

## CONSTITUCIONALISMO, PODER Y LEGITIMIDAD

José Luis STEIN VELASCO

*El derecho constitucional es la confrontación del hombre en su época, es la lucha constante por llevar una vida humana, es decir una vida con libertad, con igualdad y con dignidad.*

Jorge Carpizo

El poder es sustancia vital de todo sistema político. Lo que distingue a unos de otros sistemas es el conjunto de valores, principios, fórmulas, instituciones y mecanismos a través de los cuales el poder se adquiere y se ejerce. En el mundo contemporáneo, un sistema político moderno tiene como fundamento y columna vertebral de su estructura, organización y conducta al Estado constitucional.<sup>1</sup> Su importancia se refleja en las palabras de Ulrich Karpen, profesor de la Universidad de Hamburgo, que señala con firmeza que “El Estado constitucional... es la institucionalización más exitosa de la libertad política en la historia de la humanidad”.<sup>2</sup>

El Estado constitucional moderno garantiza el imperio de la ley. Su orden jurídico se deriva de la Ley Suprema, es decir, de la Constitución. En este orden, las normas jurídicas deben estar dirigidas a desarrollar importantes funciones, como organizar al gobierno y a la sociedad; asegurar la impartición de la justicia y garantizar la seguridad del individuo.

1 M. J. C. Vile señala que la historia del desarrollo constitucional es la historia del intento —a menudo dudoso y vago— por articular al gobierno en forma tal que una estructura particular juegue un papel dominante o importante pero no exclusivo en la ejecución de una función determinada. Por tanto, ha habido un consciente y deliberado intento para articular la estructura y función en una manera que pudiese reflejar ciertos valores en la operación del gobierno. En *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, Clarendon Press, 1967, p. 329.

2 Karpen, Ulrich, “La importancia del marco jurídico para el desarrollo democrático”, en *Contribuciones* 1/93, p. 110.

En este orden, la ley rige la relación entre individuo y gobierno, entre las mismas autoridades y entre los mismos individuos. Por lo que toca a la aplicación de la ley, el reconocido constitucionalista A. V. Dicey, en su obra *Introduction to the Study of the Constitution*, señaló desde finales del siglo XIX dos características que hoy en día siguen siendo pilares de todo Estado moderno de derecho:

1. Ningún hombre esta por arriba de la ley, es decir, cada hombre está sujeto a la ley.

2. Ningún hombre puede ser castigado o sufrir pena sobre su cuerpo o bienes, salvo que haya cometido una violación a la ley y así lo determinen a través de un proceso las autoridades competentes.<sup>3</sup>

En el constitucionalismo moderno se conjugan y se da aplicación a elementos que son premisas fundamentales del pensamiento democrático y del pensamiento liberal, respectivamente. Por una parte está el gobierno de la mayoría y, por otra, la libertad del individuo y la protección de las minorías.<sup>4</sup> En consecuencia, el constitucionalismo moderno debe entender como un constitucionalismo democrata-liberal.

El Estado constitucional moderno impone obligaciones fundamentales como el respeto a los derechos humanos, la división de poderes, la representación popular, la protección del ciudadano frente al abuso, arbitrio e impunidad gubernamentales.

La vida del Estado constitucional moderno depende de otros importantes elementos, mismos que por su propia naturaleza son por demás complejos y dependientes de variables con igual característica. Entre ellos destacan los siguientes:

— Una cultura de justicia, libertad, tolerancia y capacidad para alcanzar consensos y compromiso para llevarlos a cabo. Todo ello debe estar enlazado a un gobierno con credibilidad y fuerza moral.

— Una sociedad plural, solidaria y organizada en torno a los intereses de la nación. El Estado de derecho difícilmente podría subsistir en una sociedad profundamente fragmentada.

— Unos medios de comunicación que ejerzan efectivamente la libertad de expresión, con respeto a las libertades de otros.

— Una disminución sustancial de los rezagos sociales y diferencias de ingresos entre los miembros que integran una sociedad. Este elemento, sin duda alguna,

3 Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Constitution*, London, Macmillan, 1939, pp. 188-195.

4 Karpen señala que "El Estado constitucional y democrático garantiza la libertad y reúne la libre autodeterminación individual y personal así como la protección contra el dominio arbitrario, con libertad y cogestión, es decir, participación del ciudadano a través del voto popular y de la administración pública. El Estado de derecho democrático no descansa exclusivamente en una de ambas nociones de libertad. Por el contrario, en su esencia busca mantener los dos principios en un estado de equilibrio, confiriéndoles vigencia a ambos para que sirvan de recíproco apoyo y complemento", *op. cit.*, p. 110, también ver la página 112 para otros comentarios al respecto.

alcanza mayor complejidad que los anteriores. Su importancia es advertida con mucha frecuencia y preocupación tanto por académicos como por políticos.<sup>5</sup>

El constitucionalismo, por su propia naturaleza, está compenetrado y pone especial atención en tres cuestiones:

1. ¿Cómo deben obtener el poder quienes lo intentan detentar?
2. ¿Cómo debe ser ejercido el poder?
3. ¿Cómo debe ser dirimido todo asunto relativo al abuso del poder?

En la sustancia de cada una de estas preguntas hay un elemento común, que asimismo las enlaza íntimamente: la legitimidad del poder. Por principio, un sistema constitucional requiere para su establecimiento, operación, permanencia y consolidación, de legitimidad. En virtud de la propensión hacia el acumulación del poder presente en la naturaleza humana, y de la vulnerabilidad de toda ley y mecanismo que intente impedirlo, la legitimidad del poder gubernamental en el mundo constitucional moderno debe ser materia de atención permanente y prioritaria.<sup>6</sup>

Una de las primeras preguntas que pueden presentársele al interesado en el tema, es respecto a cuáles son los elementos necesarios de la legitimidad. Diversos autores coinciden al encontrar los siguientes:

- a) la legalidad;
- b) la congruencia entre los valores y creencias que prevalecen en una sociedad con el orden jurídico que la rige, y
- c) el consentimiento popular.

La legalidad en sí misma depende en primer término de la aceptación que una sociedad hace de un orden y reglas constitucionales que gobiernan el acceso al poder y su respectivo ejercicio. Las normas constitucionales de un Estado moderno comprenden los medios institucionales para hacer posible la formación y funcionamiento de un gobierno; es decir, establece las bases conforme a las cuales se legitima el ascenso y actuar de un gobierno. Las distintas instituciones políticas, a través de las cuales se divide y distribuye el ejercicio del poder, pueden ser evaluadas a la luz de la manera y grado en que ellas incorporan o dan efecto a determinados requisitos que conforman la legitimidad.

5 Las palabras del profesor alemán Karpen son ilustrativas al respecto: "La estabilización del Estado constitucional exige fundamentalmente mejoras económicas. Los politólogos han llegado a la conclusión que, por abajo de un producto bruto social de seis mil dólares per cápita, es imposible preservar la democracia y el Estado de derecho de modo permanente ante situaciones de crisis.. cuando lo que está en juego es la sobrevivencia misma, las consideraciones que hacen al orden jurídico y orden político pasan a segundo plano. Para que el Estado constitucional democrático funcione hace falta contar con alimento suficiente, una moneda estable, economía social de mercado y justicia social", *op. cit.*, p. 114. Para conocer algunos argumentos relativos a la dependencia económica de unos países de otros y sus efectos en el ámbito político, ver: C. K. Wilbere. *The Political Economy of Development and Underdevelopment*, New York, Random House; Szentes, T., *The Political Economy of Underdevelopment*, Budapest, Akademiai Klado, 1983.

6 Para un interesante análisis del Estado con base en conceptos de poder, derecho y legitimidad, ver: Dyson, Kenneth, *The State Tradition in Western Europe. A Study of an Idea and Institution*, Oxford, Martin Robertson, 1980, pp. 117 a 134.

Por sí misma, la validez de la ley no es suficiente para construir en su totalidad a la legitimidad, desde el momento en que las propias leyes requieren de una justificación respecto a su legalidad. Siempre habrá ocasiones que lleven a preguntar sobre el porqué de ciertas leyes y sobre el qué les otorga validez. Tales cuestionamientos ocurren, por ejemplo, cuando hay conflictos sobre la interpretación de una ley, o cuando cambios sociales o económicos de relevancia reclaman reformas principalmente sobre la propia Constitución, o bien cuando se da la violación a la ley por individuos que detentan el poder gubernamental y ellos intentan justificar su acto refiriéndose a razones o fuentes de autoridad a las que les atribuyen una superioridad.

Por ello, el poder es legítimo en la medida que las leyes que rigen su adquisición y funcionamiento encuentran congruencia, sustento y justificación en los valores y creencias predominantes de una sociedad. Las normas referidas carecerán de legitimidad en la medida que ellas no se justifiquen respecto a tales valores y creencias o porque cambios en esos valores y creencias resten apoyo o sentido de ser a esas normas.<sup>7</sup>

La forma en que un gobierno surge de la legalidad y se mantiene dentro de ella, es a través del cumplimiento y respeto de los límites impuestos al poder por el orden constitucional. De esta forma encontramos uno de los elementos esenciales de todo gobierno constitucional moderno: poder legítimo es poder limitado. Consecuentemente, uno de los caminos por los que se pierde la legitimidad es la violación de esos límites, ya sea por comisión o por omisión al mandato de la ley. Entre estos límites, por ejemplo, destacan dos grupos: el respeto a las decisiones fundamentales sobre las que se estructura el sistema político-constitucional,<sup>8</sup> y el sometimiento al orden normativo de limitaciones específicamente establecido.

El orden constitucional necesita de un firme y estrecho vínculo con la sociedad.<sup>9</sup> Las normas constitucionales deben ser acordes con los principios fundamentales que son reconocidos como válidos dentro de una sociedad. Sin una congruencia de esos valores y creencias con las leyes a través de las cuales se obtiene el acceso y se ejerce el poder, la conducta del ciudadano podría reflejar distintas manifestaciones desde la indiferencia al orden constitucional conllevando una ausencia de convicción para comprometerse a su cumplimiento, hasta la oposición al mismo por caminos de la violencia. De esta forma, la adquisición y ejercicio del poder, a pesar de contar con una validez formal, un gobierno puede carecer del apoyo ciudadano y ver cuestionada su legitimidad, debido al propio divorcio que ocurra entre la norma y la realidad social. Por el contrario, el orden

7 Stein Velasco, José Luis, "Reformas Constitucionales", en *El Financiero*, octubre 9, 1991; "Constitución y realidad", en *El Financiero*, noviembre 27, 1991.

8 Rothschild, "Observations on political legitimacy in contemporary Europe", en *Political Science Quarterly*, 92, 1977, pp. 490-491.

9 Ver Ball, Alan R., *Modern Politics and Government*, The Macmillan Press Ltd., 1981, p. 31.

constitucional convalidará la legitimidad del gobernante en la mayor medida que responda a valores y creencias predominantes. Consecuentemente, por ejemplo, en una sociedad donde prevalecen valores democrático-representativos, el orden constitucional tendrá que incorporar normas que aseguren, protejan y promuevan la elección popular.

Este último punto está asimismo enlazado íntimamente con otro elemento fundamental de la legitimidad: el consentimiento popular. En el mundo constitucional moderno, es virtualmente imposible para un gobierno obtener su legitimidad si la fuente de su poder es otra distinta al pueblo mismo que pretende gobernar, y si el acceso al ejercicio del poder no fue a través del sufragio universal. Es decir, para ser legítimo un gobierno, el constitucionalismo moderno impone el reconocimiento a la soberanía popular, así como el consenso de la mayoría ciudadana.<sup>10</sup> De esta forma, el orden normativo constitucional debe incorporar elementos y mecanismos para la participación y representación popular que sea producto del propio consenso de la sociedad y sus fuerzas políticas, sobre las cuales se van a aplicar.

La elección popular incorpora dos premisas:

1. Nadie está capacitado para dar un consentimiento en representación de otro, excepto cuando goza de la autorización concreta para ello por parte del interesado directo, y

2. La presencia de alternativas para elegir.

En el mundo constitucional moderno, la elección política ciudadana y la presencia de alternativas se complementa y fortalece con la operación de derechos fundamentales como son el de la libertad de expresión y de asociación. La decisión ciudadana a través del voto electoral se traduce en el apoyo a favor de una propuesta de gobierno y conlleva al reconocimiento del gobierno que triunfó a través del proceso previsto al efecto. Esto último no incluye solamente a la mayoría cuya voluntad favoreció al ganador en cuestión. También incluye a la minoría derrotada en la contienda electoral que a través de su participación aceptó indiscutiblemente las reglas a través de las cuales se obtendría un resultado. Resultado que, por supuesto, sea fruto del apego fiel a las normas que rigen al proceso electoral en cuestión y no de irregularidades sustantivas o violaciones a la ley correspondiente.<sup>11</sup> Cabe destacar, consecuentemente, que el resultado

<sup>10</sup> Ball señala que el derecho del gobierno a actuar esta legitimado con la presencia de una condición del pensamiento liberal democrata: la soberanía popular, en *Modern Politics and Government*, cit., p. 248. Asimismo, conviene tener presentes las palabras de J. A. Schumpeter, referidas a la democracia: "The principle of democracy then merely means that the reins of government should be handed to those who command more support than do any of the competing individuals or teams... Democracy means only that the people have the opportunity of accepting or refusing the men who arr to rule them... [by] free competition among would-be leaders for the vote of the electorate". En *Capitalism, Socialism and Democracy*, London, George Allen and Unwin Ltd., 1981, pp. 273 y 284-285.

<sup>11</sup> Ver Plamenatz, John, *Man and Society*, vol. 1, 1963, p. 239. Este autor sostiene esta opinión de la siguiente forma "When you vote for a person or a party that wins an election, you directly consent to his or their authority.

electoral, producto de un proceso sometido en todo momento a la aplicación de la ley, coloca a todo rechazo de su reconocimiento en una posición de ilegitimidad. De la misma manera que el fraude electoral afecta a la vida democrática, también la erosionan las acusaciones sin apego a la verdad, la descalificación sin fundamento jurídico y la ausencia de pruebas fehacientes respectivas.

Necesariamente cualquier consideración sobre la legitimidad del poder, obliga a hacer referencia a las causas que lesionan o rompen el orden constitucional. Particularmente a las provocadas por quienes intentan detentar el poder o lo ejercen gubernamentalmente.

Una primera causa de irregularidades o violaciones del orden constitucional puede darse en la adquisición de transferencia del poder. Este fenómeno encontrará tierra fértil cuando las propias reglas que rigen a esos procesos respectivamente, son materia de descrédito, inconformidad o pugna entre los ciudadanos y sus fuerzas políticas y, por tanto, tienen débil o nulo apoyo por parte de una mayoría de la sociedad. La confianza de la sociedad en el orden constitucional, así como en las instituciones e individuos que le dan operación, puede verse seriamente afectada cuando una sección de la población estima que las leyes y proceso electoral están establecidos y operan en forma tal, que les es imposible tener acceso al ejercicio del poder gubernamental. De igual forma ocurre cuando hay barreras o la capacidad es muy limitada para sustituir al gobierno o a quienes lo integran y que han incumplido en sus responsabilidades. También la confianza en ese orden puede verse mermada cuando hay un sentimiento extendido o la convicción de que un cambio de gobierno no traerá mejora o solución alguna a causa de que sólo significará un cambio de nombres, pero que en esencia el gobierno seguirá estando en manos del mismo grupo que incumplió. Asimismo, la confianza en el orden constitucional puede verse afectada cuando el gobierno denota una actuación parcial en favor de ciertos intereses y se remite a conceder a su conveniencia particular una participación en el ejercicio del gobierno, sin reconocer y responder a la fuerza real de grupos competidores por el poder.

Un sistema electoral propio de un orden constitucional moderno debe tener como uno de sus fundamentos esenciales a la competencia entre partidos y ser vehículo eficiente para permitir la remoción de aquellos representantes populares que con sus conductas y actos han provocado la desconfianza, incredulidad o rechazo de la sociedad. Cabe en este momento hacer algunas consideraciones en torno a la competencia partidista y la legitimidad de la adquisición y ejercicio del poder. La competencia partidista puede producir efectos negativos cuando el

Even if you dislike the system and wish to change it, you put yourself by your vote under an obligation to obey whatever government comes legally to power under the system and this can properly be called giving consent. For the purpose of an election is to give authority to the people who win it and if you vote, knowing what you are doing and without being compelled to do it, you voluntarily take part in the process which gives authority to those people".

orden constitucional no impide que ella ocurra con un carácter maximalista. Es decir, cuando la competencia partidista se dé condicionada al todo o nada del ejercicio del poder. En un contexto de esa naturaleza, el triunfo o derrota electoral son determinantes, porque otorgará a sólo un grupo el ejercicio exclusivo del poder. Si ésta es una consecuencia de la contienda electoral, habrá entonces un sustancial costo para otros intereses económicos, políticos o sociales, como también étnicos, religiosos o culturales. Consecuentemente, no es de sorprender que los partidos oponentes asuman conductas y acciones que puedan ir desde una oposición en diversos grados al resultado electoral en cuestión, hasta la utilización de estrategias previas y posteriores al resultado que conlleven a la puesta en duda del resultado electoral y, con ello mismo, al cuestionamiento sobre la propia credibilidad y legitimidad del gobierno electo.

El anterior fenómeno invita a reflexionar sobre la conveniencia de la inclusión en órdenes constitucionales de mecanismos y fórmulas que minimicen los efectos de la derrota sobre los partidos perdedores. Ya sea a través de su incorporación en alguna forma en el ejercicio del poder, o garantizándoles a través de algún medio institucional el poder ser escuchados e influir de manera real y efectiva, en la toma de decisiones y adopción de políticas públicas. Por supuesto, el Poder Legislativo es una institución que formalmente puede brindar una respuesta a esta idea. Sin embargo, éste no podrá dar una respuesta eficiente cuando por las particulares condiciones políticas en algún país, su fuerza se encuentre debilitada. En este sentido puede contribuir el hecho de que el Poder Legislativo en cuestión, guarde una relación de sumisión frente al Ejecutivo. Cabe destacar que la operación efectiva de un sistema federal también puede brindar una respuesta, al permitir que los poderes locales se integren por miembros con una afiliación partidista distinta al federal. Asimismo, aun en los sistemas políticos con una sólida independencia del funcionamiento del Poder Legislativo respecto al Ejecutivo, el orden constitucional en cuestión puede facilitar la mayor participación de un partido político en el Congreso, diverso a otro en el Poder Ejecutivo. Sin riesgo a equivocación puede afirmarse la necesidad de mayores acuerdos de participación en el ejercicio del poder, en sociedades donde se hacen presentes graves problemas de orden étnico o religioso.

La aplicación eficaz de instrumentos como los referidos contribuirá a reducir los efectos de la derrota electoral sobre los perdedores y podrá promover una voluntad para aceptar el triunfo logrado con absoluto apego a las normas correspondientes, sin tener que recurrir al cuestionamiento de la legitimidad del proceso y del propio orden constitucional como fórmula de defensa de los intereses de un partido político.

En el mundo constitucional contemporáneo, se toma como premisa esencial la idea de que el Estado debe garantizar las condiciones en que el interés general de la sociedad prevalezca sobre el de particulares y sus agrupaciones. En

consecuencia, la actuación gubernamental caracterizada por su parcialidad, favoritismo o corruptibilidad, en beneficio de intereses particulares o sectoriales, puede tener complejas implicaciones. La parcialidad y la corrupción no son males exclusivos de un sistema político, ellos existen en todo tipo de sistemas políticos. Ellos pueden ocurrir en menor grado, o bien, en forma crónica.

En un orden constitucional, la ausencia o presencia de mecanismo para frenarlos y reparar los daños provocados por su comisión, así como para proceder contra quienes los cometen, puede tener un fuerte impacto social sobre el fortalecimiento o debilidad de la credibilidad y legitimidad del gobierno. Es importante enfatizar que las diversas fallas para responder al interés general, ya sea por incompetencia, parcialidad o corrupción, son errores adjudicables en primera instancia al gobierno en turno y no al sistema constitucional. El propio orden constitucional debe contar con medidas eficaces para evitar que todo descrédito social provocado por tales hechos no lo contamine. Una de esas medidas, por ejemplo, es la sustitución de gobiernos y líderes por otros con autoridad moral y confianza popular a través del sufragio. Al respecto es necesario preguntar bajo qué circunstancias el sistema constitucional se puede ver afectado por el descontento provocado por las anomalías en cuestión al grado de darse la convicción de que el interés general no puede ser protegido por el mismo. Una de esas situaciones ocurre, por ejemplo, cuando los procedimientos para la sustitución de gobiernos no son respetados por los detentadores del poder y carecen consecuentemente de credibilidad social. Asimismo, la actuación parcial o corrupta de una autoridad gubernamental a favor de intereses particulares o sectoriales puede tener efectos de mayor proporción cuando concretamente se afectan los intereses de otros grupos de la sociedad y si tales grupos están suficientemente organizados y con la fuerza suficiente para presentar una oposición que puede manifestarse a través de actos que van desde simples marchas hasta sublevaciones armadas.

Tomando en consideración lo anterior, se pueden hacer algunas ejemplificaciones. La parcialidad o corrupción para otorgar contratos de obra pública, en condiciones de ganancias por arriba de los márgenes comunes, tienen en cierta forma la ausencia de un afectado o víctima directa y sus costos se diluyen en la masa de contribuyentes. Este hecho produce más una indiferencia de la sociedad que en realidad una tolerancia frente a tales ilícitos. Sin embargo, cuando la parcialidad o corrupción es llevada a cabo por individuos que son identificados por su cercanía con el titular de un gobierno, que permiten o impiden autoritariamente el acceso a oportunidades de participación tanto en el ámbito social y político como en el económico en favor de individuos con quienes se guarda un interés personal, y conceden cargos públicos de acuerdo con su interés particular, entonces pueden verse afectados directamente otros miembros y sectores de la sociedad. En ese contexto, el costo puede recaer en individuos y grupos concretos.

Si los afectados pertenecen a un grupo o sector de la sociedad donde se congregan intereses económicos, políticos sociales, o bien de carácter étnico, religioso o territorial, entonces la parcialidad o corrupción en cuestión podrá dar lugar a un enfrentamiento de intereses, con la respectiva protesta y oposición de los afectados y excluidos.<sup>12</sup> En esta misma situación se pueden encontrar los órdenes constitucionales en donde el gobierno favorece la atención de intereses externos en lugar de anteponer los nacionales.<sup>13</sup> En cada caso, la conducta irregular violatoria de los límites que el propio orden constitucional impone al ejercicio del poder dará lugar a que los miembros de la sociedad asuman distintas actitudes y caminos al respecto. De acuerdo con la observación empírica, ellos podrán incluir desde la acción legal correspondiente a través de los órganos jurisdiccionales competentes, o la protesta social organizada que puede alcanzar el uso de actos violentos.

Sobre estos últimos puntos, es decir, la protesta social organizada y el uso de la violencia por miembros de la sociedad, puede hacerse una observación adicional. La presencia de ese fenómeno en un orden constitucional, tiene una implicación particular para la propia legitimidad, partiendo de la respuesta del gobierno que detente el poder. Uno de los recursos que puede adoptar tal gobierno es el de la coerción o represión para intentar acabar con la protesta organizada o violenta de miembros de la sociedad. Otro es la búsqueda de acuerdos de solución a través del diálogo y la concertación políticas. En el supuesto del uso gubernamental de las fuerzas públicas para intentar acabar con problemas de esa naturaleza, el resultado sobre la legitimidad puede ser más de debilitamiento que de fortalecimiento, especialmente cuando hay evidencias fundadas de violación de derechos humanos. Paradójicamente, sin embargo, la ausencia del uso de la fuerza pública para acabar con actos violentos también puede fomentar cuestionamientos sobre la fortaleza gubernamental y dar lugar a problemas de credibilidad en las autoridades, lo que incidirá en una u otra forma sobre la propia legitimidad desde el momento que un sector puede acusar al gobierno de no atender el interés general que demanda un alto a los actos violentos que cometen otros miembros de la sociedad. Puede señalarse que en el Estado moderno hay una profunda diferencia de opiniones respecto a la forma, situación y condiciones del ejercicio práctico del poder, que constitucionalmente tiene conferido un gobierno para hacer uso de las fuerzas públicas armadas.

Por otra parte, en un contexto donde los detentadores del poder privilegian al interés particular en sacrificio del general, los principales agentes de transformación política pueden ser las masas populares organizadas y actuando a través de un partido político u otro tipo de asociación política.<sup>14</sup> Ahora bien, cuando la

12 Ver la obra de Szefstel, M., *Corruption*, London, Pinter, 1983.

13 Rothschild, *op. cit.*, 1977, pp. 490-491.

14 Ball, Alan R., *op. cit.*, p. 187.

legitimidad es afectada por el incumplimiento o deformación gubernamental de los intereses generales y a ello se suma una división y pugna entre partidos, que les impide llegar a consensos y acuerdos sobre cuestiones fundamentales del interés general de la sociedad conforme a los cuales construir la unidad y cohesión social, pueden surgir actores en ese escenario que reclamen el ejercicio del poder en defensa del interés general, mismo que por las condiciones existentes está siendo expuesto o desatendido. La historia de varios países da evidencia de uno de esos principales actores y del recurso utilizado para llegar a ese escenario: el ejército o parte de él, a través de un golpe de Estado.<sup>15</sup>

En el constitucionalismo moderno se asume no sólo que el poder tiene límites, sino también la existencia de una institución a la cual todo individuo pueda recurrir para presentar su causa contra violaciones a esos límites del poder. De esta forma, dentro de la separación constitucional de poderes, se le confirió al Poder Judicial la facultad de dirimir sobre conflictos entre un particular y el poder público y determinar si se está respetando la ley.<sup>16</sup>

Esta importante y compleja función, requiere necesariamente de la independencia no sólo formal sino también efectiva en términos prácticos del Poder Judicial, respecto a los poderes Legislativo y Ejecutivo, y de esta forma asegurar que estos dos últimos estén bajo cualquier circunstancia sujetos al imperio de la ley.<sup>17</sup> Este requisito es fácil de establecer en la teoría, pero presenta ciertas dificultades en la práctica.

En el constitucionalismo moderno, la máxima autoridad judicial es una suprema corte. En conformidad con la idea de la limitación del poder, la Suprema Corte está también sometida a algunas restricciones. Por regla general, ellas pueden ser las siguientes:

- no puede actuar a iniciativa propia;
- el efecto de su fallo solo alcanza a las partes involucradas en el caso en cuestión;
- la decisión emitida debe ser coherente con anteriores, es decir opera el principio conocido como *stare-decis*;
- La decisión judicial debe estar apoyada por una mayoría de miembros de la corte;

<sup>15</sup> Basta recordar ejemplos de casos recientes vividos en Sudamérica. Ver también referencias que se aplican sobre esta cuestión en la Unión Soviética, Kenya, Tanzania, Uganda, Francia y Alemania, en Alan R. Ball, *op. cit.*, pp. 222-228.

<sup>16</sup> Thompson, E. P., *Whigs and Hunters*, London, Allen Lane, 1975, pp. 258-269.

<sup>17</sup> M. J. C. Vile argumenta este punto de la siguiente forma: "The reason for the independence of the judiciary... is not that they perform a judicial function... The argument for the independence of the judge is that in performing his function of rule-interpretation he should not be subjected to pressure that would cause him to vary the meaning of the rules to suit the views of persons affected by them, and that in ascertaining facts he will not be influenced by considerations of expediency. It is an essential element in the maintenance of that stability and predictability of the rules which is the core of constitutionalism". En *Constitutionalism and the Separation of Powers*, *cit.*, pp. 328-329. Ver también Lloyd, Dennis, *The idea of law*, Great Britain, Penguin Books, 1979, pp. 256-258.

— la Suprema Corte no instrumenta sus decisiones, sino que para ello depende de otras ramas de gobierno.

La facultad de una suprema corte de examinar el apego o violación de la Constitución es conocida generalmente como revisión judicial. La revisión judicial tiene un fundamento que ha sido explicado por el profesor Howard McBain de la siguiente forma:

La Constitución es la ley suprema. Ella fue establecida por el pueblo que es la última fuente de toda autoridad política. Ella confiere poderes limitados al gobierno nacional. Estas limitaciones se derivan parcialmente del mero hecho que estos poderes están enumerados... y parcialmente de ciertas prohibiciones expresas sobre sus poderes o sobre la forma de su ejercicio. Si el gobierno consciente o inconscientemente sobrepasa estas limitaciones, debe hacer alguna autoridad competente que lo detenga para impedir la comisión de ese acto y de esta manera vindicar y preservar inviolada la voluntad del pueblo tal y como está expresada en la Constitución. Este es el poder que las cortes ejercen. Este es el principio y fin de la teoría de la revisión judicial.<sup>18</sup>

La importancia que una suprema corte puede tener para el orden constitucional de un país, llevó a que uno de los más connotados profesores en esta materia, Edward S. Corwin, afirmase lo siguiente al referirse a los Estados Unidos:

Tal y como se emplea en este país, Derecho Constitucional significa el cuerpo de normas que resultan de la interpretación de una Corte superior sobre un instrumento constitucional escrito, en el curso de la resolución de juicios en los que la validez, en relación al instrumento constitucional, de algún acto del poder gubernamental, estatal o nacional, ha sido rebatido.<sup>19</sup>

Al igual que los actos de los poderes Ejecutivo y Legislativo, las decisiones judiciales no están ajenas al consentimiento y valores sociales. Así lo observan diversos expertos en la materia. Por ejemplo, el profesor en derecho, G. Edward White, hace una afirmación de gran relevancia y que guarda una relación sustancial con algunos de los argumentos del presente ensayo:

La legitimidad de las decisiones judiciales descansa en la voluntad pública de aceptar la autoridad y trabajo del Poder Judicial, mismo que esta basado en la habilidad de los jueces para convencer con sus opiniones a través de un proceso de razonamiento en las mismas. Las razones judiciales son en esencia articulaciones de valores; ellas convencen a través de un llamado a creencias compartidas cuya existencia puede ser aceptada por una mayoría de la sociedad. Una decisión judicial es 'correcta' no por

<sup>18</sup> Howard L. Mc. Bain, "Some Aspects of Judicial Review", en *Bacon Lectures on the Constitution of the United States*, Boston University Hefferman Press, 1939, pp. 376-377.

<sup>19</sup> Ver *The Constitution of the United States of America*, Legislative Reference Service, Washington, Library of Congress, 1953, p. IX.

tener alguna cualidad trascendente en su lógica o razón, sino porque los valores que confirma y su propia convocatoria a favor de ellos son considerados de importancia y relevancia por el público en general. Cuando no surge un conjunto de principios básicos del análisis de un juicio —cuando de hecho el dictamen judicial se caracteriza por la ausencia de tales principios o por un profundo desacuerdo con los valores que debieran ser confirmados—, las razones judiciales pierden su imparcialidad.<sup>20</sup>

Asimismo puede agregarse que los fundamentos de una decisión judicial deben quedar circunscritos a la esfera legal y no acudir a consideraciones políticas. En consecuencia, un requisito de una decisión judicial es que ella muestre que no ha sido fundada más que en consideraciones legales. De esta forma la legitimidad de una decisión judicial en gran medida está vinculada al grado con que se cumpla con tal requisito.<sup>21</sup>

La interpretación que el Poder Judicial puede hacer de la ley dentro de los parámetros que se le han conferido y por su necesaria aplicación en una sociedad, tiene un profundo impacto en la legitimidad del poder. De esta forma, Stuart Scheingold en su obra *The Politics of Rights*, afirma que lo que nosotros creemos respecto de la ley, está directamente relacionado a la legitimidad de nuestras instituciones políticas.<sup>22</sup>

Por el papel que se le ha encomendado dentro del Estado moderno de derecho al Poder Judicial, y por la trascendencia que sus decisiones pueden tener respecto a la credibilidad de la sociedad en el sistema de aplicación de la justicia, esta institución es eslabón estratégico que cierra el círculo de la legitimidad del poder constitucional. Su fortaleza o debilidad tendrá un efecto en el mismo sentido sobre el Estado de derecho constitucional. Esta situación queda subrayada por las palabras del teórico político venezolano Ricardo Combellas, al referirse a América Latina:

La subordinación de los jueces, la pérdida de su necesaria independencia, constituye la rémora más perniciosa a la vigencia del Estado de derecho, en la medida en que la ausencia de la certeza de las garantías jurisdiccionales menoscaba los derechos fundamentales del ciudadano y erosiona las más nobles intenciones. Sin seguridad jurídica, sin credibilidad en una justicia imparcial, el Estado de derecho pierde la sustancia nutriente de su eficaz operatividad.<sup>23</sup>

20 White, G. Edward, *The American Judicial Tradition*, University Press, Oxford, 1978, p. 82.

21 *Ibid.*, p. 370.

22 Scheingold, Stuart, *The Politics of Rights*, Connecticut, Yale University Press, 1974, p. 3. En su obra argumenta esta cuestión con las siguientes palabras: "What we believe about law is related directly to the legitimacy of our political institutions".

23 Combellas, Ricardo, "Concepto jurídico y bases teórico-constitucionales del Estado de derecho. La perspectiva latinoamericana", en *Contribuciones*, 2/92, p. 149.

En este contexto son pertinentes algunas consideraciones. En primer término, la exclusiva independencia del Poder Judicial no puede ser suficiente para que éste desarrolle eficientemente su importante función. Se requiere asimismo de una cultura de la imparcialidad, en la que por ningún motivo las partes se vean favorecidas o desprotegidas por su condición política, social o económica, ni por sus relaciones que inclinen la balanza de la justicia a su favor. Asimismo precisa que los encargados de impartir la justicia sean hombres bien preparados en el campo de las leyes, con autoridad moral, credibilidad social; sólidos frente a presiones e intereses ajenos a la legalidad. La ley, su interpretación y aplicación deben ser regidas en todo momento por la legalidad, la imparcialidad, la transparencia y la objetividad. Asimismo, se precisa de un sustancial apoyo del gobierno constitucional, a efecto de que el Poder Judicial opere como límite más eficiente sobre cualquier exceso del ejercicio del poder que vaya en detrimento de las libertades individuales.

La idea del fortalecimiento del Poder Judicial no está concebida a efecto de otorgarle una fuerza superior a la que detenta el Poder Ejecutivo. Medidas de esta naturaleza llevarían en un momento dado a establecer una "judiciocracia", con peligrosos resultados. El fortalecimiento del Poder Judicial surge de la imperiosa necesidad de que el poder gubernamental tenga un contrapeso real y eficiente frente al mismo poder, y de lograr que esta institución esté en condiciones de hacer total y eficaz el cumplimiento de las obligaciones que se le han conferido. En esta forma la sociedad no perderá confianza en que la justicia pueda operar en defensa de sus legítimos derechos y, en consecuencia, no recurrirá a ejercer la justicia por su propia cuenta.

Cabe también destacar que la falta de seguridad jurídica así como la aplicación parcial y poco eficiente de la justicia, es un factor que trae un detrimento en el propio crecimiento económico del país. La presencia de esa anomalía será elemento de desconfianza y desaliento por parte de inversionistas extranjeros y, por tanto, obstáculo para depositar sus capitales en cualquier país con tales condiciones.

Estos son problemas que en la actualidad deben ser atendidos por el derecho constitucional. En forma contraria, como lo indican diversos expertos, se pone en riesgo el propio orden constitucional.<sup>24</sup> Consecuentemente, el perfeccionamiento de la aplicación de la justicia es materia que reclama de una profunda y permanente atención por el derecho constitucional. Solo así se podrá construir la legalidad, el consenso y la credibilidad social, así como la protección del interés general, que requiere para su sobrevivencia el Estado constitucional moderno, y

<sup>24</sup> Ver, por ejemplo, los puntos de vista de Horst Schonbohm en "Estado de derecho, orden jurídico y desarrollo", *Contribuciones*, 2/92, p. 163. Al respecto también es interesante consultar las obras siguientes: Hart Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980; Berger, Raoul, *Government by Judiciary*, Harvard University Press, 1977.

de las cuales se nutre el fundamento sobre el que se estructura el poder constitucional, es decir, la legitimidad.

En este momento cabe recordar las palabras del destacado jurista mexicano Jorge Carpizo, que con sus enseñanzas y ejemplo ha sembrado en muchos de sus alumnos y amigos el compromiso por defender el orden constitucional y luchar a favor de los derechos humanos: “Todos hablamos de justicia, pero nada hacemos por lograrla. Por ello, el derecho constitucional debe vivirse; y si no se le siente palpitar de poco sirven los conocimientos”.<sup>25</sup>

25 Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 1973, p. 10.