

CAPÍTULO QUINTO

LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL 155

I. Introducción	155
II. Las explicaciones iniciales	157
III. La posición de los originalistas	159
IV. El impacto de los principios. La polémica europea: Kelsen y Schmitt	162
V. Las visiones desde la política: Ackerman y Ely	167
VI. La lectura de Ely y Ackerman en Iberoamérica: Nino, Gar- garella y Ferreres	172
VII. Lecturas generalmente empleadas	178
VIII. Una visión francesa: Rousseau y Troper	187
IX. Hablemos de Habermas	190
X. ¿Cómo legitimar al juez constitucional?	194

CAPÍTULO QUINTO

LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo es producto de los anteriores. Si la argumentación es derecho, si el modelo argumentativo y jurídico contemporáneo —el neoconstitucionalismo— clausura los dogmas tradicionales del positivismo, si los principios abren las puertas a otras maneras de entender la certeza jurídica, ¿qué pasa con los aplicadores?, ¿qué pasa con los jueces ahora que tienen que argumentar y no sólo interpretar?, ¿cómo los jueces están recibiendo estos cambios en la cultura jurídica y, en términos de democracia, cuál es su legitimidad cuando han sido adjetivados —por lo menos los jueces constitucionales— como poderes contramayoritarios, capaces de anular las leyes de las mayorías, capaces de vulnerar la tradicional seguridad y certeza jurídicas?

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

el Poder Judicial, que no es producto de una elección popular, puede invalidar una ley emanada del Legislativo?, ¿cómo la decisión democrática puede ser interferida por quienes no representan a nadie?, ¿en nombre de qué las generaciones pasadas pueden atar a las generaciones futuras?, ¿por qué parece que en el Estado constitucional democrático de derecho el poder se traslada del legislador al juez?, ¿cómo se puede conciliar la legitimidad democrática con los derechos humanos? Todas estas preguntas y otras similares, así como sus difíciles respuestas, tienen que ver con la legitimidad democrática de los jueces, y sobre todo con los jueces constitucionales, que en los sistemas de control concentrado anulan o invalidan leyes, y que en algunos ordenamientos, determinan al legislador sobre la manera específica en la que debe legislar materias concretas.

¿Cuál es la justificación para tal intervención?, ¿no se pone en riesgo la democracia?, ¿a quién representan los jueces? Estas preguntas, como las primeras, ponen en cuestión al sistema democrático, al grado que algunos hablan ya de un gobierno de jueces.²⁸⁰ La dificultad contramayoritaria que significa la interpretación de Constituciones conformadas preponderantemente por principios²⁸¹ se ha intentado afrontar acudiendo a múltiples teorías. En algunas de ellas existe un pesimismo evidente, en otras se intenta conciliar a la democracia con el papel que en ella juegan los jueces. Desde antiguo, pero sobre todo ahora, que existe una muy clara conciencia del papel que los principios desarrollan en el modelo constitucional de derecho, se han dado respuestas diversas sobre la principal cuestión, que señala: si el principio democrático establece que las decisiones que afectan a la colectividad deben ser adoptadas a través de un procedimiento en el que todos puedan participar con su voz y con su voto, bajo la regla de la mayoría, y si en las condiciones actuales de la modernidad ese principio abstracto se concreta en el establecimiento de un sistema representativo en el que un Parlamento elegido periódicamente por sufragio universal toma decisiones por mayoría, entonces, ¿por qué deberían someterse las decisiones a un ulterior control judicial?²⁸² Algu-

²⁸⁰ Aguila, Rafael del, *La senda del mal, política y razón de Estado*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 293 y ss.

²⁸¹ Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962, p. 16.

²⁸² Ferreres, Víctor, "Justicia constitucional y democracia", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 247 y 248.

nas de las soluciones proponen una interpretación que asuma los presupuestos democráticos, como es el caso del Ely;²⁸³ otras aluden a la soberanía constitucional;²⁸⁴ otras plantean la reducción de los poderes interpretativos del juez —Kelsen y los originalistas estadounidenses—; otras sostienen la legitimidad judicial a partir de las garantías orgánicas y funcionales de independencia e imparcialidad judicial;²⁸⁵ algunas hacen consistir la legitimidad del juez en la calidad de su argumentación para vislumbrar la única respuesta correcta en los casos difíciles;²⁸⁶ otras proponen nuevos diseños institucionales en el Poder Judicial que propendan a una democracia más deliberativa y participativa,²⁸⁷ y así, un largo etcétera de soluciones en un ámbito en donde algunos son muy pesimistas.²⁸⁸

En las páginas que siguen describiré algunas de estas posiciones para finalmente dar un punto de vista propio respecto a esta polémica.

II. LAS EXPLICACIONES INICIALES

Los padres fundadores de los Estados Unidos tuvieron ya conciencia de este importante problema. En los primeros años de vida independiente de esa nación, y debido al empobrecimiento de sectores muy amplios de

²⁸³ Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980.

²⁸⁴ Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987. Véase, también, la selección de artículos federalistas y antifederalistas en: Sánchez Cuenca, Ignacio y Lledó, Pablo, *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

²⁸⁵ Ibáñez, Perfecto Andrés, “Democracia con jueces”, *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 128, diciembre de 2002, pp. 4-11.

²⁸⁶ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, *cit.*, nota 31, pp. 44-71.

²⁸⁷ Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y político de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 657 y ss. También véase Nino, Carlos, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y debates*, Madrid, núm. 29, 1991, pp. 97 y ss.; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 173 y ss.

²⁸⁸ Troper, Michel, “El Poder Judicial y la democracia”, en Malem, Jorge *et al.* (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 209-233. También véase Troper, Michel, *Por una teoría jurídica del Estado*, Madrid, Dykinson, 2001; Pintore, Anna, “Derechos insaciables”, en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 196, pp. 243-265.

la sociedad estadounidense, las legislaturas locales aprobaron leyes en favor de los deudores que preocuparon a la elite económica estadounidense. Este último sector adujo que el despotismo legislativo de los estados debía frenarse. Alexander Hamilton denunció la usurpación del poder de la legislatura y señaló la posibilidad de ver a los representantes populares como “dictadores perpetuos”.²⁸⁹ En el mismo tenor, otros líderes, como Washington, argumentaron en contra del poder frenético de las legislaturas. Así, además de utilizarse la teoría de los pesos y contrapesos, argumentarse a favor de la segunda Cámara, demandar la reducción en tamaño de las legislaturas²⁹⁰ y de impedir los actos de las facciones en las asambleas legislativas,²⁹¹ el Poder Judicial se usó para contener la influencia de las legislaturas locales. El Poder Judicial tuvo como finalidad en los albores de la vida independiente estadounidense proteger a las minorías y a los sectores socialmente aventajados de los sectores mayoritarios. Es verdad que no sólo con el Poder Judicial se logró ese sesgo en contra de las mayorías sociales, también se realizó con mecanismos que en alguna medida hoy perduran: el veto del Ejecutivo, las elecciones indirectas, distritos electorales extensos, por poner algunos ejemplos.

El tema, desde el punto de vista constitucional, implicaba, por lo que ve al Poder Judicial, su justificación democrática. En *El Federalista* existen textos que procuran hacer la justificación. Madison, en *El Federalista* 49, menciona que los jueces no tendrían contacto con el pueblo, y que por la forma en que eran nombrados, así como por la naturaleza y destino de su función, su labor equilibraría las posiciones y simpatías de la mayoría.²⁹² Hamilton, en *El Federalista* 78, desarrolla una importante justificación al considerar que la independencia judicial era necesaria para proteger la Constitución y los derechos individuales de los efectos de los malos humores de hombres intrigantes o de la influencia de coyunturas especiales que se esparcen entre el pueblo.²⁹³ Sin embargo, en donde se consolida la justificación del Poder Judicial en esta etapa es en la sen-

²⁸⁹ Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 287, p. 25.

²⁹⁰ Madison, James, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987. Véanse sus reflexiones en los *papers* o artículos LV y LVIII, pp. 235-239 y 246-250.

²⁹¹ *Idem.* Véase *El Federalista* X, pp. 35-41.

²⁹² *Idem.* Véase *El Federalista* XLIX, pp. 214-217.

²⁹³ Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista*, *cit.*, nota 284. Véase *El Federalista* LXXVIII, pp. 330-336.

tencia *Marbury vs. Madison* de 1803 de la Suprema Corte de Estados Unidos, en la que se expresa la doctrina de la supremacía constitucional y el papel de la Constitución como el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo. El juez Marshall argumentó:

...hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza...²⁹⁴

De esta manera, el primer acercamiento al problema se intentó resolver con un argumento jurídico formal: la Constitución refleja en mayor medida que la ley al pueblo, y los jueces por su independencia son los guardianes naturales de esa soberanía. El argumento, que es bastante simple, ha sido cuestionado: Marshall no tomó en consideración que se estaba atando a las generaciones futuras; cuando se elaboró la Constitución de los Estados Unidos buena parte del pueblo fue excluido, y se presupone que los jueces constitucionales interpretan automáticamente y que no añaden nada en la argumentación constitucional.²⁹⁵ A las razones anteriores habría que añadir que se estaba, a través de ese razonamiento, trasladando la soberanía del pueblo a los jueces constitucionales que no poseen legitimidad democrática de origen. Por tanto, el razonamiento de Marshall no resuelve los problemas planteados.

III. LA POSICIÓN DE LOS ORIGINALISTAS

El originalismo es otra posición estadounidense construida para justificar la neutralidad de los jueces y con ello intentar reducir la crítica que aduce que mediante los poderes de interpretación el juez vulnera al legis-

²⁹⁴ Esta referencia se obtiene de Nino, Carlos, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y debates*, *cit.*, nota 287, pp. 99 y 100.

²⁹⁵ Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 287, pp. 54-57.

lador. Casi desde el inicio de los Estados Unidos se sostuvo que el juez, y sobre todo el constitucional, debía observar los márgenes del texto constitucional y las intenciones de quienes redactaron la Constitución. El juez no debía ir más allá porque invadía los poderes del constituyente originario y podría entenderse su interpretación como una relectura de la Constitución, y cada interpretación como una puesta en marcha del proceso constituyente, además de invadir atribuciones del Legislativo y del Ejecutivo.

En el caso *Lochner vs. New York* de 1905, la Suprema Corte de los Estados Unidos mantuvo que la autonomía de la voluntad contractual no podía ser anulada por la legislación social, pues lo impedía la cláusula del debido proceso de la décima cuarta enmienda, cláusula que no sólo recogía la sujeción a derecho de los procedimientos establecidos por la ley para cualquier privación de vida, propiedad o libertad, sino también los límites sustantivos tradicionales a esas privaciones. En 1937, la Suprema Corte cambió su criterio y reconoció que constitucionalmente no era función de los jueces intervenir en los procesos sociales y políticos, pues esas funciones eran del Legislativo y del Ejecutivo.²⁹⁶ El caso *Lochner* claramente representa todavía la influencia del caso *Marbury vs. Madison* de 1803: la idea de supremacía constitucional. El cambio constitucional de 1937 obedece a un nuevo criterio, el de reducir los poderes interpretativos de los jueces constitucionales.

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

²⁹⁶ Beltrán, Miguel, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1989, pp. 11-16. Véase, también, Lora Del Toro, Pablo de, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 29-54.

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

Con motivo de la nominación de Robert Bork como *Justice* de la Suprema Corte en el periodo de Ronald Reagan y su rechazo por el Senado, se volvió a plantear la polémica. Para Bork, allí donde los padres fundadores no se plantearon una situación fáctica concreta no puede razonarse una sentencia conforme a principios generales y neutrales, en consecuencia, las decisiones deberían ser siempre tomadas por el legislador democráticamente elegido. La sustitución del criterio de la mayoría sin el apoyo que ofrece el texto de la Constitución o la visión que del mismo tenían sus autores constituye un acto voluntarista y subjetivo del juez que como tal usurpa el poder al pueblo y a sus representantes, que sólo están limitados por la Constitución.²⁹⁷

En la actualidad, en la Suprema Corte de los Estados Unidos más de un juez constitucional sostiene en general los puntos de vista de Bork. Antonin Scalia defiende una posición textualista, la cual entraña un rechazo a cualquier intento de subjetivismo judicial. Para Scalia, los jueces deben descubrir los significados originales de las leyes y de la Constitución, y después aplicar esos significados a los nuevos contextos. El textualismo busca los significados originales en el texto para respetar el pensamiento del constituyente originario. Para Scalia no es aceptable la interpretación de la ley de acuerdo a cualquier subjetivismo ni tampoco es partidario de que el juez acuda a la filosofía moral o política de su preferencia para resolver los casos. En una obra publicada por el autor y muy conocida, Scalia sostiene: "...words do have a limited range of meaning, and no interpretation that goes beyond that range is permissible...".²⁹⁸

²⁹⁷ Bork, Robert, "The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution", *Washington University Law Quarterly*, vol. 1979, núm. 3, verano, pp. 695-701.

²⁹⁸ Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1997, p. 24.

El originalismo demanda una restricción a la interpretación constitucional para evitar la fuerte discrecionalidad del juez estadounidense, pero también para enfrentar la crítica por su ilegitimidad democrática cuando desborda los contornos del texto constitucional. Como bien lo ha demostrado Dworkin, el originalismo presenta muchos lados débiles: quién es el constituyente originario, tal vez cada una de las posiciones que se mantuvieron en la convención constituyente o quizá las intenciones de los constituyentes en lo particular, o la de los constituyentes más relevantes, o las intenciones de quienes redactaron cada artículo constitucional; cómo atender al papel de los grupos de interés que influyeron en el constituyente; cómo enfrentar los prejuicios, intereses, de los constituyentes.²⁹⁹ Además, el originalismo es insostenible dadas las dificultades de hermenéutica histórica: cómo leer casos actuales a partir de las convicciones más o menos generales del pasado. Podríamos agregar que el originalismo no se hace cargo de la naturaleza diversa de las normas jurídicas constitucionales, principalmente el rol que en el modelo de derecho contemporáneo desempeñan los principios constitucionales por su fuerte indeterminación, y con ello la necesidad de abrir la interpretación a otros discursos más allá del jurídico.

IV. EL IMPACTO DE LOS PRINCIPIOS. LA POLÉMICA EUROPEA: KELSEN Y SCHMITT

La aparición de las normas de principio en el constitucionalismo generó desde los albores del siglo XX una fuerte polémica. Se dudó que los principios fuesen auténticas normas jurídicas, y el debate teórico más importante que tuvo lugar en Europa cuando se crearon los tribunales constitucionales versó sobre la legitimidad democrática de estos tribunales, las atribuciones del juez constitucional y si los principios eran sujetos de aplicación constitucional.³⁰⁰ Se ponía en duda la “aplicación” en el sentido judicial de la palabra porque los principios no eran subsumibles, pues carecían de supuestos de hecho. Los tribunales constitucionales no eran bien vistos como guardianes de la Constitución por su falta de legiti-

²⁹⁹ Dworkin, Ronald, *El Imperio de la justicia*, cit., nota 31, pp. 251-280; Dworkin, Ronald, “Comment”, en Scalia, *A Matter of Principle*, cit., nota 298, pp. 115-127.

³⁰⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 44, p. 111.

dad democrática, y se consideraba que las normas de principio ahondaban la discrecionalidad judicial.

Este debate ocupó a juristas en Alemania y en Italia. El positivismo jurídico de la época impedía generalizar una posición favorable a la actuación del Tribunal Constitucional. Aun concluida la Segunda Guerra Mundial, voces como la de Ernst Forsthoff ponían en duda la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional. Para Forsthoff, la actividad del legislador se dirige a articular de manera general el conjunto de intereses sociales implícitos en la política. Las posibilidades de acción del Legislativo son enormes y no responden sólo a las exigencias derivadas de las disposiciones de la Constitución, sino a las demandas políticas de los diversos grupos sociales y a los intereses concretos de la comunidad. La ley no consiste en la mera ejecución de la Constitución. El juez constitucional, cuando interpreta la ley a partir de los principios, le impone al legislador sus opciones valorativas y usurpa su competencia para configurar la vida política de la sociedad. La intervención del Tribunal Constitucional es ilegítima en la vida política del Parlamento.³⁰¹

El debate Kelsen-Schmitt,³⁰² que ciertamente fue uno de los más importantes en la primera mitad del siglo XX, se expone —entre otras— en la obra de Schmitt, *La defensa de la Constitución*,³⁰³ y en la de Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*³⁰⁴ No es sólo una polémica surgida a propósito de la aparición de los tribunales constitucionales en el periodo de decadencia de la República de Weimar. Representa ese debate la definición del papel del intérprete constitucional.

Para Schmitt, como se sabe, en el juego institucional de la Constitución de Weimar figuran dos posibles titulares del poder político: el presidente del *Reich* y el canciller del *Reich*; pero mientras el último apoya su autoridad en la confianza del Parlamento, el primero es el hombre de confianza de todo el pueblo alemán. El presidente cuenta con legitimidad

³⁰¹ Forsthoff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 231 y ss.

³⁰² Para adentrarse en este debate se recomienda Sanz Moreno, José Antonio, *Ordenación jurídica y Estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*, Granada, Comares, 2002.

³⁰³ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, prólogo de Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1998.

³⁰⁴ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 2002, col. Clásicos del Pensamiento 112.

de todo el pueblo. Schmitt afirma que la Constitución de Weimar dotó al presidente del *Reich* de una suma de atribuciones que lo colocan como un auténtico poder neutral, mediador, regulador y tutelar de la Constitución. Schmitt terminó reclamando un dictador con capacidad para distinguir al amigo del enemigo y con poder para adoptar las decisiones en el Estado total.³⁰⁵

La posición de Schmitt es clara: existe una desconfianza en su obra tanto al Parlamento como a los tribunales constitucionales. En el caso del primero por su incapacidad de representación y su débil legitimidad democrática. En cuanto a los tribunales constitucionales, su ilegitimidad sería aún más palmaria que los cuerpos legislativos. Schmitt elabora su crítica a partir de los objetivos de todo órgano jurisdiccional, pues toda decisión judicial ocurre *post eventum* (sobre hechos pasados), además es incidental y accesoria, dado que es aplicable al caso concreto y específico; la decisión judicial es deducida de una norma legal aplicable al caso. Para Schmitt, un tribunal de justicia puede ser defensor de la Constitución solamente en un Estado judicialista que someta la vida política entera al control de los tribunales ordinarios.³⁰⁶ Un tribunal que concentre y monopolice la defensa de la Constitución traería aparejada una judicialización de la justicia y de la política.

El Parlamento tampoco representa la legitimidad democrática, no manifiesta la unidad e identidad del pueblo alemán, no es adecuado para defender la homogeneidad social; en realidad es un generador de la necesidad de defensa de la Constitución que sólo puede hacer de manera legítima el presidente del *Reich*.³⁰⁷

Kelsen aduce en favor del control jurisdiccional de la Constitución que nadie puede ser juez de su propia causa, por lo que es esencial que el control constitucional sea efectuado por un tribunal independiente de las otras funciones del Estado, sobre todo del gobierno y del Parlamento. Es impropio concebir al Parlamento como el único órgano político creador del derecho: la diferencia entre el carácter normativo de una ley parlamentaria y una sentencia judicial es sólo cuantitativa. Kelsen señala que

³⁰⁵ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, cit., nota 303, pp. 213-251. Véase, también, Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 3-27.

³⁰⁶ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, cit., nota 303, pp. 43-124.

³⁰⁷ Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, cit., nota 305, pp. 41-65.

la función de un Tribunal Constitucional como el de Austria no es cualitativamente diferente a la de cualquier otro órgano judicial en lo que concierne a la determinación del contenido de una norma: la diferencia cardinal radica en que un tribunal ordinario produce normas que resuelven controversias específicas, mientras que el Tribunal Constitucional anula normas y actúa como legislador negativo.³⁰⁸ Sin embargo, Kelsen sostiene que los poderes de interpretación constitucional son muy limitados.³⁰⁹ En esta parte de la argumentación, el jurista vienés reclama un Tribunal Constitucional ceñido; se opone a la interpretación de cláusulas y principios abstractos. Manifiesta que: "...la Constitución debe, especialmente si crea un Tribunal Constitucional, abstenerse de todo tipo de fraseología, y si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible..."³¹⁰

En este último punto, Kelsen desconfía de la interpretación constitucional abierta, propone Constituciones de detalle y regresa al automatismo interpretativo. En otras palabras, y como advierte Víctor Ferreres, Kelsen restringe el carácter político del Tribunal Constitucional a base de limitar el espacio de su libre discrecionalidad, a cuyo fin, dice Kelsen, las disposiciones constitucionales que protegen derechos fundamentales y otros valores semejantes no deben ser formuladas en términos generales.³¹¹

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

Kelsen criticó duramente a Schmitt, pues no existe una contradicción esencial entre la función jurisdiccional y las funciones políticas, y tampoco existe problema si se piensa que las decisiones acerca de la consti-

³⁰⁸ Véase Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit., nota 304, p. 37.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 33.

³¹⁰ Véase Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)", *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 142 y 143.

³¹¹ Ferreres, Víctor, "Justicia constitucional y democracia", *op. cit.*, nota 282, p. 270.

tucionalidad de las leyes y la anulación de leyes inconstitucionales son actos políticos. Los tribunales constitucionales en la noción de Kelsen tienen un carácter político por la naturaleza de política jurídica de cualquier decisión jurisdiccional. El Parlamento no es el único órgano creador de derecho, y todo conflicto jurídico es un conflicto de intereses, es decir, un conflicto de poder; toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política, y todo conflicto que sea caracterizado como conflicto político, de intereses o de poder puede ser resuelto como controversia jurídica.³¹²

Las limitaciones a la interpretación constitucional en Kelsen y su demanda en favor de una Constitución de detalle han tenido muchos seguidores en el derecho contemporáneo. En la doctrina constitucional española, como apunta Ferreres, existen émulos de Kelsen, tal es el caso de Rubio Llorente y Manuel Aragón.³¹³ En el derecho estadounidense, las tesis originalistas, aunque no se desprenden de Kelsen, mantienen la misma posición en favor de las Constituciones de detalle y el carácter textualista y ceñido de la interpretación, como ocurre con Bork y Antonin Scalia.³¹⁴

Las visiones textualistas son deudoras de una concepción de derecho que sigue rechazando que el juez común y el constitucional puedan interpretar principios y valores. Hay en estas posturas claros resabios decimonónicos y una negación evidente a la legitimidad democrática del juez. Sin embargo, y no sólo derivado de la indeterminación del lenguaje jurídico, sino a consecuencia de las exigencias del caso y del contexto normativo y fáctico del mismo, el juez, sobre todo en casos difíciles o frente a la colisión entre principios constitucionales, requiere acudir a valoraciones que se encuentran explícitas o implícitas en el ordenamiento jurídico. Actuar de esta manera no tiene porqué implicar la afectación a las atribuciones del legislador, porque el juez no inventa derecho alguno sino que obtiene del sistema jurídico las soluciones para el caso específico.

³¹² Viturro, Paula, “El carácter político del control de constitucionalidad”, *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 105.

³¹³ Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, *op. cit.*, nota 282, pp. 270 y 271.

³¹⁴ Scalia, Antonin, *op. cit.*, nota 298. Véase, también, Bork, Robert, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, Nueva York, The Free Press, 1990.

V. LAS VISIONES DESDE LA POLÍTICA: ACKERMAN Y ELY

La teoría política estadounidense se ha enfrentado en este tema a distintos problemas: 1) al consistente en darle relevancia a la Constitución sin obstaculizar las posibilidades de autogobierno de cada generación; esta cuestión tiene antecedentes en Jefferson y Paine,³¹⁵ y 2) al referido en conciliar la regla de las mayorías con el texto constitucional y el papel del Poder Judicial.

1. *Ackerman*

Bruce Ackerman es consciente de que en una democracia debe gobernar la mayoría y no una elite como la del Poder Judicial. No obstante, no todas las decisiones de la mayoría pueden ser igualmente consideradas, puesto que éstas pueden equivocarse, las mayorías son falibles. Ackerman enfrenta la cuestión al distinguir que en una democracia existen dos tipos de decisiones. Por un lado, las decisiones que toman el conjunto de los ciudadanos, esto es, las decisiones constitucionales que se expresan en la Constitución, en sus reformas, y otras decisiones de gran trascendencia. Por otro están las determinaciones que asume la ciudadanía a través del gobierno y del Legislativo que son expresadas en leyes. Las decisiones fundamentales no son de todos los días y son tomadas durante momentos excepcionales de la vida nacional. Las decisiones legislativas, en cambio, son ordinarias y no pueden revocar las más sustanciales expresiones de la ciudadanía que han quedado contempladas en la Constitución.³¹⁶

De esta manera Ackerman, a través de su visión dualista, parece darle la razón a Hamilton cuando éste sostuvo que la Constitución es la expresión más alta de la soberanía. Sin embargo, agrega que no sólo la Constitución es la expresión más alta de la soberanía sino también los acuerdos constitucionales posteriores, con lo que se separa de los originalistas y

³¹⁵ Paine, Thomas, *Derechos del hombre*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, pp. 192-219.

³¹⁶ Ackerman, Bruce, *We the People. Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991, pp. 3-33. Véase, también, Ackerman, Bruce, *We the People. Transformations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1998, pp. 3-95.

textualistas, y al mismo tiempo rechaza que las generaciones pasadas atenen a las presentes.³¹⁷

Ackerman no está de acuerdo en darle a las legislaturas toda la autoridad: las mayorías no son la expresión ni más alta ni la más completa de la soberanía. Las legislaturas son expresión de las mayorías y de la política cotidiana. Por eso, Ackerman no tiene empacho en justificar la existencia de un órgano judicial que pueda defender la expresión más alta de la soberanía reflejada en la Constitución y en decisiones constitucionales posteriores de los embates de la política cotidiana manifestados en las cambiantes mayorías legislativas. Este autor también combate a los que denomina fundamentalistas, esto es, aquellos que como Dworkin o Fiss colocan ciertos derechos humanos como básicos y ajenos al debate y a la deliberación democrática. Para él, los derechos deben ser defendidos porque son expresión de las decisiones constitucionales básicas o de primer nivel.³¹⁸

Las objeciones a Ackerman se han hecho consistir, aceptando su premisa dualista, en por qué la Suprema Corte de los Estados Unidos debe ser la encargada de distinguir entre los dos niveles, los constitucionales y cotidianos, y por qué la Corte está más capacitada que otros órganos del Estado para sostener y defender las decisiones constitucionales de las mayorías legislativas.³¹⁹ Ackerman sólo podría contra-argumentar afirmando el papel que históricamente ha jugado la Suprema Corte de los Estados Unidos, sobre todo en momentos de quiebre institucional, por ejemplo durante etapas como la del *New Deal*.³²⁰

En donde Ackerman no produce teoría suficiente es en el ámbito relativo a la necesidad cada vez más imperiosa de incorporar al Poder Judicial y a los tribunales constitucionales al debate deliberativo y participativo de la sociedad. En otras palabras, se habría de hacer participar al Poder Judicial, a través de sus procedimientos y decisiones, en una esfera de mayor actividad y crítica de la sociedad hacia las reglas y principios constitucionales, así como sobre y respecto de las determinaciones judiciales.

³¹⁷ Ackerman, Bruce, *We the People. Foundations*, cit., nota anterior, pp. 29-33.

³¹⁸ Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos, "Tres concepciones de la democracia constitucional", *Cuadernos y debates*, Madrid, núm. 29, 1991, pp. 15-31.

³¹⁹ Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 287, pp. 140 y ss.

³²⁰ Ackerman, Bruce, *We the People. Transformations*, cit., nota 316, pp. 255-420.

Como ya se ha dicho aquí, Ackerman enfrenta a los fundamentalistas porque aunque tienen un compromiso con la democracia, su respeto a los derechos fundamentales es mayor. Sostiene que no todos los fundamentalistas son iguales. Algunos, como Richard Epstein, enfatizan el rol fundamental del derecho de propiedad. Otros, como Dworkin y Nino, recogen el derecho a ser tratados como agentes morales iguales y autónomos. Fiss promueve el derecho de los grupos más postergados a ser tratados con especial consideración. El dualismo, según Ackerman, es superior porque distingue entre dos formas distintas de decisiones y dos formas distintas de legitimidad. Por un lado, otorga un importante rol a los derechos fundamentales y, por otro, tiene un compromiso con la democracia.

En palabras de Ackerman:

...pensemos en que una mayoría movilizadora, en un momento constitucional, logra la sanción de algún tipo de derecho, por ejemplo el derecho a no ser discriminado por razones de sexo. Dado esta conquista el dualista puede apoyar la idea fundamentalista de la invalidación por parte de la Corte Suprema de decisiones legales que atentan contra este derecho, aun cuando el derecho sancionado tenga poco o nada que ver con la integridad del proceso electoral, única hipótesis en que el monismo autoriza la invalidación. Para el dualista, la Corte avanza la causa de la democracia cuando preserva decisiones populares adoptadas en momentos constitucionales contra la erosión de decisiones políticas que no han ganado la máxima legitimidad democrática. Así, el dualista no tendrá problemas en afirmar que el derecho a no ser discriminado es un derecho que la Corte debe proteger no obstante lo que mayorías circunstanciales dispongan. De esta forma el dualismo puede ofrecer una teoría que corporiza una reconciliación profunda entre la democracia y los derechos.³²¹

La diferencia entre el dualismo y el fundamentalismo es que el dualismo es democrático primero y protector de derechos después. El fundamentalismo, según Ackerman, revierte esta prioridad y llega a colocar a los derechos por encima de cualquier consideración. Los derechos fundamentales para Ackerman no son cartas de triunfo, son sólo la expresión máxima de la democracia. El tema de crítica a Ackerman es por qué hablar de dos tipos de niveles de decisión y no de distintos niveles de deci-

³²¹ Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos, *op. cit.*, nota 318, pp. 24 y 25.

sión, por qué hacer esa separación tan drástica entre dos y sólo dos niveles de decisión, además de por qué la Suprema Corte de Justicia es la que tiene la legitimidad democrática para defender y proteger los derechos y no otros órganos o instancias del Estado.

2. *Ely*

Según la expresión de Ackerman, Ely es un monista que prioriza la democracia mayoritaria sobre los derechos, además de que no distingue entre dos niveles de decisión: uno constitucional y otro ordinario. Podemos resumir la posición de Ely diciendo que el principio democrático exige que la mayoría parlamentaria tenga la última palabra en materia de derechos y que el juez constitucional no tiene la competencia de invalidar leyes aprobadas por el Parlamento, salvo en el caso en que la mayoría parlamentaria haya atentado contra los derechos que dan acceso al proceso político. Para Ely, el juez debe andar frente al legislador como árbitro del proceso democrático para determinar si éste se satisfizo en la esfera legislativa y política.³²²

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

Para Ely, la Constitución sólo protege una forma democrática de gobernar y no una ideología sustantiva.³²³ La finalidad de la interpretación constitucional es la protección del proceso democrático en la sociedad y en las instituciones y no la preservación de ideologías o valores. Este autor elabora su teoría a partir de un análisis a la nota a pie de página número cuatro del juez Harlan Fiske Stone en la sentencia *United States vs. Carolene Products Co.* La nota abunda sobre la presunción de constitucionalidad de la ley y sugiere que está justificado un papel más activo para el juez constitucional cuando la ley restringe la participación política y cuando se afecta a minorías.

³²² Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980.

³²³ *Ibidem*, p. 74.

La teoría de Ely se apoya entonces en la nota del juez Stone y en el análisis de las resoluciones de la Corte Warren en los Estados Unidos, que se centraron en: la cualificación de los electores y la formación de distritos electorales, sobre todo a partir de situaciones en las que se pretendía restar peso al voto de las minorías raciales; cuestiones vinculadas a la libertad de expresión y asociación; y casos relativos al trato igualitario de los grupos minoritarios y más desaventajados de la sociedad.

La posición de Ely es que la Constitución es un documento dirigido, fundamentalmente, a la definición de cuestiones procedimentales, lo que no significa que deje de ocuparse de los asuntos sustantivos, pero éstos deben quedar sujetos a las decisiones democráticas mayoritarias, a fin de que a nadie se discrimine en la aplicación de los valores colectivos definidos por el proceso democrático. Desde luego que a Ely le preocupa que todos los intereses estén representados, de modo que apoya el que se trate a todos con respeto, lo que significa que el juez debe velar porque el proceso político se desarrolle de acuerdo con este ideal representativo.

El juez constitucional de Ely debe seguir la siguiente pauta:

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

Fuera de estos supuestos, el juez debe actuar con deferencia al legislador.

La crítica a Ely ha señalado que no es posible analizar los procesos de discriminación en la ley sin tomar en cuenta elementos sustantivos, consideraciones políticas y morales, en síntesis axiológicas. La protección de la democracia no consiste solamente en la preservación de procedimientos; también es parte de la democracia la defensa de principios y derechos sustantivos. Y, como dice Laurence Tribe, una teoría que interprete que la Constitución sólo protege procedimientos impide que ésta desempeñe un papel central en el debate público, dado que la ciudadanía suele discutir acerca de cuestiones sustantivas y no exclusivamente acerca de los procedimientos.³²⁴

VI. LA LECTURA DE ELY Y ACKERMAN EN IBEROAMÉRICA: NINO, GARGARELLA Y FERRERES

Nino, Gargarella y Ferreres, con distintos énfasis, llevan la posición de Ely y Ackerman a un nivel de profundización. Nino lo aclara perfectamente cuando, para fundamentar la legitimidad democrática del Poder Judicial, señala:

...debe evitarse la oscilación entre una actitud de deferencia hacia el poder político, aun autoritario, y un elitismo epistémico que lleva a los jueces, a veces, a sustituir al proceso político democrático en la determinación de soluciones sustantivas. La contribución de orientar nuestra práctica constitucional hacia los ideales de una democracia liberal debe hacerse en su papel de triple custodio de las reglas del proceso democrático (entendidas no en sentido meramente formal sino sustantivo), de la autonomía personal, que implica rechazar normas con fundamentos perfeccionistas, y de la continuidad de la propia práctica constitucional. En este rol de triple custodio, los jueces deben ejercer una independencia entendida no como aislamiento, sino como participación vigorosa en un diálogo interactivo con los poderes políticos.³²⁵

³²⁴ Tribe, Laurence, *Constitutional Choices*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, p. 19.

³²⁵ Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional...*, cit., nota 287, p. 712.

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

Controlador del proceso democrático significa que el juez constitucional en sus decisiones debe analizar si se garantizan en la ley objeto de debate constitucional: la existencia de un procedimiento de discusión amplio en el que debieron participar los interesados en relativa igualdad de condiciones; que el debate legal se haya centrado en valores y principios sociales intersubjetivos y no en la mera exposición de intereses crudos; que el debate haya reflejado los intereses e ideologías de los individuos representados; que la ley sea el producto de la regla de la mayoría, etcétera.³²⁶ El control constitucional no debe limitarse a las condiciones formales que prescriben las Constituciones para la elaboración de las leyes, sino a los elementos de participación política ya mencionados. También el control constitucional puede tener un sentido correctivo para el futuro, es decir, prescribir modificaciones a los procedimientos políticos para maximizar la representación y participación política a fin de acercar estos procesos a condiciones deliberativas. El proceso democrático debe desarrollarse en forma deliberativa, y no hay deliberación si las decisiones no están acompañadas de razones. Nino propone un mecanismo de reenvío del juez constitucional al legislador para señalarle a éste que el proceso político en la elaboración de la ley fue deficiente, y para mostrarle que se requieren condiciones de mayor participación y deliberación en la determinación del texto legal, sin que necesariamente exista un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. En otras palabras, el juez interactuaría con el legislador en la búsqueda de razones o en el mejoramiento de las mismas.³²⁷

En cuanto a la protección de la autonomía personal, Nino considera, al igual que Ely, que los jueces no son los últimos custodios de los derechos individuales, sino que es el propio proceso democrático el que debe ofrecer el escudo de protección final frente a tales derechos. Para Nino hay dos tipos de principios morales posibles: los de índole “intersubjetiva”, que valoran una conducta por sus efectos en los intereses de otros individuos diferentes al agente; y los “autorreferentes”, que valoran una

³²⁶ *Ibidem*, p. 692.

³²⁷ *Ibidem*, p. 697.

acción o actitud por los efectos en la propia vida o carácter del individuo. El principio de autonomía de la persona veda interferir con la libre elección de los principios morales autorreferentes o ideales de excelencia humana, por lo que no puede ser misión del Estado imponer a los ciudadanos modelos de virtud personal. Los órganos políticos democráticos son la custodia final del principio de autonomía, y si estos órganos imponen un ideal de excelencia humana vía la regla de las mayorías, el juez debe descalificar la pieza legislativa perfeccionista.³²⁸

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

El tercer rol es el de la continuidad de la práctica constitucional, en donde el juez constitucional debe revisar si la actuación de los órganos políticos observa la continuidad constitucional. Para ello, el juez toma en cuenta varias consideraciones: *a)* que el peligro de debilitamiento de la continuidad de la práctica sea realmente serio, aunque no sea inherente a la misma desviación que está evaluando, sino a su conjunción con otras o los efectos causales que previsiblemente tendrá, generalmente de carácter demostrativo; *b)* que se trate de una verdadera desviación de esta continuidad, tomando en cuenta los márgenes laxos que suelen dejar las convenciones interpretativas, y *c)* que la necesidad de continuidad de la práctica constitucional debe ponerse en balance con la necesidad de su perfeccionamiento según principios justificatorios de moralidad social, respecto de los cuales el proceso democrático tiene prioridad.³²⁹

En síntesis, Nino opina que el control de constitucionalidad por parte del juez constitucional no está justificado salvo en tres casos, a saber: la revisión del procedimiento democrático para ampliarlo y perfeccionarlo, en los términos de Ely; la descalificación de leyes fundadas en razones

³²⁸ *Ibidem*, pp. 697-699.

³²⁹ *Ibidem*, p. 702.

perfeccionistas, y el cuidado de una práctica constitucional moralmente aceptable. Nino, así, propone el reenvío al legislador como en la Constitución canadiense, con el propósito de estimular el proceso deliberativo democrático y salvaguardar el carácter representativo del Parlamento. De esta manera, podría existir una suerte de veto a la ley de la Corte Suprema que podría ser superado por una mayoría calificada del Congreso. En tratándose de reglamentos o decretos, el veto judicial obligaría a que el decreto o reglamento deba ser ratificado por el Congreso. En la llamada inconstitucionalidad por omisión, la Corte podría dirigirse a las comisiones legislativas o parlamentarias requiriéndoles en forma obligatoria que expliquen las razones de falta de legislación para promover o garantizar algún derecho y para que expongan la evolución del tratamiento parlamentario. A final de cuentas, con estas y otras medidas, el Poder Judicial interactúa en el proceso democrático.³³⁰

Gargarella sigue a Nino y expone reformas institucionales al Poder Judicial para que éste obtenga legitimidad democrática. Sus propuestas son tres: la introducción del reenvío como método orientado a quitarle al Poder Judicial “la última palabra” en cuestiones vinculadas con la Constitución y a fortalecer la “discusión” institucional; en segundo lugar, señala la necesidad de estrechar la vinculación entre las minorías sociales y el Poder Judicial a través de mecanismos que contribuyan a rearticular o tornar posible la relación entre la tarea de los jueces y la protección de los derechos de la minoría; y, en tercer término, una reforma judicial que, acompañada de una reforma política, promueva un modelo democrático más representativo, más deliberativo, más transparente y más orientado a la sociedad.³³¹

El reenvío según Gargarella implicaría un mecanismo flexible para generar el diálogo institucional. La decisión judicial no tendría el carácter de decisión última y el Poder Judicial se encargaría de instar al Legislativo a que vuelva a reflexionar sobre su decisión. El método del reenvío promovería el diálogo institucional; la protección ante una general falibilidad en la toma de decisiones imparciales; la defensa del principio mayoritario, y la disminución de la actual rigidez del sistema constitucional.

³³⁰ Nino, Carlos, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y debates*, *cit.*, nota 287, pp. 97-137.

³³¹ Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 287, pp. 173 y ss.

Para proteger a las minorías se propone que el máximo tribunal reservara directamente un tercio de sus cargos para sus representantes de grupos desfavorecidos. Si esta medida no fuere posible, se insiste en otras alternativas: trasladar, en los casos en que estén implicadas minorías, el estudio de la situación a un cuerpo orientado a la protección de los derechos de las minorías; también se podría establecer la figura de los *amicus curiae* y otros mecanismos procesales para la protección de intereses o reclamos colectivos o difusos.³³²

En cuanto a las reformas al Poder Judicial, éstas van por el lado de su independencia política (de los poderes públicos, del clamor popular, de la estructura judicial, de la burocracia interna); la transparencia en el Poder Judicial; la defensa de determinados derechos humanos: expresión, asociación, reunión, voto y protección de minorías, como precondiciones de la democracia, y la garantía de la autonomía de los individuos.³³³

Ferreres, aunque en principio parece apoyar una Constitución de detalle, cerrada, porque reduce la discreción del juez constitucional, deja de aceptarla porque conlleva a la vinculación injustificable de la generación actual y de las futuras a las decisiones de una generación muerta, porque no se permite acoger nuevas exigencias éticas derivadas de aspectos de la libertad y la dignidad humanas que no están contempladas en sus cláusulas específicas y dificulta el desarrollo de procesos interpretativos que permitan integrar políticamente a los miembros de una sociedad plural, así como a Estados diversos, dentro de una cultura pública común basada en valores compartidos.³³⁴

Por lo anterior, apuesta por una Constitución que en materia de derechos y libertades incluya disposiciones relativamente abstractas, y sólo debe la Constitución expresar reglas más específicas cuando éstas gocen de un consenso muy amplio y arraigado que permita aventurar que podrán resistir los esfuerzos críticos de las generaciones futuras. A lado de las reglas de detalle deben existir otras que protejan la “libertad”, la “dignidad” y la “justicia”, que puedan ser utilizadas para ampliar la protección a aspectos de la libertad, la dignidad o la justicia no previstos de manera específica, así como para contribuir a los procesos de integración política. Con estas cláusulas, según Ferreres, se deja al juez constitucio-

³³² *Ibidem*, p. 186.

³³³ *Ibidem*, pp. 228-265.

³³⁴ Ferreres, V., “Justicia constitucional y democracia”, *cit.*, nota 282, pp. 138 y 139.

nal un campo considerable de discreción interpretativa. ¿Cómo justificar este importante papel del juez?, ¿qué límites debe respetar?

Ferreres dice que el control judicial de la ley se justifica por la contribución que puede hacer el juez al mantenimiento de una cultura de deliberación pública, pero ese control debe llevarse a cabo bajo la presunción de que la ley a enjuiciar es constitucional. En virtud de esta presunción que protege a la ley, el juez debe actuar con deferencia hacia el legislador y, por tanto, debe escuchar desde una actitud de confianza las razones que éste aduce para justificar la ley cuestionada. El tema clave es en qué casos y bajo qué condiciones esa presunción queda destruida. Para Ferreres la presunción de constitucionalidad de la ley no puede ser muy fuerte, debe ser moderada.³³⁵

Un asunto vinculado a lo expuesto es el relativo a las técnicas alternativas usadas por el Poder Judicial y necesariamente la expulsión de la ley y/o su declaración de inconstitucionalidad. Nuestro autor no se refiere a las técnicas de interpretación conforme, sino a decisiones intermedias, dado que los argumentos de los que dispone el juez pueden ser insuficientes para justificar una declaración de inconstitucionalidad, pero pueden ser suficientes para fundamentar una decisión de tipo intermedio.³³⁶ Así, Ferreres habla de “recomendaciones” al legislador para que éste modifique la ley en una determinada dirección.³³⁷ También se podría declarar la constitucionalidad de la ley, pero dejando explícitamente abierta la posibilidad de ulterior revisión de la cuestión a la luz de nuevos datos y argumentos, como ejemplo de ello alude al voto del juez Souter en el caso del auxilio al suicidio por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Otra vía puede ser la explícita referencia del juez a la reversibilidad de la decisión cuando una cuestión constitucional es de gran complejidad porque entran en intenso conflicto diversos bienes constitucionales y porque la comunidad está fuertemente dividida acerca del problema moral que subyace la cuestión constitucional; el mérito de esta propuesta es que contribuye a integrar en una comunidad constitucional a grupos de personas que están fuertemente divididas en torno al problema moral que subyace al caso constitucional. Ferreres advierte igualmente que las sentencias de los tribunales pueden venir acompañadas de votos particulares en los que

³³⁵ *Ibidem*, pp. 79-139.

³³⁶ *Ibidem*, p. 298.

³³⁷ *Ibidem*, p. 299.

se manifieste que los argumentos de los perdidosos son sólidos y que, quizá, tendrá que reconsiderarse la cuestión en el futuro, pues, por ejemplo, un voto concurrente matiza la opinión mayoritaria. En el catálogo de sugerencias, este autor aconseja que el tribunal haga una explícita referencia al futuro en el supuesto de que considere que la ley, si bien es constitucional en términos generales, puede no serlo en su aplicación a determinados casos.³³⁸

Éstas y otras medidas intermedias servirían en la posición de Ferreres para mantener viva la cultura deliberativa, pues los tribunales constitucionales no tienen la última palabra a la hora de interpretar la Constitución. Asimismo, el proceso democrático puede reaccionar de varios modos ante una sentencia que invalida una ley. Una vía es la reforma constitucional, la otra es la aprobación de una nueva ley de contenido idéntico o similar a la invalidada. Lo importante es admitir que el significado de la Constitución no se establece de una vez y para siempre: es el producto de una conversación abierta a todos y es objeto de una búsqueda siempre inacabada.

VII. LECTURAS GENERALMENTE EMPLEADAS

En este apartado expondré algunas ideas de lo que suelen decir los juristas de nuestro medio sobre la legitimidad democrática de los jueces y en particular del juez constitucional.

Una posición habitual y fuerte entre los teóricos de la argumentación jurídica insiste en la legitimidad del juez constitucional a través de sus decisiones. En otras palabras, el baremo para medir su legitimidad estará en relación con la racionalidad de la decisión jurídica: la observancia de reglas de coherencia, consistencia, de principios de universalización y consecuencialistas,³³⁹ o en el cumplimiento de las reglas procedimentales de Alexy,³⁴⁰ o en el mantenimiento de las reglas de coherencia de Aarnio,³⁴¹ o bien, en el nivel de adhesión que suscitan las decisiones judicia-

³³⁸ *Ibidem*, pp. 298-307.

³³⁹ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., nota 35; *id.*, “Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico”, *op. cit.*, nota 35, entre otros.

³⁴⁰ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., nota 36.

³⁴¹ Aarnio, Aulis, “Las reglas en serio”, *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 17-35.

les.³⁴² Esta solución señala en síntesis que la interpretación judicial es legítima si está fundada en criterios jurídicos, y el carácter jurídico de una interpretación se deriva de su racionalidad en términos comunicativos. Una interpretación es considerada racional si está debidamente motivada. Habría dos tipos de racionalidad a observar. Una racionalidad teórica que se refiere a la argumentación está fundada en el orden jurídico, así como a su claridad conceptual y estructural y a que los argumentos no contengan contradicciones. La racionalidad práctica se relaciona con el cumplimiento de reglas —como las de Alexy, MacCormick o Aarnio— de la argumentación jurisprudencial.

A la idea de que la legitimidad del juez constitucional viene dada por la calidad argumentativa de sus decisiones, se suma el argumento de Perfecto Andrés Ibáñez, quien sostiene que:

...la legitimidad del juez no es formal sino materialmente democrática en cuanto su función está preordenada y es esencial para la garantía de los derechos fundamentales, que constituyen la “dimensión sustancial de la democracia”, y debe ajustarse estrictamente a la legalidad constitucionalmente entendida, siendo así ésta su vía de conexión con la soberanía popular. Se trata de una clase de legitimidad que no es asimilable a la derivada de la litúrgica investidura de las magistraturas del Estado liberal, sacramental y para siempre, sino condicionada y estrechamente vinculada a la calidad de la prestación profesional, sometida a la crítica pública y a eventuales exigencias de responsabilidad previstas en el ordenamiento.³⁴³

Perfecto Andrés Ibáñez y otros autores de nuestro entorno³⁴⁴ darán, además del argumento de calidad de las decisiones del juez y de su orientación a la protección de los derechos humanos a través de la legali-

³⁴² Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., nota 20. También véase Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, cit., nota 33, 1989; Manassero, María de los Ángeles, *De la argumentación al derecho razonable*, Pamplona, Eunsa, 2001; Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford-Nueva York, Clarendon Press, 1989.

³⁴³ Ibáñez, Perfecto Andrés, “Democracia con jueces”, *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 128, diciembre de 2002, p. 9.

³⁴⁴ Ibáñez, Perfecto Andrés, *El Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1986. Véase Sa-güés, Néstor Pedro, *Reforma judicial. Los sistemas de designación de magistrados y la escuela judicial en el derecho argentino y comparado*, Buenos Aires, Astrea, 1978.

dad constitucional, una gran importancia al estatuto personal del juez, a la unidad y exclusividad de la jurisdicción, y a la organización del Poder Judicial para poder medir el nivel de legitimidad judicial.

Trocker ya había señalado que el Poder Judicial trae su verdadera legitimación por el respeto de ciertas garantías procesales y formales. Es decir, el juez, para ser legítimo, deberá observar el régimen de garantías constitucionalmente previsto y el cumplimiento de las exigencias procedimentales, esto es, la observancia de la inmediación, de la efectividad del principio procesal de contradicción, del respeto al principio de presunción de inocencia y de la motivación de las decisiones. El juez se legitima por la incorporación plena de los valores inspiradores de la disciplina constitucional a su práctica jurisdiccional.³⁴⁵

Perfecto Andrés Ibáñez, Trocker y otros, insistirán en las garantías procesales y orgánicas para sostener la legitimidad del juez. Esto es, cómo el juez respeta los principios del proceso y qué estatuto judicial realmente tiene. La independencia sería la dimensión más importante de todo Poder Judicial, y se concibe como un principio dirigido a situar al órgano que imparte jurisdicción y a sus titulares al margen de presiones de otros poderes, de las partes o grupos sociales, individuos y también de los propios miembros del Poder Judicial.³⁴⁶ La independencia está al servicio de la imparcialidad del órgano, de sus miembros y de las decisiones mismas. En el plano institucional, implica lograr el equilibrio con el resto de las instituciones para que éstas no interfieran en su labor. Se ha señalado la existencia de dos tipos de independencia. La primera, externa o del órgano en su relación con los otros poderes de influencia del exterior, que data del constitucionalismo liberal, busca preservar que el Poder Judicial realice su función sin interferencia, principalmente, de los otros poderes; en esa época, del monarca o del Legislativo, y en la actualidad de alguno de los poderes que sea predominante. Por otra parte, existe la independencia interna, que se ocupa de salvaguardar que cada juez en lo particular, *uti singuli*, no sea constreñido por la voluntad de sus superior-

³⁴⁵ Trocker, N., “La responsabilità del giudice”, *Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile*, 4, 1982, p. 1300.

³⁴⁶ Ibáñez, Perfecto Andrés, “La corrupción en el banquillo”, *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 40, marzo de 1994, pp. 10 y 11. También véase López Aguilar, J. F., “La independencia de los jueces”, *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 51, abril de 1995, p. 15.

res o de los órganos internos del Poder Judicial. La independencia externa es pieza clave para medir la legitimidad del juez. No puede decirse que el Poder Judicial es independiente si el Ejecutivo diseña a su gusto la integración de los miembros del Poder Judicial o si puede sancionarlos, reducirles el salario, despedirlos o manipular la autonomía presupuestaria del órgano. La independencia interna sitúa al juez al abrigo de las presiones que nazcan del resto de la judicatura sobre el modo en que se debe ejercer su función. Se traduce en que no cabe otra corrección que la que emerge de la interpretación y aplicación del derecho de un órgano judicial superior a uno inferior y en virtud de los recursos legalmente previstos. La independencia interna entraña el respeto absoluto al voto particular cuando el órgano es colegiado.³⁴⁷

La responsabilidad es otro elemento o garantía orgánica a tener en cuenta para medir la independencia judicial: la posibilidad de que el juez sea controlado y sancionado cuando vulnera los principios y reglas de su función. La responsabilidad, sin embargo, está en tensión con la independencia judicial, pues a través o con el pretexto de la responsabilidad de los jueces, otros órganos o poderes del Estado, o los mismos magistrados encargados de sancionar a los miembros del Poder Judicial, pueden imponer sus puntos de vista, criterios de interpretación o hasta su ideología a los jueces objeto de ese examen. Lo importante es que el uso de la responsabilidad no sea instrumento de afectación de la independencia judicial o medio para inducir al conformismo y a la aceptación de los valores profesionales de la cúpula judicial.³⁴⁸

Un principio orgánico de legitimidad democrática es el respeto a los principios de unidad y exclusividad. Ambos implican que el Poder Judicial tiene el monopolio de la jurisdicción y que ningún otro poder u órgano puede imponer o exigir coactivamente el cumplimiento de lo previamente decidido en los procesos, pues esa potestad corresponde al Poder Judicial. El principio de exclusividad constriñe la actividad del Poder Judicial para que éste no tenga la pretensión de usurpar funciones administrativas o legislativas.³⁴⁹

³⁴⁷ Véase Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *El voto particular*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

³⁴⁸ Rebollo, Luis Martín, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

³⁴⁹ Ibáñez, Perfecto Andrés, *El Poder Judicial*, cit., nota 344, p. 153.

El estatuto judicial comporta también una serie de garantías judiciales que abonan en favor de la legitimidad democrática del juez. Los principales son: selección justa, transparente e imparcial; inamovilidad; remuneración suficiente y no reducción de percepciones durante el encargo; la existencia de una carrera judicial; inmunidades, y el derecho a procedimientos imparciales, orales y públicos en caso de la pretensión de imposición de sanciones.³⁵⁰

La selección de jueces implica que en el acceso a cualquier cargo judicial, éste debe ser necesariamente abierto a todos los que reúnan requisitos razonables y contar con la igualdad de oportunidades en los concursos. En cuanto a los jueces supremos o máximos, su designación debe estar revestida de una transparencia y deliberación pública especial a fin de salvaguardar la independencia e imparcialidad.³⁵¹

La inamovilidad entraña la permanencia de los miembros del Poder Judicial de carrera. Respecto al juez máximo o miembro del Tribunal Constitucional, su permanencia no debe ser indefinida, sino sujeta a la rotación a fin de ir incorporando al Poder Judicial posiciones jurisdiccionales diferentes y novedosas. Desde luego, el juez del Tribunal Constitucional o equivalente, durante su encargo, debe estar protegido constitucionalmente de amenazas internas o externas que puedan disminuir su nivel de independencia. Esto es, debe contar con inmunidades.

La remuneración suficiente y la prohibición de su reducción es un principio que proviene del artículo III de la Constitución estadounidense.³⁵² Significa que el salario o retribución judicial debe ser justa, adecuada e irrenunciable, conforme a las funciones y jerarquías del cargo.

No puede concebirse un Poder Judicial moderno sin carrera judicial, la cual debe estar normada por criterios democráticos, entre los que hay que destacar los de igualdad de oportunidades, objetividad e imparcialidad. La carrera judicial es la columna vertebral del estatuto judicial y de su estructura, organización, procedimientos y reglas, y depende de que

³⁵⁰ Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, cit., nota 234, pp. 165 y 166.

³⁵¹ Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 344.

³⁵² El artículo III, sección I, de la Constitución de Estados Unidos señala que los jueces permanecerán en su cargo en tanto que observen buena conducta, y que deberán recibir por sus servicios una remuneración que no deberá ser disminuida durante su permanencia en funciones.

se tomen o no decisiones adecuadas en el desenvolvimiento profesional de sus miembros.

En este sentido, el autogobierno del Poder Judicial constituye un elemento institucional para reforzar la independencia y el estatuto de los jueces. El autogobierno implica que un órgano autónomo del Poder Judicial, pero compuesto principalmente por miembros judiciales, se encarga de la administración de los órganos jurisdiccionales así como de la carrera judicial para evitar no sólo la dominación administrativa del Ejecutivo, sino también de los tribunales de mayor jerarquía de cada país.³⁵³

Para que los órganos del autogobierno del Poder Judicial o consejos de la judicatura garanticen la independencia, el estatuto de los jueces, y con ellos la legitimidad democrática del Poder Judicial, es muy importante que:

- 1) Su integración sea preponderantemente del Poder Judicial y se realice por métodos de selección interna democrática, transparente y abierta a la sociedad.
- 2) Que la duración en el cargo de sus miembros titulares no se vea afectada por los condicionamientos, términos y plazos de duración de los otros poderes, principalmente del Ejecutivo.
- 3) Que los elementos del Consejo posean casi todas las garantías de los miembros del Poder Judicial, con excepción de algunas, como la inamovilidad absoluta para evitar mandarinatos a su interior.
- 4) Que para ser miembro no proveniente del Poder Judicial se acredite efectivamente una gran solvencia jurídica y de conocimiento de los problemas del Poder Judicial.
- 5) Es conveniente que la duración en el cargo de consejero no sea demasiado corta para evitar la irresponsabilidad de sus miembros.
- 6) El presupuesto del órgano debe estar señalado por la Constitución, según la regla de un porcentaje del presupuesto nacional.
- 7) Es fundamental que el Consejo se entienda como órgano constitucional autónomo, no limitado tampoco por las directivas de los tribunales supremos de cada país, con la finalidad de democratizar el Poder Judicial.

³⁵³ Ibáñez, Perfecto Andrés, *El Poder Judicial*, cit., nota 344, pp. 32 y ss.

- 8) El Consejo debe funcionar y organizarse con reglas internas democráticas y transparentes en la selección de su presidente, en la continua rotación de cargos y funciones y en la adopción de las decisiones.
- 9) El trabajo del Consejo y sus decisiones no deben interferir en la independencia jurisdiccional de los jueces. Por eso, en los procedimientos disciplinarios, de traslado, designación y ascenso, deben guardarse absolutamente todas las garantías procesales y constitucionales.
- 10) Las atribuciones del Consejo de la judicatura por ningún motivo deben ser jurisdiccionales. Primero, porque los consejos no forman parte del Poder Judicial en sentido estricto, y en segundo, porque el único que tiene la atribución jurisdiccional es el Poder Judicial.
- 11) Los consejos deben adoptar sus decisiones en público y, como cualquier otro órgano constitucional, además de estar sometidos a la crítica ciudadana, deben ser controlables por el Tribunal Constitucional por ser éste el órgano de defensa de la constitucionalidad y del Estado de derecho.³⁵⁴

El Consejo de la Judicatura Federal mexicano resulta criticable por no observar muchas de las anteriores características, entre otras:

- a) El Ejecutivo interviene en la designación de uno de sus miembros, lo que no es aceptable dada la historia reciente de control y dominación del Poder Ejecutivo sobre el Judicial.
- b) La duración de cinco años en el cargo de consejero hace a los titulares del Consejo reos de los intereses sexenales del Ejecutivo o del Legislativo.
- c) La composición no es preponderantemente judicial, cuando debe serlo. Los intereses políticos influyen en asuntos que por su naturaleza deben ser técnico-administrativos.
- d) La forma de designación de sus titulares carece de transparencia, deliberación y participación social.

³⁵⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, cit., nota 234, pp. 167 y 168.

- e) La integración de los componentes del Consejo debería ser más democrática, en el sentido de que entre sus miembros se eligiera a su presidente.
- f) El presidente de la Suprema Corte de Justicia no debería ser parte del Consejo, ya que él representa a un órgano diferente del Poder Judicial. Implica una intromisión en la independencia interna judicial.
- g) El Consejo no representa todas las tendencias dentro del Poder Judicial (no es suficientemente representativo).

La autonomía financiera es una vertiente de la independencia económica del Poder Judicial que le daría a éste capacidad de gestión administrativa e impediría que vía la negociación o manipulación del presupuesto se constriña su independencia.

Otro tema clave es el de la relación del Poder Judicial federal con los poderes judiciales locales y los mecanismos de distribución de competencias. Para la legitimidad democrática del Poder Judicial en México es imprescindible una revisión del papel del amparo casación y la vulneración de las competencias de los tribunales locales. El Poder Judicial debe ser consecuente con el federalismo. No obstante, una reforma hacia el federalismo judicial obliga a que los tribunales locales gocen de todas las garantías orgánicas y procesales que hasta ahora no tienen. Los tribunales locales están menos protegidos, jurídica, política y económicamente, que los tribunales federales, frente a las atribuciones constitucionales y metaconstitucionales de los Ejecutivos locales.

Otras garantías orgánicas y procesales hacia la legitimidad democrática del Poder Judicial están en el orden de la más plena transparencia y publicidad de procedimientos y decisiones;³⁵⁵ tienen relación con cambios organizativos y administrativos al interior del Poder Judicial: con la

³⁵⁵ La Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal, durante el 2004, elaboraron un nuevo reglamento para la aplicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública gubernamental. El reglamento contiene restricciones importantes a la información que pueden ser consideradas contrarias a la Constitución. Lo más grave es que sólo son públicos, con algunas reservas, los expedientes concluidos y no así los procedimientos en trámite. Además de que se restringe vía un reglamento un derecho fundamental como el de información, lo que es contrario al artículo 1o. de la Constitución y al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

creación de un Tribunal Constitucional en México; con reformas a los medios, recursos e instrumentos de control de constitucionalidad;³⁵⁶ con la vinculación directa del juez ordinario a la Constitución, ya sea a través de mecanismos de control difuso o mediante la introducción de la cuestión de inconstitucionalidad.³⁵⁷

Hasta aquí hemos expuesto que un buen número de teorías insisten en la calidad de las decisiones judiciales o en las garantías procesales y orgánicas para dotar de legitimidad democrática al Poder Judicial, pero me parece que otras vías o garantías tienen que ver con la relación entre el Poder Judicial y los ciudadanos y con la apertura del Poder Judicial a la sociedad. En este sentido, una tutela judicial efectiva implica reformas procesales profundas en aras de garantizar que el ciudadano en demanda de justicia encuentre en el Poder Judicial las vías procesales, la expeditéz y la corrección de las decisiones. Para ello se requiere la incorporación de métodos alternativos de solución de controversias: mediación, arbitraje, amigable composición; se precisa de un cambio en la cultura jurídica en donde el juez ordinario y constitucional entiendan que su misión es el cumplimiento de los valores, principios y normas que forman el ordenamiento,³⁵⁸ en especial el acatamiento a los derechos humanos con énfasis especial en los medios de acceso a la justicia y protección judicial; se necesita un cambio en la cultura jurídica que incorpore los modelos neoconstitucionales; se requiere de nuevos mecanismos de protección de los derechos fundamentales, tales como las acciones colectivas o de protección de intereses difusos, recursos de tutela a los derechos económicos, sociales y culturales, la incorporación de sectores marginados o minoritarios al proceso a través de la figura del *amicus curiae*, y la orientación de las decisiones del Poder Judicial en aras de profundizar los canales democráticos de la sociedad.

³⁵⁶ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002; Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 127-172.

³⁵⁷ Cárdenas Gracia, Jaime, "Remover los dogmas", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 6, enero-junio de 2002, pp. 17-48.

³⁵⁸ Prieto Sanchis, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 125.

VIII. UNA VISIÓN FRANCESA: ROUSSEAU Y TROPER

Para Dominique Rousseau, que sigue a Marcel Gauchet, la democracia ya no tiene el significado y el sentido de regla de la mayoría; se considera que el juez constitucional hace prevalecer la voluntad del pueblo trascendente o perpetuo, el único verdadero soberano, por encima del pueblo actual.³⁵⁹

Esta tesis sostiene que:

...ninguna configuración política es inmutable. Desde su invención —¿en la Antigüedad?— la democracia ha adoptado formas diversas y cambiantes. La que domina en nuestros días es la forma representativa: sobre la base del derecho de sufragio universal directo, organizado y canalizado por los partidos políticos, a los elegidos se les atribuye el monopolio de la representación y de la expresión de la voluntad de los ciudadanos. Estos últimos carecen de medios jurídicos para limitar a sus representantes en los periodos comprendidos entre dos elecciones. Pero, a pesar de ser la forma dominante, se reconoce que la democracia representativa ha dejado de producir sus efectos, está acabada, o simplemente está “en crisis”. Quizá, más que estar “en crisis”, de hecho está siendo objeto de una nueva mutación, sobre todo y en buena medida, por la emergencia de la justicia constitucional. En efecto, esta última introduce dos elementos que perturbaban la lógica representativa clásica: la ley deja de encontrar su sentido en la voluntad de los elegidos y pasa a encontrarla en la Constitución tal y como la interpretan los jueces constitucionales; los ciudadanos ya no quedan desamparados, sino que encuentran en el recurso a los tribunales constitucionales el instrumento que les permite controlar, entre dos elecciones, el trabajo legislativo de sus representantes.³⁶⁰

La democracia continua o perpetua de Rousseau es una democracia que se distingue de la directa, caracterizada por la distinción entre representantes y representados, y de la puramente representativa, que reduce al máximo la comunicación entre representantes y representados. La de-

³⁵⁹ Véase Rousseau, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 28-30; Troper, Michel, “El Poder Judicial y la democracia”, *La función judicial. Ética y democracia, cit.*, nota 288, pp. 209-233.

³⁶⁰ Rousseau, Dominique, *op. cit.*, nota anterior, pp. 106 y 107.

mocracia continua podría definirse —al menos de forma provisional— como una superación de la representación, no tanto porque la suprime, sino porque transforma y amplía el espacio de participación popular a través de la jurisdicción constitucional que permite a los individuos ejercer un trabajo político: el control de la acción de los gobernantes fuera de los momentos electorales.

Señala Dominique Rousseau que la legitimidad democrática del juez constitucional reside en su capacidad para controlar el poder. Cita al filósofo Alain, quien sostenía: “Un tirano puede ser elegido por sufragio universal y no deja de ser por ello menos tirano. Lo que importa no es el origen de los poderes sino el control continuo y eficaz que los gobernados ejercen sobre los gobernantes”.³⁶¹ El control posee dos características: un aspecto “interno” a la sociedad política, cada una de sus instituciones se controlan, y un aspecto “externo”, los gobernados deben disponer de un derecho de controlar estas instituciones. Esta segunda característica se convierte hoy en día en el elemento central de la exigencia democrática, pues la primera se revela insuficiente en cuanto los individuos mejor informados y con mayores conocimientos acceden a la comprensión del juego político y no aceptan ni ser apartados ni expedir un cheque en blanco a sus elegidos. Lo que se pretende, a falta de un poder de decisión, es al menos ejercer una influencia sobre las mismas, un derecho de control que les permita verificar que sus expectativas, preocupaciones y necesidades, no se desvíen por las tendencias de los políticos destinadas a satisfacer prioritariamente sus intereses particulares.

Los tribunales constitucionales son la garantía y salvaguardia de la libertad individual y con carácter más general de los derechos fundamentales, y aunque la subjetividad del juez no puede negarse, la interpretación de los textos no es nunca libre sino que viene determinada por un conjunto de circunstancias, entre las que la crítica pública de la doctrina y las reacciones de la opinión pública juegan un papel importante. La legitimidad democrática de la justicia constitucional se fundamenta en las transformaciones que su acción y los discursos que la acompañan provocan en la noción de la democracia.³⁶²

La posición de Troper es disolvente. Dice que si nos mantenemos dentro de la concepción clásica de la democracia: un sistema en el cual el

³⁶¹ *Ibidem*, p. 29.

³⁶² *Ibidem*, pp. 30 y 31.

poder es ejercitado por medio de normas generales adoptadas por el pueblo o sus representantes, la mayor parte de los sistemas reales no son democracias, puesto que un gran número de normas generales son creadas por jueces, que no son representantes electos. Establece que a partir de lo anterior sólo hay dos posibles alternativas: *a)* o se considera que los Parlamentos electos son democráticos, y se debe llamar a estos sistemas “régimenes mixtos”, puesto que el poder es ejercido conjuntamente por una autoridad democrática y una autoridad aristocrática; o *b)* se considera que los Parlamentos no son más que una aristocracia electa y es necesario, por tanto, considerar que los sistemas en los que vivimos son repúblicas aristocráticas.³⁶³

La justicia constitucional presupone un concepto de democracia definido no ya como gobierno del pueblo por el propio pueblo, sino como gobierno de una voluntad general, formada en parte bajo la influencia que el pueblo ejerce a través de representantes y por otra de los jueces.³⁶⁴ El gobierno de los jueces implica que éstos han usurpado un poder que no es naturalmente suyo en el sistema democrático, porque debería ser de quienes fueron electos por el pueblo. El gobierno de los jueces es una variedad de gobierno aristocrático; en una visión más débil, como ya se ha dicho, los jueces pueden ser considerados representantes y el gobierno de los jueces puede incluso ser llamado democracia si esta palabra no designa el poder de la mayoría, sino el reino de los valores llamados “democráticos”.³⁶⁵

En materia de interpretación, Troper aduce una posición menos radical. El intérprete es jurídicamente libre de hacer cualquier interpretación, pero esa libertad jurídica, el derecho de hacer esto o aquello, se acompaña de restricciones resultado del contexto en el que se opera y especialmente de la necesidad de justificar de manera coherente las interpretaciones que ofrece.³⁶⁶ La interpretación no tiene la pretensión de conocer la voluntad general, la interpretación es un acto de voluntad del intérprete ceñido por un contexto. La retórica es el arma estratégica del intérprete que

³⁶³ Troper, Michel, “El Poder Judicial y la democracia”, *op. cit.*, nota 288, p. 231.

³⁶⁴ Véase Troper, Michel, *Por una teoría jurídica del Estado*, *cit.*, nota 288, p. 328.

³⁶⁵ Véase Troper, Michel, *Ensayos de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2004, p. 148.

³⁶⁶ Bolaños, Bernardo, “Michel Troper y el realismo jurídico francés”, *Ensayo de teoría constitucional*, Fontamara, 2004, p. 11.

se desenvuelve dentro del contexto. Sin embargo, la teoría de la interpretación de Troper no se abre al debate público como en la obra de Rousseau o de Habermas.

La obra de Rousseau o Troper arrumba posiciones como las de Jeremy Waldron,³⁶⁷ quien ve en la decisión por mayoría no sólo el procedimiento eficaz para la toma de decisiones, sino un procedimiento respetuoso en donde los individuos son tenidos en consideración, al respetar y tomar en serio la realidad de sus diferencias de opinión acerca de la justicia y el bien común, y al tratarlos como iguales en la autorización de la acción política. La democracia a todas luces se ha mutado, y no es ya sólo el sistema basado en la regla de las mayorías. Es un régimen político sujeto a embates graves como la partidocracia y el gobierno de expertos en un mundo globalizado. ¿Cómo conciliar democracia con derechos humanos y justicia constitucional? Creo que es posible si el ciudadano y la sociedad recobran el primer plano; si los tribunales constitucionales y el juez constitucional se abren a la sociedad como mecanismos de control de poder, tal como apunta Rousseau; si la democracia participativa, deliberativa y la transparencia plena se imponen; si los procesos de globalización son controlados por los ciudadanos, y si los derechos humanos de libertad y de igualdad son plenamente garantizados. Es obvio que la democracia no es ya una simple democracia de mayorías sino un sistema normativamente sujeto a reglas muy exigentes por lo que respecta a la celosa garantía de los derechos individuales y sociales, que son los que permiten el despliegue de la autonomía de cada ciudadano, es decir, de su innegociable dignidad. La democracia es justificable si se somete a restricciones constitucionales.³⁶⁸

IX. HABLEMOS DE HABERMAS

El filósofo de Frankfurt sostiene que en países como Alemania o Estados Unidos es en donde la legitimidad de las decisiones judiciales se controvierte de manera más fuerte.³⁶⁹ La discusión presenta tres vertien-

³⁶⁷ Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999, pp. 158 y 160.

³⁶⁸ Garzón Valdés, Ernesto, "Optimismo y pesimismo en la democracia", *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 131, abril de 2003, pp. 24-32.

³⁶⁹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, *cit.*, nota 29, p. 312.

tes: la distribución de competencias entre el legislador democrático y la administración de justicia, es decir, una lectura desde la división de poderes; la segunda implica un debate sobre la indeterminación del derecho, pero centrándose en la “teoría de los valores”, y la tercera insiste en proteger el procedimiento democrático de la producción del derecho.

Sobre el primer aspecto, Habermas no encuentra una limitación o afectación a la división de poderes. Los tribunales constitucionales actúan en el sentido de unificar y coherentizar el derecho.³⁷⁰ Sólo puede encontrarse un problema cuando el Tribunal Constitucional ejerce una función de legislador negativo en el control abstracto de normas. Sobre este punto, Habermas es más partidario del autocontrol constitucional del Poder Legislativo, aunque insiste en el hecho de que toda interpretación constitucional tiende a la clarificación del derecho y al mantenimiento de un orden jurídico coherente. Citando a Hesse señala:

Las decisiones del Tribunal Constitucional contienen sin duda un momento de configuración creadora. Pero toda interpretación tiene un carácter creador. Y sigue siendo interpretación aun cuando sirva a responder a cuestiones de derecho constitucional y tenga por objeto normas de la amplitud y apertura de las que son propias del derecho constitucional. La concretización de tales normas puede ofrecer mayores dificultades que la de los preceptos elaborados con mucho más detalle; pero esto no cambia nada en el hecho de que en ambos casos se trata de procesos estructuralmente análogos. Desde este punto de vista las competencias, más amplias, del Tribunal Constitucional no tendrían por qué poner en peligro la lógica de la división de poderes.³⁷¹

Habermas critica el uso de principios como el de proporcionalidad, la reserva de lo posible, la limitación de derechos fundamentales inmediatamente válidos por derechos fundamentales de terceros, la protección de los derechos fundamentales mediante organización y procedimiento, etcétera.³⁷² Dichos conceptos sirven en caso de colisión para relacionar entre sí diversas normas, con la vista puesta en la “unidad de la Constitución” y en su estructura abierta. La apelación a tales principios sí podría

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 313.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 317.

³⁷² *Ibidem*, p. 321.

abrir la puerta a una creación del derecho de inspiración política que conforme a la división de poderes debería quedar reservada al legislador democrático.³⁷³

En la segunda vertiente, Habermas se opone a la jurisprudencia de valores del Tribunal Constitucional alemán. Para nuestro autor, los derechos fundamentales cobran un sentido distinto según se les entienda en el sentido de Dworkin, como principios jurídicos deontológicos, o en el sentido de Alexy, como bienes jurídicos optimizables. “Quien hace agotarse una Constitución en un orden concreto de valores, desconoce su específico sentido jurídico; pues como normas jurídicas, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción y no conforme al modelo de bienes apetecibles”.³⁷⁴

La interpretación basada en valores, según Habermas, desvirtúa el papel del juez constitucional. Según él, esto puede verse en los excesos mencionados por Perry, quien considera que el juez constitucional es un maestro y un profeta, que con su interpretación de la palabra divina de los padres fundadores asegura la continuidad de una tradición constitutiva de la comunidad, para lo cual el juez, ni puede atenerse a la letra estricta ni tampoco depender de las convicciones mayoritarias.³⁷⁵

De esta manera la jurisprudencia de valores rompe con la posibilidad de coherencia interpretativa y la racionalidad normativa. El juez constitucional no puede disponer de razones específicas y propias de suerte que sirvan a una interpretación, desarrollo y configuración del sistema de los derechos dependiente directamente del Tribunal y, por tanto, a una actividad legislativa implícita. El Tribunal Constitucional no podría desarrollar su propia agenda con base en valores por él constituidos. Por eso, el control de normas no puede significar encargos al legislador a partir de la agenda del juez constitucional.

Habermas menciona que sólo las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes aseguran la legitimidad del derecho establecido. El Tribunal Constitucional habrá de proteger el sistema de derechos previsto en la Constitución y someter a un examen los contenidos de las normas controvertidas en conexión, sobre todo, con los presupues-

³⁷³ *Ibidem*, p. 326.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 329.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 331.

tos comunicativos y las condiciones procedimentales del proceso democrático de producción de normas. Habermas estima que la comprensión procedimentalista de la Constitución —como lo hace Ely en Estados Unidos— da al problema de la legitimidad de la jurisdicción constitucional un giro en términos de teoría de la democracia.³⁷⁶

La tercera vertiente se ha desarrollado sobre todo en Estados Unidos. ¿Cómo dividir el trabajo entre el legislador democrático y el Tribunal Constitucional? Ciertas visiones, como las del republicanismo renovado, entienden el papel del Tribunal Constitucional como el de un defensor de la democracia deliberativa, porque los grupos de interés imponen sus objetivos privados sobre el aparato estatal a costa de los intereses generales. Autores como Sunstein y Ackerman estarían dentro de esta tradición.

Habermas señala que si se entiende la Constitución como interpretación y configuración de un sistema de derechos mediante el cual se hace valer la conexión interna de autonomía pública y privada, una jurisprudencia constitucional ofensiva no sólo no resultaría perjudicial en los casos en que se trate de hacer valer el procedimiento democrático y la forma deliberativa de formación de la opinión y de la voluntad política, sino que incluso viene normativamente exigida. Sin embargo, para nuestro autor, tenemos que liberar el concepto de política deliberativa de connotaciones que exijan demasiado del Tribunal Constitucional, pues lo obligarían a estar permanentemente definiendo y decidiendo. Para el filósofo de Frankfurt, el Tribunal Constitucional no puede adoptar el papel de un regente que ocupa el lugar del sucesor en el trono ante la minoría de edad de éste y bajo el ojo crítico de un espacio público jurídicamente politizado —el de una ciudadanía ya adulta y convertida en comunidad de intérpretes de la Constitución—, el Tribunal Constitucional puede adoptar a lo sumo el papel de un tutor. La idealización del papel del Tribunal Constitucional es producto del estrechamiento ético de los discursos políticos.³⁷⁷

Como puede apreciarse, la posición de Habermas desconfía del activismo de los tribunales constitucionales. Reclama que sean situados dentro del marco de la división de poderes y en el adecuado reparto de trabajo con el legislador democrático. Habermas rechaza la jurisprudencia constitucional de valores de corte teleológico y prefiere una jurispuden-

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 337.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 354.

cia de principios deontológica. También se opone a la tendencia que apoya la idea de tribunales constitucionales que promuevan agendas propias más allá de lo que puede ser derivado de la Constitución y del legislador democrático. Existe también en su obra una actitud escéptica del Tribunal Constitucional como promotor de la democracia deliberativa.

Habermas es partidario de jueces constitucionales constreñidos, en donde la sociedad es la que tiene el rol más importante para generar las condiciones comunicativas y deliberativas. Es la sociedad la que conforma en primera instancia la comunidad de intérpretes constitucionales.

X. ¿CÓMO LEGITIMAR AL JUEZ CONSTITUCIONAL?

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

¿Qué Poder Judicial es legítimo? Podríamos contestar esta pregunta en el sentido de Perelman o de Habermas, con palabras muy parecidas.³⁷⁸ El Poder Judicial es legítimo si se dirige al auditorio universal. ¿Cuándo se dirige al auditorio universal? Desde mi punto de vista, cuando a través de sus decisiones promueve los canales de la democracia participativa y deliberativa, es decir, establece las condiciones para generar las bases comunicativas en la sociedad y desarrolla la sociedad abierta y tolerante; cuando es un instrumento de control del poder en el sentido de lo expuesto por Dominique Rousseau y ya reseñado páginas atrás; cuando se coloca en el plano de la defensa de las minorías a fin de darles voz y participación en el debate público; cuando hace posible que las precondiciones de la democracia: libertad de expresión, derecho a la información,

³⁷⁸ Debemos recordar que Perelman tiene como punto central de su teoría la existencia de un auditorio universal en el que los participantes actúan con libertad y simetría, sujetos al carácter coactivo del mejor argumento. Por su parte, Habermas desarrolla las condiciones de una situación ideal de habla con el propósito de generar situaciones deliberativas, participativas y democráticas. En ambos, la finalidad es la obtención de un consenso social apoyado en la imparcialidad.

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

Para que el juez constitucional y el Poder Judicial se dirijan al auditorio universal es obvio que se precisa de cambios institucionales y de cultura jurídica. La doctrina ha señalado algunos cambios que resalto: *a)* vinculación con el legislador democrático y con el Ejecutivo; *b)* racionalidad y justificación de las decisiones; *c)* garantías orgánicas; *d)* garantías procesales, y *e)* vinculación con la sociedad.

La vinculación con el legislador democrático y el Ejecutivo puede lograrse de variadas formas, tal como recogimos en el pensamiento de Niño y de la Constitución canadiense que ya se ha explicado. Por mi parte, propongo un control obligatorio previo de constitucionalidad abstracto, en donde el juez constitucional no se pronuncie por la declaración de inconstitucionalidad de la ley o del reglamento, sino que le señale al legislador y al Ejecutivo, las deficiencias constitucionales de las normas y promueva un debate con esos poderes. Se trataría de ejercer el control constitucional antes de la promulgación de la ley o reglamento, con el propósito de abrir una discusión interinstitucional sobre la constitucionalidad, en donde los sectores sociales interesados puedan acudir como terceros y bajo la figura de *amicus curiae*. La finalidad es obvia: impedir la aprobación de leyes y reglamentos al vapor sin la suficiente deliberación constitucional de temas fundamentales para la sociedad y, por otro lado, no vulnerar de entrada la legitimidad democrática del Legislativo y del Ejecutivo. Es decir, el juez constitucional sería respetuoso con el legislador y el Ejecutivo democráticos, pero sí incidiría en la revisión de constitucionalidad de las normas. Sería una forma de crítica interna del derecho, tal como la ha explicado Ferrajoli, antes de que las normas entren en vigor,³⁷⁹ y además se tendría la debida participación social. La medida corregiría las deficiencias deliberativas existentes en el Parlamento.

³⁷⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., nota 48, pp. 851-903.

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

Las garantías orgánicas implican la independencia plena del Poder Judicial y del juez constitucional, así como la garantía del estatuto personal del juez o la garantía de unidad y la exclusividad de la organización del Poder Judicial, entre otras. Muchas medidas de este ámbito deben ser discutidas. En principio, la separación del Tribunal Constitucional del Poder Judicial, la implementación del control difuso, mixto (concentrado y difuso), o la incorporación de la cuestión de constitucionalidad, a fin de que cualquier juez o autoridad tenga la posibilidad de plantear cuestiones constitucionales y hacer crítica interna al derecho. También debe revisarse el mecanismo de designación de los más altos jueces del país con el propósito de ampliar la transparencia y la participación social en las designaciones. Las designaciones copulares, sin participación social y sin transparencia, no ayudan; por el contrario, socavan la legitimidad del Poder Judicial. En Argentina se está proponiendo mayor publicidad en los procedimientos de designación de los jueces de la Corte Suprema, se reclaman audiencias públicas para el debate previo a la aprobación de los pliegos presentados por el presidente al Senado y la participación de la sociedad civil en las audiencias; la ciudadanía en general podría presentar opiniones y/o preguntas a los nominados, que deberán ser respondidas por ellos públicamente en el Senado. También se pide que el presi-

dente se autolimite en la designación de candidatos afines a su partido o carentes de antecedentes óptimos.³⁸⁰

Los mecanismos de transparencia en la designación, desde luego, deben ser reforzados para el nombramiento de los miembros del Consejo de la Judicatura Federal, y en los concursos y actuaciones de designación, remoción o sanción de los miembros de carrera del Poder Judicial. La independencia externa e interna debe ser ampliada con medidas tales como la autonomía presupuestal del Poder Judicial y con la imposición de severas sanciones al juez o funcionario judicial que determine de forma contraria a derecho criterios de actuación judicial en otros jueces. El respeto a la figura del voto particular y la disidencia jurídica en el Poder Judicial debe ser no sólo respetada sino garantizada. Los sistemas de responsabilidad de jueces no deben servir para vulnerar la independencia externa o interna del juez, o ser medio para inducir al conformismo y la aceptación de los valores profesionales de la cúpula judicial.

El Poder Judicial debe ganar de otros poderes, sobre todo del Ejecutivo, las competencias que le han arrebatado. La unidad y exclusividad de la jurisdicción es norma de la independencia del Poder Judicial. El estatuto judicial o garantías judiciales de inamovilidad, selección justa, transparente e imparcial, remuneración suficiente y no reducción de percepciones durante el encargo, son elementos fundamentales de la independencia de la jurisdicción que coadyuvan a la imparcialidad. En un reciente trabajo se incorporan como variables para medir la legitimidad democrática de los jueces, las siguientes: proceso de selección de jueces, estabilidad del mandato, procedimientos de asignación de casos, control de constitucionalidad, publicidad, independencia personal, jurisdicción exclusiva, ampliación del acceso a la justicia, duración de los mandatos, actores que participan en la selección de jueces, dificultad para remover jueces, entre otras.³⁸¹

³⁸⁰ A este respecto es muy importante analizar el documento titulado “Una corte para la democracia”, del 22 de enero de 2002, elaborado por las siguientes asociaciones argentinas: Asociación por los Derechos Civiles, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Fundación Poder Ciudadano, Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y Unión de Usuarios y Consumidores.

³⁸¹ Linares, Sebastián, “La independencia judicial: conceptualización y medición”, *Política y Gobierno*, México, vol. XI, núm. 1, primer semestre de 2004, pp. 73-136.

El Consejo de la Judicatura Federal debe ser reformado en el sentido reseñado en las páginas anteriores. La autonomía de este órgano debe ser real aun frente al propio Poder Judicial. El Consejo debe ser el órgano de gobierno y administración del Poder Judicial. Sus procedimientos, sesiones y debates deben ser públicos y con participación de los interesados o afectados con sus determinaciones. La información que se genere debe estar disponible a los ciudadanos.

En México, un tema pendiente es el del federalismo judicial. Los jueces locales deben gozar de todas las garantías orgánicas y procesales que hasta ahora no tienen. Los tribunales locales están menos protegidos, jurídica, política y financieramente, que los tribunales federales frente a las atribuciones constitucionales y metaconstitucionales de los Ejecutivos locales. El reparto competencial entre los jueces federales y locales debe ponerse a discusión, sobre todo en cuanto a la indebida intromisión de la justicia federal en la local por medio del llamado amparo casación.

Las garantías procesales van en el sentido de salvaguardar la legitimidad judicial a través de los principios procesales clásicos: adaptación del proceso, adquisición procesal, concentración, congruencia, contradictorio, eficacia procesal, igualdad, impulsión procesal, oralidad, publicidad, etcétera. También mediante la incorporación de métodos alternativos de solución de controversias: mediación, arbitraje, amigable composición; y con un cambio en la cultura jurídica, en donde el juez ordinario y constitucional entiendan que su principal misión es el cumplimiento de los principios y reglas constitucionales, en especial el acatamiento de los derechos humanos con énfasis especial en los medios de acceso a la justicia y protección judicial.

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

- a) Modificar los vetustos criterios de la legitimación procesal activa. Abrir la jurisdicción a las acciones colectivas y protección de intereses difusos. También reformular los anquilosados criterios de interés jurídico. La jurisdicción debe estar al servicio de los ciudadanos y no debe ser un medio para denegar justicia.
- b) La apertura a la jurisdicción debe darse también con una revisión a la capacitación técnica y la ampliación de recursos para los defensores de oficio.

- c) La incorporación de sectores marginados o minorías al proceso debe ser una realidad a través de la figura del *amicus curiae*.
- d) Deben incorporarse nuevas instituciones procesales para garantizar la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales.
- e) La garantía de la tutela judicial efectiva y la protección judicial debe ser la norma orientadora en todas las decisiones del Poder Judicial.
- f) Se debe promover un cambio en la cultura jurídica en donde el juez no se asuma como un burócrata pasivo sino como un activo defensor de la Constitución y los derechos humanos.
- g) El Poder Judicial y el juez constitucional deben ser concebidos como un controlador del poder. Ponerse del lado de la sociedad y de los derechos y no de las instancias de autoridad, ya sean públicas o privadas. La justicia constitucional es el instrumento de control del gobernado fuera de los momentos electorales.
- h) La legitimidad de la constitucionalidad se fundamenta en las transformaciones que su acción y los discursos que la acompañan provocan en la noción de la democracia.
- i) Los tribunales deben proteger el sistema de derechos previsto en la Constitución y someter a examen los contenidos de las normas controvertidas en conexión, sobre todo, con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales del proceso democrático de producción de normas.
- j) Debido a su falta de legitimidad democrática directa u originaria, el Poder Judicial debe ampliar la transparencia, deliberación y participación en sus decisiones, procedimientos y funcionamiento, más allá de lo que hace cualquier otro poder público u órgano del Estado.