

## JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

Rodolfo VÁZQUEZ\*

Desde mediados de los noventa algunos autores dan constancia de lo que han denominado una “expansión global” del poder de los jueces.<sup>1</sup> En México, en particular, existen condiciones objetivas que explican tal expansión. Una de ellas es el proceso de democratización y las sucesivas reformas de 1988 y 1994 al sistema judicial, que crearon una atmósfera adecuada para problematizar el tema de la independencia judicial: 1988 resulta un año bisagra en México por la sospecha de fraude electoral y, al mismo tiempo, la generación de condiciones de competencia política; y, por la otra, porque las reformas al Poder Judicial de 1987, implementadas en 1988, ubican a este último en una relación diferente con el poder político, es decir, convierten a la Corte en un tribunal constitucional.<sup>2</sup> Unida a esta condición, comienza a percibirse un papel activo de los tribunales en la medida en que se incrementó el nivel de contenciosidad a partir de las reformas al artículo 105 constitucional, que contempla tanto las acciones de inconstitucionalidad como las controversias constitucionales. Otra condición objetiva es el redimensionamiento del Poder Judicial a partir de un cuestionamiento a fondo del principio de división de poderes: de un partido hegemónico a un gobierno dividido en las cámaras, que favorece un mayor equilibrio entre los poderes. Finalmente, compartida por muchos países de América Latina, una creciente desconfianza de la ciudadanía en los partidos políticos que ha reorientado la mi-

\* Departamento Académico de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

<sup>1</sup> Tate, Neal y Vallinder, Torjörn (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, Nueva York University Press, 1995.

<sup>2</sup> Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México, FLACSO-Fontamara, 2007, p. 124, nota 46.

rada hacia el Poder Judicial como un factor de equilibrio para la gobernabilidad democrática.<sup>3</sup>

El caso en torno a la llamada “ley televisa” puede ejemplificar algunas de las condiciones señaladas. La Corte estableció que eran inconstitucionales algunos artículos de la Ley Federal de Radio y Televisión que permitían: la expansión automática, sin trámite alguno, de los concesionarios hacia las telecomunicaciones y además sin pago de contraprestación; el refrendo automático de concesiones de radio y televisión; la subasta (y no el concurso) como mecanismo para la asignación de las concesiones; y el plazo fijo de veinte años para las mismas.<sup>4</sup> Lo interesante del caso es que el proyecto de reforma de Ley fue aprobado por unanimidad en la Cámara de Diputados; pasó a la Cámara de Senadores y en ésta logra la mayoría con la inconformidad de un grupo minoritario de senadores. Esta situación provocó una gran polémica en la opinión pública y comenzó a destaparse el lobby intenso de las dos cadenas televisivas más importantes del país con diputados y senadores. Se evidenció a un Congreso supeditado a los poderes fácticos en pleno periodo electoral.

De acuerdo con el artículo 105, la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes federales puede ejercerse, entre otros, por el 33% de los integrantes del Senado. Se alcanzó ese porcentaje y se procedió a la acción. Contra todo lo esperado, el ministro ponente hizo público su proyecto, y en el Pleno de la Corte se decide transparentar todo el proceso: los ministros reciben a las partes interesadas, escuchan a expertos en la materia y debaten frente a las cámaras del canal judicial votando punto por punto en varias sesiones plenarias. Este procedimiento inusual de la Corte generó una avalancha de artículos periodísticos y comentarios televisivos y radiofónicos justificadamente elogiosos. Uno de los artífices de la transición democrática en México expresó, después de la decisión de la Corte: “Nuestra germinal democracia creó las condiciones y requiere de una Corte constitucional. La SCJN ha empezado a transitar por esa ruta”.<sup>5</sup> Lo que quedó en claro después de todo este proceso fue la actitud oportunista de todos los partidos políticos en el Congreso y, al mismo tiempo, la necesidad de salvar ese déficit democrático depositando la confianza en los ministros de la Corte.

<sup>3</sup> Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004, pp. X y XI.

<sup>4</sup> Woldenberg, José, “La corte en democracia”, *Reforma*, 14 de junio de 2007.

<sup>5</sup> *Idem*.

La Corte asumió, como decía, el papel de equilibrador para una gobernabilidad democrática. Sin embargo, esta repentina legitimación de la Corte creó cierta amnesia en la opinión pública con respecto a fallos no muy lejanos al momento de la decisión sobre el caso de los medios en los que aquélla había mostrado más bien un rostro conservador y pragmático. La Corte se había pronunciado sobre la supeditación del derecho a la libertad de expresión a criterios holistas en términos de nacionalismo y seguridad nacional;<sup>6</sup> en un cambio de criterio, resolvió a favor de la constitucionalidad de la pena vitalicia permitiendo así la extradición a Estados Unidos de un grupo de narcotraficantes;<sup>7</sup> en una contradicción de tesis resolvió a favor de ciertos procedimientos en materia de violencia intrafamiliar en perjuicio de las mujeres afectadas;<sup>8</sup> y, sólo unos días después del fallo sobre los medios, con una interpretación literal y legalista de un precepto constitucional, negó a un órgano autónomo del Estado la posibilidad de interponer controversias constitucionales cuando se invade precisamente su autonomía.<sup>9</sup> En todos los casos, es justo decirlo, la decisión ha sido dividida y debe destacarse en varios de ellos el voto argumentado en minoría o particular de algunos ministros.

Pues bien, en este marco emergente del Poder Judicial en contextos democráticos, o mejor, en países en transición democrática o en proceso de consolidación, en el que las cortes presentan el lado oscuro y luminoso de las decisiones, aciertos e inconsistencias y en la que aún no sabe cómo reaccionar frente al debate abierto y público, que en ocasiones ella misma provoca, y reforzada la facultad de estos órganos judiciales para controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas —leyes o decretos, por ejemplo— que dictan los órganos democráticos, legislativo o ejecutivo, la pregunta parece pertinente: ¿debe asumir la Corte este papel tan relevante?

El debate, como sabemos, se ha planteado entre dos extremos: o la autorrestricción judicial a partir de la “dificultad contra-mayoritaria” —los jueces carecen de legitimidad democrática y son los menos autorizados para controlar la legalidad y constitucionalidad de las normas—; o bien, el activismo judicial y el decisionismo sin contrapesos democráticos que,

<sup>6</sup> Vázquez Camacho, Santiago (comp.), *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, México, Porrúa, 2007.

<sup>7</sup> Salazar Ugarte, Pedro, “Prisión vitalicia”, *Nexos*, núm. 354, junio de 2007.

<sup>8</sup> Zaldívar, Arturo, “Violencia intrafamiliar e indefensión”, *Nexos*, núm. 354, junio de 2007.

<sup>9</sup> Zuckermann, Leo, “Poco a poco, los partidos están matando al IFE”, *Excélsior*, 14 de junio de 2007.

pese a los riesgos, posibilitaría, entre otras cosas, la garantía de los derechos fundamentales —y de manera relevante el de las minorías— consagrados en la Constitución. Planteado de esta manera, se tiene la impresión que el debate enfrenta las posiciones en estado puro contraponiendo los antimodelos: o el tipo ideal de parlamento *vs.* una “visión apocalíptica de la jurisdicción” o el parlamento convertido “en verdaderas agencias de gestión de intereses corporativos” *vs.* el ideal de juez imparcial e incorrupto.<sup>10</sup> Esta apreciación dista mucho de la realidad y merece un análisis más detenido. Mi propósito en este ensayo es analizar la relación entre justicia constitucional y democracia y, asumiendo con seriedad la dificultad contramayoritaria, argumentar a favor de la justicia constitucional como una condición necesaria, aunque no suficiente, para la existencia de un Estado democrático de derecho. Este último entendido bajo una concepción sustantivista “débil” de la democracia.

En Hispanoamérica, el debate ha adquirido carta de ciudadanía desde mediados de los noventa a partir de las obras pioneras de Carlos Nino,<sup>11</sup> Roberto Gargarella<sup>12</sup> y Víctor Ferreres.<sup>13</sup> A éstos se han incorporado ya un sinnúmero de voces eminentes, algunas de ellas recogidas en el número inaugural de *Discusiones*.<sup>14</sup> En México, el debate comienza a desarrollarse a partir de algunos textos de Miguel Carbonell<sup>15</sup> y de Pedro Salazar,<sup>16</sup> y ha sido recogido y promovido, con la participación de varios académicos, en la revista *Nexos*.<sup>17</sup>

<sup>10</sup> Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Betegón, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Sociales, 2004, núm. 92, p. 100.

<sup>11</sup> Nino, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

<sup>12</sup> Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

<sup>13</sup> Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

<sup>14</sup> Participan en este número José Juan Moreso, Roberto Gargarella y Juan Carlos Bayón, Bahía Blanca, Argentina, noviembre de 2000.

<sup>15</sup> Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio*, México, Porrúa-UNAM, 2001; *id.*, (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

<sup>16</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2006.

<sup>17</sup> *Nexos*, núms. 329, mayo de 2005; 332, agosto de 2005; 342, junio de 2006; 344, agosto de 2006, y 354, junio de 2007.

Como sabemos, el constitucionalista estadounidense Alexander Bickel advirtió sobre la dificultad contramayoritaria con los siguientes términos:

La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema... cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora... El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia, y ésta es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático.<sup>18</sup>

En palabras del filósofo del derecho Genaro Carrió:

Cómo es posible que una ley sancionada tras amplio debate por los representantes del pueblo democráticamente elegidos, quede sometida o supeditada, en cuanto a su validez constitucional, al criterio de los integrantes de un grupo aislado, no elegidos por procedimientos suficientemente democráticos, no controlados en su actuación por los representantes del pueblo y, en la práctica institucional efectiva, no responsables ante ellos.<sup>19</sup>

Si aceptamos con seriedad esta dificultad, la pregunta a responder sería la siguiente: ¿qué razones justificarían un papel activo de los jueces en el contexto de un Estado democrático de derecho? Digo aceptando con seriedad esta dificultad, porque existen teorías que la niegan o simplemente minimizan su importancia. Tal es el caso de Ronald Dworkin cuando justifica la necesidad de la justicia constitucional porque estos jueces son los encargados de velar por las precondiciones de la democracia. Lo que esto supone es que el juez debe acertar en sus decisiones para compensar el costo democrático que supone anular una ley votada por el Congreso. Es claro que Dworkin acepta que los jueces se equivocan, pero se equivocan menos que los congresistas. La pregunta entonces es por qué los jueces se equivocan menos que los congresistas o por qué aciertan más veces.<sup>20</sup> La respuesta a estas preguntas no quedan muy claras en la propuesta dworki-

<sup>18</sup> Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962, pp. 16 y ss.

<sup>19</sup> Carrió, Genaro, "Una defensa condicionada de la *judicial review*", en Nino, Carlos *et al.*, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constiucionales, 1991, p. 148.

<sup>20</sup> Dworkin, Ronald, "Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise", *Freedom's Law*, Harvard University Press, 1996.

niana, menos aún, cuando el propio Dworkin, como hace notar Bayón, sostiene que la decisión constituyente acerca de si han de constitucionalizarse derechos como “triumfos frente a la mayoría” debe adoptarse mediante un referéndum, es decir, bajo un criterio mayoritario.<sup>21</sup>

Otro caso es el de Ernesto Garzón Valdés cuando argumenta que en regímenes democráticos se requiere que el juez “cultive una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema y, por otra, que mantenga una manifiesta imparcialidad con respecto a los conflictos de intereses que tiene que resolver”.<sup>22</sup> El juez adopta frente a las normas básicas del sistema, en términos de H. Hart, un “punto de vista interno”, que a diferencia del “punto de vista externo”, no se apoya en razones prudenciales de costo-beneficio o de negociación-compromiso. Este último es el ámbito reservado a lo político.

La pregunta, entonces, es cómo garantizar la independencia judicial si los jueces son designados, finalmente, por el poder político. Garzón menciona, por ejemplo, la elección de los jueces por un periodo determinado sin posibilidad de reelección, y no por vida; o bien la designación de los jueces con la aprobación de los dos tercios del Parlamento, y podríamos añadir otras disposiciones. Pero el esfuerzo de Garzón se concentra en la noción de *confianza*: “Con respecto a los tribunales supremos, afirma Garzón, en vez de hablar de *responsabilidad democrática* conviene utilizar el concepto de *confiabilidad judicial*”. Ésta supone el aseguramiento de ciertos límites infranqueables en lo que Garzón ha dado en llamar el “coto vedado”, y, así, la competencia de control de calidad de los tribunales supremos: “se reduce a aquellas disposiciones que afectan a los principios y derechos de lo que suelo llamar el «coto vedado» a la discusión y negociación legislativa y/o gubernamental”. Para el coto vedado vale la prohibición de reforma. Garzón ejemplifica con el artículo 79.3 de la Ley Fundamental alemana.<sup>23</sup>

La propuesta de Garzón se enfrenta a la “paradoja de las pre-condiciones”, sobre la que volveré más adelante, y al hecho de que, como bien lo

<sup>21</sup> Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 10, p. 88. Bayón cita a Dworkin en “Constitutionalism and Democracy”, *European Journal of Philosophy* 3, 1995, p. 10.

<sup>22</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “El papel del Poder Judicial en la transición democrática”, en Malem, Jorge *et al.*, *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 129.

<sup>23</sup> Garzón Valdés, Ernesto “El consenso democrático: fundamento y límites del poder de las minorías”, *Isonomía*, México, núm. 12, 2000, p. 24.

señala Bayón: “no hay ninguna razón sólida para dar por sentado que los ciudadanos en general y los legisladores en particular actúen *sistemáticamente* movidos por consideraciones de interés propio, y nunca por razones de principio que sean expresión de diferentes concepciones de lo justo”;<sup>24</sup> tal como lo han puesto de manifiesto, entre otros, Jeremy Waldron y Cass Sunstein. El punto de vista interno no es privativo, entonces, de la actividad judicial.

Finalmente, para Luigi Ferrajoli, los derechos humanos constituyen una “esfera de lo indecible”: “Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecible que* y de lo *indecible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación, sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones”.<sup>25</sup>

La Constitución atrinchera y garantiza tales derechos y no se sujeta al consenso de la mayoría:

Una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular... El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales.<sup>26</sup>

A partir de este argumento Ferrajoli justifica la justicia constitucional como garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. De nueva cuenta, nos enfrentamos aquí a la “paradoja de las precondiciones” y a la “amenaza de las mayorías”. Si esta última se constituye en una amenaza es porque Ferrajoli presupone que los derechos son por definición derechos de las minorías o de los más débiles, frente o contra las mayorías. Si bien este argumento tiene su peso, es claro que no tiene por qué ser necesariamente malo que la mayoría sea hos-

<sup>24</sup> Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 10, p. 100.

<sup>25</sup> Ferrajoli, Luigi *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 24.

<sup>26</sup> Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel *et al.*, *Estado de derecho. Fundamentos y legitimación en América Latina*, México, Siglo XXI, p. 203.

til a las pretensiones de una minoría, especialmente cuando ésta se manifiesta como injusta y socialmente dominante.<sup>27</sup>

A la pregunta que se formula Moreso: ¿está justificada la idea de primacía de la Constitución, esto es, la idea de atrincherar determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría?<sup>28</sup> La respuesta, estoy de acuerdo con él, debe ser afirmativa y en esta dirección se encaminan los autores que hemos citado. Este atrincheramiento no tiene que ver solamente con los derechos civiles y políticos, sino también con los llamados genéricamente derechos sociales.

Sin embargo, de la respuesta afirmativa a la pregunta anterior: ¿se sigue que está justificado establecer un mecanismo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes<sup>29</sup> asumiendo la dificultad contramayoritaria? Para contestar esta pregunta hay que comenzar por aceptar con Gargarella y Bayón, y contra los autores analizados más arriba, que la objeción democrática al constitucionalismo debe tomarse en serio: adoptar el control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes ordinarias supone un costo democrático por el valor intrínseco de la misma democracia constitucional, es decir, por “el derecho de todos los miembros del cuerpo político a participar en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas”.<sup>30</sup> Por lo tanto, si aceptamos este costo: ¿es necesario sostener la justicia constitucional como relevante para la construcción de un Estado democrático de derecho? Pienso que la respuesta, de nueva cuenta, debe ser afirmativa, pero para explicar el alcance de la misma me gustaría traer a la discusión las propuestas de John Ely, de Carlos Nino y de Robert Alexy.

Un buen intento en favor de una participación activa de los jueces es el de que se constituyan, como propone Ely, en *controladores del mismo procedimiento democrático*. Una concepción deliberativa de la democracia maximizará su capacidad epistémica si se cumplen algunas condiciones, como las relativas a la amplitud de participación de los afectados por las decisiones o medidas que se discuten; la libertad para expresarse en el debate y en la discusión; la igualdad de condiciones con que se participa; la exigencia de justificación de las propuestas, etcétera. Las reglas del

<sup>27</sup> Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 10, pp. 103 y 104.

<sup>28</sup> Moreso, José Juan, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones*, p. 101.

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

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 76.

proceso democrático deben estar orientadas a garantizar la mejor disposición de estas condiciones.

Ahora bien, son precisamente los jueces quienes están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goce de una presunción de validez que a efectos de justificar una decisión permita al juez poner entre paréntesis su propia reflexión individual. Los jueces, como afirma John Ely, se convertirían, entonces, en una especie de *referee* del proceso democrático. Cumplirían con una función de “limpieza de canales” que hiciera posible el cambio político y facilitase, entre otras cosas, la representación de las minorías.<sup>31</sup>

Si alguien preguntara por qué para corregir y ampliar el proceso democrático son mejores los jueces que los órganos democráticos, la respuesta sería que si el proceso está viciado, estos últimos se hallan imposibilitados para arbitrar acerca de su corrección puesto que, como resulta obvio, carecerían de valor epistémico. Que los jueces pueden equivocarse, no hay duda alguna, pero el efecto de un control judicial de índole *procedimental* consiste en promover las condiciones que otorgan valor epistémico al mismo proceso democrático. Su función sería la de preservar y promover el *proceso* mismo de participación democrática y para este propósito el juez debe asegurar un mínimo, no un máximo, de derechos y libertades individuales; precisamente aquellos derechos que hagan posible el proceso democrático: los civiles y políticos. En esta dirección se encaminan, por ejemplo, las propuestas de Bobbio, Bovero, Pintore y Salazar, liberales todos ellos, defensores de lo que conciben como una concepción “procedimental” de la democracia contrapuesta a una concepción “sustantiva” como la sostenida, por ejemplo, por Garzón Valdés, Ferrajoli, Courtis y Carbonell.

Bien vistas las cosas: “la diferencia entre las dos opciones no es sino la mayor o menor extensión del conjunto de derechos que se supone que deben ser concebidos como precondiciones de la democracia”.<sup>32</sup> Es decir, el debate no opera en términos de la oposición entre democracia procedimental y democracia sustantiva, sino entre dos versiones de la democracia sustancial: una “fuerte” que extiende la consideración de los derechos

<sup>31</sup> Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980. Véase Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 694 y 695.

<sup>32</sup> Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 10, p. 81

hasta incluir los derechos sociales, y otra “débil”, que considera únicamente los derechos civiles y políticos. Hecha esta aclaración, para Bayón, entonces, el problema de unos y otros es enfrentarse a la paradoja de las pre-condiciones de la democracia: en el extremo “el procedimiento democrático alcanzaría su valor pleno cuando apenas quedaran cuestiones sustanciales que decidir por mayoría”.<sup>33</sup>

Lo que no alcanzo a percibir en la crítica de Bayón es por qué la paradoja de las pre-condiciones debe proceder con respecto a la versión sustantiva “débil” de la democracia, como sí parece que debe hacerlo con respecto a la versión sustantiva “fuerte”. La versión sustantiva “débil” comprometería con la justicia constitucional en tanto necesaria para preservar esos prerequisites mínimos —los derechos civiles y políticos—, pero dejaría un amplio margen para cuestiones sustanciales —precisamente las que se relacionan con los derechos positivos al bienestar económico y social— a decidir por mayoría o mediante el concurso de los legisladores con la justicia constitucional. Y la razón me parece obvia: los problemas de justicia distributiva que tienen que ver directamente con el bienestar de la población, especialmente de los más necesitados, no pueden reservarse exclusivamente a los “tiernos favores del Poder Judicial”.<sup>34</sup> Más aún, como afirma Ackerman: “Incluso si una corte constitucional estuviera dispuesta a tomar en serio tales garantías textuales, los jueces carecerían de la capacidad terapéutica para ordenar las grandes apropiaciones presupuestales necesarias para transformar los “derechos positivos” en realidades sociales;<sup>35</sup> pero, sobre todo, porque:

Una rígida protección jurisdiccional de ese tipo de derechos sociales<sup>36</sup> abocaría al Poder Judicial a decidir explícita o implícitamente sobre la conformación y desarrollo del proceso de producción o distribución de recursos, y

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>34</sup> Véase Ackerman, Bruce, *La nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 119 y ss.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>36</sup> El autor se refiere en este párrafo —y la distinción me parece pertinente— a los derechos sociales como derechos prestacionales, distintos a los derechos sociales como libertades. Con respecto a estos últimos, como el derecho a afiliarse libremente a los sindicatos o el derecho de huelga, su reconocimiento en el texto constitucional, al igual que con los derechos civiles y políticos, va acompañado por la atribución a los titulares, cuyo derecho ha sido violado, de un procedimiento jurídico especial (un recurso de amparo, por ejemplo) ante una jurisdicción también especial.

ello —dejando a un lado las cuestiones de eficiencia que plantearía esta más que discutible “elaboración judicial del presupuesto”— entraría directa o indirectamente en contradicción con el principio democrático. Sería la superposición de ciertos derechos sociales al procedimiento democrático, el establecimiento de ciertos límites de política económica a la capacidad de sufragio como instrumento de diseño y puesta en práctica de un programa económico apoyado en la mayoría de los ciudadanos.<sup>37</sup>

Las advertencias de Ackerman y de Laporta son correctas, pero no deben llevarnos a la conclusión de que más valdría no contemplar los derechos sociales en la carta constitucional. Lo que importa destacar es que la garantía de estos derechos debe ser una tarea compartida por el Poder Judicial y por el órgano de representación popular. Para estos derechos el control abstracto de inconstitucionalidad de la ley emanada no debe concluir *ipso facto* en la declaratoria por parte del órgano constitucional de la invalidez e inaplicabilidad de la misma. Esquemas como los adoptados por Canadá en términos de un reenvío o el de Nueva Zelanda,<sup>38</sup> así como un diseño institucional que contemple la creación de algún órgano autónomo no judicial que se ocupe de la protección efectiva de los derechos sociales parecen ser alternativas más compatibles con las demandas democráticas.

Ahora bien, la posición de Ely —quizá a su pesar— todavía da otro paso hacia una versión más sustantiva que “procedimental” de la democracia. Además de los derechos de participación en el proceso político se debe asegurar otro tipo de derecho: el derecho a no ser discriminado. Ely piensa que la democracia se basa en el principio de igual consideración y respeto de las personas. La regla democrática es expresión del principio igualitario, que está en la base de la democracia, y del cual es posible derivar el derecho a no ser discriminado, e incluso, los mismos derechos de autonomía individual: hay una unidad de fondo entre liberalismo y democracia. De esta manera, el procedimiento democrático no se valora meramente por su mayor o menor valor instrumental, sino en sí mismo. El principio de no discriminación, el derecho a no ser discriminado, se constituye entonces en una precondition de la democracia.

<sup>37</sup> Laporta, Francisco, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en Betegón, Jerónimo *et al.*, *Constitución y derechos fundamentales*, p. 317.

<sup>38</sup> En Nueva Zelanda, desde 2001, el Human Rights Review Tribunal puede emitir “declaraciones de incompatibilidad” de una ley con el Bill of Rights, sin invalidarla ni inaplicarla.

De acuerdo con Carlos Nino, el argumento de la custodia de la autonomía de los individuos<sup>39</sup> se sustenta sobre el valor epistémico de la democracia, dado principalmente por la inherente tendencia hacia la imparcialidad que tiene un procedimiento de discusión amplio y con idénticas posibilidades de participación. Según Nino, si aceptamos que existen dos tipos de principios morales posibles: los *intersubjetivos* (públicos), que valoran una conducta por sus efectos en los intereses de otros individuos; y los *autorreferentes* (privados), que valoran una acción por los efectos en la propia vida de acuerdo con ideales de excelencia humana, entonces, el principio de imparcialidad y, por lo tanto, el valor epistémico de la democracia, no se aplica con respecto a las acciones autorreferentes o privadas, dado que la validez de un ideal de excelencia humana no depende de que sea aceptable por todos en condiciones de imparcialidad. Siendo así, los jueces no tienen razones para observar una norma jurídica de origen democrático que esté fundada en ideales personales, debiendo revisar y si es el caso descalificar las leyes y otras normas democráticas de índole *perfeccionista* que pretendan imponer ideales de virtud personal. Las cuestiones de moral privada pertenecen al ámbito del “coto vedado”, que los jueces deben garantizar.

Por último, con respecto a Alexy, piensa este autor que para conciliar el control de constitucionalidad con la representación democrática se debe analizar el concepto de “representación argumentativa” en el marco de un constitucionalismo discursivo. Éste empieza con los derechos fundamentales y continúa con la ponderación, el discurso y el control de constitucionalidad.<sup>40</sup>

Alexy parte de un modelo de democracia no exclusivamente decisionista, sino también argumentativa, es decir, de una democracia deliberativa: “la relación entre el pueblo y el parlamento no debe estar únicamente determinada por las decisiones expresadas a través de las elecciones y los votos sino, también, mediante argumentos”. A diferencia de la representación parlamentaria, que es al mismo tiempo decisionista y discursiva, la representación del pueblo en el tribunal constitucional es puramente argumentativa. Pero ¿cuáles serían las condiciones de una verdadera

<sup>39</sup> Nino, Carlos S., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en varios autores, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 97 y ss.

<sup>40</sup> Alexy, Robert “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004*, México, Fontamara, 2005, pp. 89 y ss.

representación argumentativa para no caer en idealizaciones y no declarar cualquier argumento como un argumento de representación del pueblo? Para Alexy, existen dos condiciones fundamentales:

(1) la existencia de argumentos correctos y razonables y (2) la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables, por la mera razón de que son correctos y razonables... Si existen los argumentos correctos y razonables, así como, también, personas racionales, la razón y la corrección estarán mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control.<sup>41</sup>

Una ciudadanía activa, que incluye a los responsables de los medios de comunicación y, por supuesto, a la comunidad académica y universitaria, resulta idónea para la aceptación racional y razonable de la argumentación judicial. Sólo así se garantizaría la legitimidad de la actuación judicial. Las herramientas a disposición de los jueces para lograr tal legitimidad serían: “la transparencia y publicidad de su actuación, la calidad argumentativa de sus decisiones, la independencia de criterio, el desarrollo de una jurisprudencia sobre derechos fundamentales, y la sensatez de su posicionamiento frente a cuestiones que susciten el debate de la opinión pública”.<sup>42</sup>

Es en este reconocimiento de la actividad de los jueces constitucionales, en tanto especialistas en el análisis de los derechos fundamentales sin distracción alguna con otras funciones, y en tanto obligados a motivar y fundamentar con calidad sus decisiones, que descansa el criterio de corrección que permite determinar por qué se deba presumir que ellos aciertan más que los congresistas.

En síntesis, y para concluir, a la pregunta: ¿cuál es el grado de deferencia hacia el legislador por parte del órgano encargado del control? Respondemos: si partimos de la defensa de una democracia sustantiva “débil” y entendemos que el puro y simple mayoritarismo, que niega toda precondition de la democracia, resulta totalmente implausible;<sup>43</sup> si distinguimos entre el ámbito de lo privado y lo público y situamos en un

<sup>41</sup> *Ibidem*, pp. 102 y 103.

<sup>42</sup> Courtis, Christian “La legitimidad del Poder Judicial ante la ciudadanía”, *Nexos*, núm. 329, mayo de 2005, p. 37.

<sup>43</sup> Véase, *ibidem*, pp. 80 y 81.

coto vedado los derechos derivados de la autonomía personal; si entendemos que los derechos de participación política suponen una precondition fundamental que es el derecho a no ser discriminado; y entendemos que tales derechos debemos atrincherarlos constitucionalmente para hacer posible el proceso democrático, entonces la custodia de los mismos supone —con una comprensión adecuada de la independencia judicial— un control judicial rígido y una intervención activa de los jueces que con base en ella, favorezca, ahora sí, el diálogo institucional incrementando la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones.

Con todo ello lo único que se está afirmando es que ciertos derechos deben salvaguardarse para que un sistema califique de democrático, pero esto no es suficiente aún para que un sistema político pueda calificarse de globalmente justo. Como sostiene Bayón y haciéndose eco de una frase de Frederick Shauer:

Esto, al menos, tiene la inapreciable virtud de plantear los problemas con claridad: nos presenta a la democracia sólo como uno de nuestros ideales políticos, no la identifica sin más con la justicia, y permite por tanto afirmar que un sistema político perfectamente democrático puede producir resultados profundamente injustos. Las concepciones sustanciales, en cambio, tienden a hacer de la democracia “un agujero negro en el que se funden todas las virtudes políticas.”<sup>44</sup>

<sup>44</sup> Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 10, p. 83.