son adoptadas por sus mismos destinatarios, si no directamente, al menos a través de sus representantes electos, (b) de acuerdo con el principio de mayoría (simple).

(ii) En la filosofía política contemporánea, sin embargo, se va afirmando un concepto “sustancial”, mucho más exigente, de democracia, donde la democracia es la propiedad de un ordenamiento *jurídico*, en el cual se satisfacen, además de las condiciones precedentes, otras condiciones adicionales, sobre todo (c) la protección de “ciertos” derechos fundamentales —incluidos, de acuerdo con algunos, los derechos llamados “sociales”— mediante (d) la rigidez constitucional, así como (e) a través de la garantía jurisdiccional de la Constitución.

* Esta intervención fue presentada en una mesa redonda sobre justicia constitucional y democracia de las “Giornate latine di teoria del diritto. Jornadas latinas de teoría del derecho. Journées latines de théorie du droit”, en la Universidad de París Ouest Nanterre La Défense, Florencia, en octubre de 2009.

** Universidad de Génova, Italia. Traducción realizada por Miguel Carbonell (Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM) y Pamela Rodríguez (Facultad de Derecho de la UNAM-Universidad de Sassari).

Este segundo concepto de democracia es quizá el que mejor corresponde al uso común y corriente del vocablo en el lenguaje político contemporáneo, en un momento en el que la gran parte de los ordenamientos vigentes comúnmente conocidos como democráticos no son ya “democracias” sin ulteriores especificaciones, sino “democracias constitucionales”. Existe un punto de vista “muy” difundido, de acuerdo al cual “democracia” denota no solo (o no tanto) el modo de formación del derecho, sino también, principalmente, el contenido del derecho mismo, incluyendo la misma práctica política (y muchas cosas más).

Sin embargo, sin importar que aquel sea el lenguaje utilizado, creo que —en virtud del principio de libertad semántica de la teoría del derecho— es más oportuno atenerse al concepto “formal” de democracia. Esto por varias razones.

Por un lado, el concepto formal de democracia es aquel propio de la tradición del pensamiento democrático moderno, de Rousseau a Kelsen, de Schumpeter a Bobbio. Por ejemplo, sería demasiado extraño borrar a la filosofía política de Rousseau de la historia del pensamiento democrático por el hecho de que en el *Contrato social* no se habla de derechos fundamentales, de rigidez constitucional y de garantía jurisdiccional de la Constitución. Igualmente, sería extraño sostener que en Francia no hubo democracia, sino hasta la época de la Quinta República, o sea, hasta la creación del Consejo Constitucional francés; que las Constituciones inglesas y americanas no son Constituciones democráticas, y que la norteamericana se volvió democrática solo en 1791 con la aprobación del *Bill of Rights*, o aún mejor, en 1803 con la creativa jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que en su decisión en el caso *Marbury* inventó la *judicial review* —el control jurisdiccional de los actos y resoluciones estatales—, y así sucesivamente.

En otras palabras, no se ve la utilidad de reconducir al concepto de democracia a instituciones que pertenecen a una tradición diversa del pensamiento: tendencialmente no democrática. La jurisdicción constitucional, en particular, es un “contrapeso” al Poder Legislativo (es un “contrapoder”), cuya justificación última se encuentra en una filosofía política que no es democrática, como aquella de Montesquieu que dice “*le pouvoir arrete le pouvoir*” (el poder controla al poder). La misma rigidez constitucional del resto del texto constitucional es una excepción al principio democrático de mayoría, desde el momento en que, cuando en una deliberación cualquiera se requiera de una mayoría calificada, es obviamente la minoría la que prevalece —en tanto la minoría no tiene facultad de decidir, pero sí de impedir la decisión—.

Por otra parte, no se ve por qué se debería compactar en un único concepto el modo de formación del ordenamiento (democracia formal) y un aspecto de su contenido normativo (derechos fundamentales), que remiten a instituciones un tanto heterogéneas, como la representación política (la conformación electiva de los órganos legislativos) y el control jurisdiccional sobre las leyes.

Finalmente, el concepto sustancial de democracia tiene la carga de disolver gran parte de los problemas, conceptuales y políticos (normativos), más delicados de la filosofía política y del constitucionalismo. Esto es especialmente cierto en el presente contexto: si se hace de la tutela de los derechos fundamentales, a través del control jurisdiccional sobre las leyes, una propiedad definitoria del concepto de democracia, la cuestión de la compatibilidad entre democracia y justicia constitucional, por esto mismo, se disuelve. Además, no solo las dos cosas resultan, sin duda, compatibles, sino que no tiene ningún sentido cuestionarse sobre sus relaciones recíprocas, puesto que son partes constitutivas de un mismo ordenamiento político.

Dicho esto, la cuestión de la compatibilidad entre democracia (formal) y justicia constitucional —como cualquier otra cuestión— puede ser discutida tanto desde un punto de vista descriptivo como desde uno normativo.

2. Desde un punto de vista descriptivo, parece obvio que —a menos que se confíe el control sobre las leyes a una segunda o tercera cámara elegida popularmente— la justicia constitucional contradice el principio democrático. Esto por dos razones, que son:

i) La primera (en verdad obvia) razón es que —como ha señalado Kelsen— el juez constitucional es una suerte de “legislador negativo”, ya que anular o desaplicar leyes prácticamente no es diferente a su derogación, y la derogación de las leyes es un componente esencial de la función legislativa.

Esto contradice no ya (o no tanto) al principio de mayoría, como se piensa comúnmente, sino más bien al principio de autodeterminación, el cual —conviene subrayarlo— implica lo siguiente:

- a) En primer lugar, la regla de especialización de la función legislativa, que es un componente de la separación de poderes (entendida como separación “rígida”).¹

¹ En el régimen de separación “rígida” de los poderes, todas las funciones estatales son “especializadas”. Una función puede considerarse “especializada” cuando es ejercida por un cierto órgano (o conjunto de ellos): 1) de modo exclusivo, y 2) enteramente. En particular, una función es especializada, esto es, constituye una atribución exclusiva de un cierto órgano, si y solo si a ningún otro órgano del Estado se le ha atribuido: i) el poder de ejercer, en todo o en parte, aquella función; ii) el poder de obstaculizar e impedir el ejercicio de aquella fun-

- b) En segundo lugar, la regla de la sujeción del juez a la ley, que implica, a su vez, el deber incondicional de aplicarla.

El control jurisdiccional sobre las leyes constituye una interferencia evidente en la función legislativa, la cual resulta así dividida entre —y compartida por— un legislador electo y un juez no electo. Por otra parte, es también evidente que si los jueces tienen el poder de anular o desaplicar la ley, entonces no están sujetos a la ley como se esperaría.

ii) La segunda (menos obvia) razón es que, de hecho, en algunos ordenamientos el juez constitucional se comporta no solo como legislador negativo, sino también como “legislador positivo”; esto es, no se limita a anular leyes, sino que crea —en positivo— normas de leyes nuevas y/o sustituye normas de leyes preexistentes, pronunciando sentencias del siguiente tipo:

- a) Queda anulada la ley “L” en la parte que “no” dispone —por ejemplo, omite establecer— la norma “N” (sentencia considerada “aditiva”).
- b) Queda anulada la ley “L” en la parte que dispone la norma “N1”, y también la norma “N2” (sentencia considerada “sustitutiva”).

Las sentencias del primer tipo tienen el efecto de introducir en el ordenamiento una norma nueva (N); en cambio, las segundas tienen el efecto de sustituir en el ordenamiento una norma (N1) con otra (N2).

Se observa que aquí no se trata de la derivación “normal”, en sede interpretativa, de normas constitucionales o legislativas tácitas a partir de normas, igualmente constitucionales o legislativas, expresas. En estos casos, el juez constitucional construye, a partir de normas constitucionales expresas o tácitas, normas legislativas no expresadas (tácitas). Si también se tratara de una derivación lógicamente convincente (pero este no es el caso), sería difícil comprender cómo podría la Constitución (eventualmente combinada con las legislativas) implicar lógicamente normas de rango legislativo.

Por otra parte, en algunos ordenamientos (entre los que se encuentra el italiano), el juez constitucional se ha autoconferido la competencia de veri-

ción, y iii) el poder de privar de eficacia los actos de ejercicio de aquella función. Cuando un órgano dispone del poder de impedir el ejercicio de una función, o del poder de anular los actos de ejercicio, los poderes no son ya separados, sino balanceados. Por ejemplo, la función legislativa es especializada, siempre y cuando: a) los jueces y el Ejecutivo no tengan el poder de producir normas (generales y abstractas); b) los jueces no tengan el poder de anular (o negar la aplicación de) actos legislativos, incluso si son inconstitucionales, y c) el Ejecutivo no tiene el poder de oponer el veto a la promulgación de los actos legislativos.

ficar la legitimidad constitucional —se nota bien— sustancial no solo de la legislación ordinaria, sino incluso de las leyes de revisión constitucional, elaborando la doctrina de los “principios supremos” (supraconstitucionales) que no pueden ser derogados o modificados, ni siquiera a través de la reforma constitucional.

También esta, naturalmente, es una grave interferencia en la función legislativa, entendida en un sentido amplio (regularmente, el órgano competente para la reforma constitucional no es otro que el mismo órgano legislativo, si bien lo hace a través de un procedimiento “agravado”).

3. Desde un punto de vista normativo, mi opinión es que se debe distinguir entre la función de legislador negativo, que es estructuralmente propia de cualquier tribunal constitucional (o de todo el Poder Judicial en un sistema de control difuso), y la función de legislador positivo, que algunos tribunales constitucionales se han, en los hechos, atribuido de manera arbitraria.

i) Personalmente, sostengo que el juez constitucional *en cuanto legislador negativo* es una institución buena para de la garantía de la libertad.

Esto por la simple razón de que el legislador negativo constituye un “freno”, un “contrapeso”, al legislador positivo: un impedimento para la “tiranía de la mayoría”.

Creo, en otras palabras, que es funcional para la garantía de la libertad la no especialización de las funciones (en particular, de la función legislativa), sino al contrario, un sistema de *checks and balances*, en el cual las funciones estén compartidas entre más órganos, capaces de frenarse mutuamente, teniendo uno de ellos —como diría Montesquieu— “faculté de statuer” (facultad de establecer), mientras el otro tiene la “faculté d’empêcher” (facultad de vetar).

ii) Por el contrario, que el juez constitucional desempeñe funciones de *legislador positivo* no tiene, me parece, ninguna buena justificación.

Las sentencias aditivas y sustitutivas no solo contradicen, de modo muy evidente, el principio de autodeterminación, sino que parecen cumplir ninguna función significativa de garantía de la libertad.

Por cuanto hace a la doctrina de los principios supremos absolutamente inmodificables, son oportunas dos observaciones.

En primer lugar, esta doctrina —puro derecho jurisprudencial— carece de fundamento jurídico alguno, ya que es simplemente absurdo que un texto normativo (la Constitución) pueda contener (o insinuar) normas jerárquicamente supraordinadas a sí mismo.

En segundo lugar, y esto es lo más importante en el presente contexto, el poder de reforma constitucional funciona como un contrapoder en las

confrontaciones de los jueces constitucionales, ya que mediante la reforma constitucional se puede revertir cualquier decisión del juez constitucional, volviendo conforme a la Constitución una ley que antes no lo era (antes de la reforma). Pero, naturalmente, este contrapoder resulta muy debilitado si la reforma constitucional puede, a su vez, ser juzgada como constitucionalmente ilegítima. He aquí que, adoptando la doctrina de los principios supremos, el juez constitucional obtiene el efecto —para mí, inaceptable— de liberarse del único contrapoder capaz de balancearlo, y de convertirse entonces en un poder supremo, que ningún otro poder puede frenar.