

## JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA

Fernando SERRANO MIGALLÓN\*

Al afirmarse la forma de Estado constitucional, se ha acentuado también la extensión del principio de legalidad como fundamento no sólo de la función administrativa y jurisdiccional, sino también de la actividad normativa y, específicamente, de aquella de rango primario o legislativo. Con la extensión del principio de legalidad al ámbito legislativo —que encuentra su principal expresión en las Constituciones rígidas— ha cobrado fuerza la exigencia de dispositivos de control cuya finalidad sea asegurar el cumplimiento de este principio.

Esta necesidad de dispositivos de control constitucional ha sido objeto de diversos estudios y al respecto se han sostenido posturas que, en algunos casos, han sido completamente antagónicas. Carl Schmitt y Hans Kelsen, por ejemplo, debatieron sobre quién debía ser el guardián de la Constitución. Schmitt sostenía que esa función correspondía al presidente del Reich, dadas las facultades que le otorgaba el artículo 48 de la Constitución de Weimar. Impedir la intervención de los jueces en el control de la constitucionalidad prevendría, a decir de Schmitt, la “judicialización de la política”, que constituía en muchas ocasiones la antesala de la “politización de la justicia”. Para él, un tribunal protector de la Constitución triunfaría sólo en un Estado judicialista, donde todos los actos de la vida política pudieran ser controlados jurisdiccionalmente.<sup>1</sup>

Kelsen se pronunció en contra de este planteamiento, pues para él la idea del titular del Reich como defensor de la Constitución había sido heredada de los representantes del constitucionalismo decimonónico, quienes con base en el principio monárquico preconizaron la tesis de que el

\* Ex director de la Facultad de Derecho de la UNAM.

<sup>1</sup> Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, 2a. ed., trad. Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1998.

monarca era el guardián natural de la Constitución. Kelsen pensaba que esta interpretación buscaba compensar la pérdida de poder que el jefe de Estado había sufrido cuando las monarquías constitucionales sustituyeron a las absolutas. La defensa monárquica de la Constitución llevada a cabo de esta manera haría ineficaces sus garantías, sobre todo ante violaciones debidas al propio monarca y aquellos colaboradores que refrendaban sus actos. Por esta razón, Kelsen pensaba que para defender la Constitución, debía prevalecer la institución de un tribunal independiente de los poderes públicos, facultado para decidir, como resultado de un procedimiento contencioso, sobre la constitucionalidad de los actos del Parlamento y del gobierno.<sup>2</sup>

El paso del tiempo mostró que las ideas kelsenianas prevalecieron sobre las de Schmitt, pues actualmente la defensa de la Constitución se ha establecido, en la mayoría de los casos, a través de una jurisdicción constitucional cuya finalidad es que todo acto o norma sea congruente con lo establecido en el texto de la Ley Fundamental. Pero tampoco las ideas de Schmitt se ven muy alejadas del contexto en el que se desarrolla la justicia constitucional pues, en muchos casos, los tribunales constitucionales imprimen un contenido político a sus decisiones.

La institución de la jurisdicción constitucional se articula, aunque de diversas maneras, principalmente en dos direcciones: la normativa y la institucional.<sup>3</sup> En la primera, el control de la constitucionalidad se entiende como un control de compatibilidad entre normas y, preponderantemente, de la adecuación de todas las normas a la Constitución. Desde esta óptica, los órganos jurisdiccionales que tienen a su cargo el control de la constitucionalidad se convierten en “juzgadores de la ley” y representan un complemento desde el punto de vista organizacional al Estado de derecho, al asegurar la efectividad de la Constitución y, de esta forma, garantizar los derechos de los ciudadanos.

En la jurisdicción constitucional de carácter institucional, el control busca la constitucionalidad de los actos de los órganos del Estado. En ella, los órganos que tiene a su cargo la jurisdicción constitucional actúan como “juzgadores de los poderes estatales” y resuelven las controversias

<sup>2</sup> Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.

<sup>3</sup> Estas dos direcciones, tomando en cuenta los modelos del área germánica en que tuvieron origen, son conocidos con *Verfassungsgerichtsbarkeit* y *Staatsgerichtsbarkeit*.

concretas entre ellos, asegurando un desarrollo equilibrado de las relaciones entre poderes y entre autoridades de diversas circunscripciones territoriales.

La relevancia que ha adquirido el Estado constitucional ha tenido como consecuencia una expansión a escala mundial de los sistemas de justicia constitucional en estas dos vertientes. Esta expansión surge a la par de una exigencia profunda de garantía que se liga a la demanda creciente de racionalización de la esfera política. De esta manera, la política día a día se empieza a determinar por el derecho y no es el derecho el que tiene que ser condicionado por la política.

En el ámbito constitucional, la convicción que da fuerza a este proceso es que no sirve fijar en una Constitución los principios fundamentales que aseguran la paz social —como la libertad, la igualdad o el sistema de relaciones entre poderes públicos— si no existe la posibilidad de garantizar la preeminencia del texto constitucional sobre las expresiones de la voluntad política que se manifiestan, en primer lugar, por medio de la ley. Por esto, si la preeminencia de la Constitución no se afirmara y se volviera efectivamente operante a través del control de la constitucionalidad, cada ley, expresión de la voluntad de la mayoría, podría derogar a los mandamientos contenidos en los textos constitucionales, anulando las garantías que los individuos y las fuerzas sociales, en particular las fuerzas de la minoría, adquieren con la existencia de la Constitución.<sup>4</sup> El texto constitucional, de esta manera, debe prevalecer sobre las coyunturas políticas que pueden presentarse dentro de un Estado; por ello, el papel político que tienen a través de sus decisiones los tribunales constitucionales adquiere una gran importancia.

Hasta hace algún tiempo, los problemas sobre la forma en que estos tribunales tomaban sus decisiones eran tratados por filósofos y sociólogos del derecho, pues comúnmente se confiaba en la veracidad del postulado según el cual el juez de las leyes, incluso ejerciendo su “discrecionalidad” en mayor medida que otros jueces, no dejaba de ser también juez y, en consecuencia no establecía más que un silogismo teniendo en cuenta la relación entre norma-parámetro y norma-objeto de la decisión, cuya consecuencia ineludible era la constitucionalidad o inconstitucionalidad.

<sup>4</sup> Cheli, Enzo, *Il giudice delle leggi*, Bologna, Il Mulino, 2005 p. 13.

lidad de esta última. En semejante contexto, la motivación no era sino la justificación del proceso lógico seguido.<sup>5</sup>

Sin embargo, la argumentación condicionada por una particular visión política ha sido ampliamente demostrada en las decisiones de los tribunales constitucionales. Existe por tanto también una idea opuesta, según la cual las decisiones judiciales se deben sólo a motivos personales o bien a influencias y condicionantes institucionales y sociales, de tal modo que las motivaciones no son sino el medio con el que el juez justifica la bondad de sus propias decisiones, otorgando forma jurídica a opciones políticas de tal modo condicionadas.<sup>6</sup>

Si bien esta última posición puede parecer radical, lo cierto es que las decisiones de los tribunales constitucionales en ocasiones tienen un alto contenido político. Esto porque con el crecimiento de la demanda de justicia constitucional, las estrechas y frecuentes relaciones establecidas entre tribunales constitucionales y el Poder Legislativo, así como con el aumento del rol público de los tribunales, los ciudadanos están cada vez más informados sobre la actividad de estos órganos jurisdiccionales, de los que tiende a percibir los aspectos políticos y a valorarlos.<sup>7</sup>

Los problemas derivados de la relación entre justicia constitucional y sistema político, de esta forma, tienden hoy en día a asumir una importancia creciente. Todos los modelos de justicia constitucional en cierta medida tienen una carga de ambigüedad que se liga a la naturaleza misma del control de la constitucionalidad, desde el momento en que por esta vía se protege a la Constitución a través de medios que en muchas ocasiones son políticos en la sustancia, pero jurisdiccionales en la forma, pues se llevan a cabo a través de procedimientos ante un órgano jurisdiccional.<sup>8</sup>

Precisamente esta ambigüedad que se ve reflejada en las decisiones de los tribunales constitucionales, ha sugerido otorgar a estos órganos jurisdiccionales una serie de funciones con alto contenido político que precisen el ejercicio de un papel arbitral.

<sup>5</sup> Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, trad. María León Alonso, Madrid, Dykinson, 2004, p. 132.

<sup>6</sup> *Idem.*

<sup>7</sup> Considérense por ejemplo las resoluciones adoptadas por los tribunales constitucionales sobre la pena de muerte, el aborto, la eutanasia, y, en general la bioética.

<sup>8</sup> Cheli, Enzo, *Il giudice dell...*, *cit.*, nota 4, pp. 45 y 46.

Entre ellas, aparecen en primer lugar aquellas que se refieren a la resolución de conflictos entre órganos o poderes del Estado, como sucede en Italia, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Sudáfrica o Costa Rica. Otra función a menudo atribuida a los tribunales constitucionales es la vigilancia sobre las operaciones electorales, políticas, presidenciales e incluso administrativas que se llevan a cabo en Francia, Alemania, Grecia, Austria, Portugal o Rumania. Incluso los tribunales constitucionales a menudo son llamados a conocer sobre la regularidad de los procesos de referéndum o, como en Italia, sobre la admisibilidad de su celebración. Estos órganos jurisdiccionales también están bastante implicados en algunos procedimientos seguidos contra el presidente, los ministros, los legisladores, los jueces u otros funcionarios, así sucede por ejemplo en Yemen, Honduras o Albania.<sup>9</sup>

En los ordenamientos protegidos contra la actividad de partidos o asociaciones anticonstitucionales, es frecuente que las decisiones sobre la naturaleza de los mismos, como incluso en algún caso la imposición de las relativas sanciones, sean confiadas al tribunal constitucional, reputado más idóneo que otros poderes para asumir una decisión imparcial. La disposición más conocida en este sentido es la contenida en la *Grundgesetz* alemana. Finalmente, recorriendo los textos constitucionales y la legislación de desarrollo, es fácil hallar disposiciones que atribuyen a los tribunales constitucionales las competencias más variadas, como son: formular pareceres sobre la proclamación de medidas de emergencia; verificar la muerte o la incapacidad de los candidatos a la presidencia de la República; decidir sobre la extradición de ciudadanos extranjeros; establecer las medidas para la ejecución de sentencias de tribunales internacionales y deliberar sobre la decisión del presidente de la República de anular resoluciones especiales adoptadas por el legislativo; verificar las circunstancias de la disolución presidencial; comprobar las incompatibilidades de los ministros o pronunciarse sobre las candidaturas al cargo presidencial.<sup>10</sup>

Todas estas funciones tienen alto contenido político y con ellas aumenta en buena medida la importancia de la actuación de los tribunales constitucionales. Pero en el fondo, estas facultades tienen un mismo ob-

<sup>9</sup> Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, nota 5, pp. 153 y 154.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 155 y 156.

jetivo: equilibrar las funciones entre órganos constitucionales obrando con los instrumentos que comúnmente corresponden a la jurisdicción, pero asumiendo también un alto grado de politización.

Tomando en cuenta que las sociedades pueden politizarse y que esta politización puede influir en las decisiones de los tribunales constitucionales, es posible afirmar que una verdadera democracia no encuentra sólo en sí misma la fuente de su legitimación, sino que tiene necesidad de un “sistema de valores *metademocráticos*” a los que debe sujetarse y que se encuentran frecuentemente en los textos constitucionales. Entonces, el mismo régimen democrático requiere de límites *metademocráticos* que contengan su fuerza; por tanto, los tribunales constitucionales, al ser los guardianes de esos límites carecerán, necesariamente, de legitimación democrática. No debe olvidarse que uno de los valores que los tribunales constitucionales defienden es aquel que se refiere al procedimiento democrático, a través del cual los anhelos políticos se convierten en instrumentos jurídicos. De esta forma, los órganos jurisdiccionales de control de la constitucionalidad son indispensables en muchas ocasiones al régimen democrático precisamente por la facilidad que su carencia de legitimación democrática les da para tomar decisiones que, a veces, van en contra del sentir social de una mayoría influenciada por coyunturas políticas.

Los tribunales constitucionales garantizan de esta forma el equilibrio entre dos polos: soberanía popular y supremacía del sistema de valores constitucionales. Sin embargo, estos tribunales siempre deben procurar la supremacía de los valores contenidos en los textos constitucionales, pues no ejercitan una actividad política en sentido estricto, sino que son órganos jurisdiccionales dotados de fuerza política con funciones jurídico-arbitrales de custodia y garantía incluso de los mismos actos, señaladamente las leyes, en que se traduce la soberanía popular. Y es que en el actual Estado constitucional, contra estos actos en que frecuentemente se expresa una supremacía parlamentaria, los ciudadanos pueden protegerse esencialmente de dos maneras: 1) a través de instrumentos de democracia directa como el referéndum, o 2) a través de las funciones que llevan a cabo los tribunales constitucionales. Es por ello que estos últimos, a pesar de no representar una legitimación popular directa, operan precisa-

mente en nombre del pueblo y defendiendo los intereses no sólo de las minorías, sino de todos los ciudadanos.<sup>11</sup>

La Constitución, al ser al mismo tiempo un *acto* determinado en el tiempo y un *proceso* histórico, no debe desarrollar sólo una función conservadora que provoque la cristalización de los significados de la norma fundamental, ni tampoco extremadamente progresiva que provoque reformas constitucionales acordes con todos los deseos sociales y de la clase política, sino que debe adoptar una función estabilizadora, de moderación y equilibrio a través de una inteligente y, por tanto, razonable actualización de las necesidades y valores originarios que deben ser protegidos en su núcleo duro e intangible.<sup>12</sup>

No puede negarse que los mismos tribunales constitucionales, simplemente llevando a cabo sus funciones, influyen en la formación de la opinión pública democrática, moderno rostro mediático de la soberanía popular, que a su vez tiende a influenciar las decisiones de sus miembros. Sin embargo, es necesario que estos órganos jurisdiccionales, en la medida de lo posible, no se dejen influenciar por los impulsos contingentes que mueven la opinión pública, cuyos cambiantes deseos no deberían incidir en lo más mínimo en sus decisiones. La brújula que debe guiar estas decisiones es el parámetro constitucional. De hecho, una de las funciones más importantes de los tribunales constitucionales es el servir como “freno” a las cambiantes presiones de la opinión pública que son siempre más manipulables y capaces de condicionar de manera importante el actuar de los legisladores.

La opinión pública condicionada por aspectos políticos no debe ser factor en las decisiones de los órganos jurisdiccionales de control constitucional y, por tanto, es necesario que los tribunales constitucionales resistan a todo tipo de presiones políticas, incluyendo la de una difusa “conciencia social” o la de una aguerrida opinión pública, pues de otra forma, los temores de Schmitt acerca de una politización de la justicia podrían dejar de ser eso, sólo temores, y se convertirían en condicionantes importantes de las decisiones de los órganos de control de la constitucionalidad.

<sup>11</sup> Ruggieri Antonio y Antonino Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 3a. ed., Turín, G. Giappichelli Editore, 2004, pp. 11 y 12.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 15.