

JUSTICIA CONSTITUCIONAL, DERECHOS HUMANOS Y ARGUMENTO CONTRAMAYORITARIO

Constitutional Justice, Human Rights and Counter-majoritarian Argument

Rodolfo VÁZQUEZ

ITAM. Instituto Tecnológico Autónomo de México. (México)

RESUMEN

El autor, en el contexto del debate sobre la relación entre la justicia constitucional y el proceso democrático, argumenta a favor de considerar al control jurisdiccional de constitucionalidad como un requisito necesario, pero no suficiente, para la existencia de un Estado democrático de derecho. Tras analizar las posturas y argumentos generales de ese debate, así como aspectos singulares del modo en que se viene desarrollando en Latinoamérica, abogará por un modelo de democracia débil, en el que una serie de derechos, fundamentalmente civiles y políticos, estén atrincherados constitucionalmente y sean considerados precondiciones del proceso democrático. Por este último motivo, estos dos tipos de derechos podrían estar protegidos por la justicia constitucional, incluso frente al legislador mayoritario, sin merma de la dimensión democrática del sistema político. Respecto de los derechos sociales, dada su dimensión distributiva y su relación con el bienestar y las necesidades de la población, su garantía no debería de quedar exclusivamente en manos de los jueces, ya que difícilmente pueden ser considerados precondiciones de la democracia: esto no significa, afirma el autor, que no hayan de ser constitucionalizados ni tampoco que en su garantía por parte de los parlamentarios no participe, de algún modo, la justicia constitucional.

Palabras clave: democracia, derechos constitucionales, control de constitucionalidad.

ABSTRACT

The author, in the context of the debate on the relationship between constitutional justice and the democratic process, argues in favour of considering the constitutional judicial review as a necessary but not sufficient condition for the existence of a democratic rule of law. After analyzing the positions and general arguments of this debate, as well as some specific aspects of how it is being developed in Latin America, he argues for a model of a weak democracy, in which a series of rights, mainly civil and political rights are constitutionally entrenched and are considered preconditions of the democratic process. For this very reason, these two types of rights may be protected by constitutional courts, even against the majority legislature, without undermining the democratic dimension of the political system. With regard to welfare rights, given their distributive dimension and their relation with the welfare and needs of the population, their guarantee should not be left exclusively in the hands of the judges, because they can hardly be considered

preconditions of democracy. That does not mean, the author says, that they should not be constitutionalized, or that somehow the constitutional court should not be involved in their guarantee by the legislature.

Key words: democracy, constitutional rights, constitutional review.

INTRODUCCIÓN

La última ola democratizadora en América Latina hizo pensar a muchos que había llegado la hora para transitar —como ya se estaba operando en Europa desde hacía muchos años— de un Estado legislativo o legal hacia un Estado constitucional de derecho. En los últimos años, sin embargo, se percibe en la región, como dijo algún analista político, una “epidemia de poderes especiales” en Venezuela, Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Argentina. Todo indica, como bien decía Zaffaroni, que lejos de enfilarnos desde un Estado legal de Derecho a uno constitucional, involucionamos —otra vez— hacia un Estado “decretal” de Derecho¹. En este contexto no es raro, como sucedió hace 15 o 20 años que la ciudadanía dirija la mirada hacia el poder judicial. La diferencia es que ahora no estamos saliendo de dictaduras, sino que venimos de regreso de la oleada democrática.

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

1. Eugenio Raúl Zaffaroni, “Dimensión política de un poder judicial democrático”, en Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro y Rodolfo Vázquez (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, Porrúa-UNAM, México, 2004, p. 120.

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

que ha reorientado la mirada hacia el Poder judicial como un factor de equilibrio para la gobernabilidad democrática³.

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

No es sino hasta estos últimos años que el debate sobre la justicia constitucional y el proceso democrático ha cobrado un gran vigor académico e intelectual en los países de habla castellana, y México no ha sido la excepción. Desde la teoría y filosofía jurídicas, el debate ha girado en torno al control judicial de constitucionalidad a partir de la ya célebre “dificultad contramayoritaria”. Asumiendo con seriedad esta dificultad, el propósito de este ensayo, es argumentar en favor de la justicia constitucional como condición necesaria, pero no suficiente, para la existencia de un Estado democrático de derecho. Este último entendido bajo una concepción sustantivista de la democracia por la que el reconocimiento, garantía y promoción de los derechos humanos ocupa un lugar central.

LA DIFICULTAD “CONTRA-MAYORITARIA”

El debate, como sabemos, se ha planteado entre dos extremos: o la autorestricción judicial a partir del principio de división de poderes y de una concepción de la democracia formalista (los jueces carecen de legitimidad democrática y son los menos autorizados para controlar la legalidad y constitucionalidad de las normas); o bien, el activismo judicial y el decisionismo sin contrapesos democráticos que, pese a los riesgos, posibilitaría, entre otras cosas, la salvaguarda de los derechos fundamentales —y de manera relevante el de las minorías— consagrados en la Constitución. Tengo la impresión que cuando se plantea este debate se hace por lo general imaginando las posiciones en estado puro y contraponiendo los anti-modelos desde una u otra posición: o el tipo ideal de parlamento *vs.* una “visión apocalíptica de la jurisdicción”; o el parlamento convertido “en verdaderas agencias de gestión de intereses corporativos” *vs.* el ideal de juez imparcial e incorrupto⁴. Resulta tan pernicioso hacer valer el argumento contramayoritario en países en procesos de democratización y buscar *in extremis* la legitimidad judicial de ori-

3. Véase Carbonell, Fix-Fierro y Vázquez, *op. cit.*, pp. X-XI.

4. Véase Juan Carlos Bayón, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Jerónimo Betegón, Francisco Laporta, Juan Ramón de Páramo y Luis Prieto Sanchís (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Sociales, Madrid, 2004, p. 100, n. 92.

gen, digamos por vía electoral⁵; como defender el control de constitucionalidad dando luz verde a un decisionismo judicial reaccionario y aristocrático. Creo, además, que se maneja la falsa idea, como bien lo ha demostrado Courtis, que la autorestricción judicial conduce a decisiones de tipo conservador, mientras que el activismo judicial conduce a decisiones de tipo progresista, cuando lo cierto es que nada impide pensar que el activismo judicial tenga tintes conservadores⁶.

En hispanoamérica el debate ha adquirido carta de ciudadanía desde mediados de los noventa a partir de las obras pioneras de Carlos Nino⁷, Roberto Gargarella⁸ y Víctor Ferreres⁹. A éstos se han incorporado ya un sinnúmero de voces eminentes, algunas de ellas recogidas en el número inaugural de *Discusiones*¹⁰. La última versión de la propuesta de Juan Carlos Bayón (2004), tiene razón Moreso, cierra en cierto modo el debate y “a partir de ahora quien quiera referirse seriamente a esta cuestión deberá partir de dicho trabajo y, en este sentido, cierra una puerta y abre otra hacia una morada más amplia y luminosa”¹¹. En México, el debate comienza a desarrollarse a partir de algunos textos de Miguel Carbonell¹² y de Pedro Salazar¹³ y ha sido recogido y promovido, con la participación de varios académicos, en la revista *Nexos*¹⁴. Con estos antecedentes me atrevería a decir que este debate es ya parte de la agenda de autores mexicanos y va adquiriendo una especial fisonomía, dadas las circunstancias de nuestros países latinoamericanos en transición o en proceso de consolidación democrática.

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

5. En un caso insólito, la Nueva Constitución Política de Bolivia, en vigor desde el 7 de febrero de 2009 tras ser aprobada en referéndum, contempla en su art. 182, párrafo I, que: “Los Magistrados y las Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos y elevados mediante sufragio universal”. Para un comentario crítico a la “nueva oleada de reformas [constitucionales] en Latinoamérica, véase Roberto Gargarella, “Cambiar la letra, cambiar el mundo”, en *El País*, Madrid, 13 de octubre de 2008.

6. Christian Courtis, “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, en Carbonell, Fix-Fierro y Vázquez (comps.), *op. cit.*, p. 410 ss.

7. Carlos Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

8. Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

9. Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

10. Participan en este número José Juan Moreso, Roberto Gargarella y Juan Carlos Bayón, Bahía Blanca, Argentina, noviembre 2000.

11. José Juan Moreso, “Bayón acerca de los fundamentos del constitucionalismo”, inédito.

12. Miguel Carbonell, *La Constitución en serio*, Porrúa-UNAM, México, 2001; (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003; *Los derechos fundamentales en México*, UNAM, México, 2004.

13. Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México, 2006.

14. Véase *Nexos* Nos. 329 (mayo 2005); 332 (agosto 2005); 342 (junio 2006); 344 (agosto 2006) y 354 (junio 2007). Varios de estos trabajos son recogidos en Rodolfo Vázquez (comp.), *Corte, jueces y política*, Nexos-Fontamara, México, 2007.

“La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema [...] cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora [...] El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia, y ésta es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático”¹⁵.

En palabras del filósofo del derecho Genaro Carrió:

“Cómo es posible que una ley sancionada tras amplio debate por los representantes del pueblo democráticamente elegidos, quede sometida o supeditada, en cuanto a su validez constitucional, al criterio de los integrantes de un grupo aislado, no elegidos por procedimientos suficientemente democráticos, no controlados en su actuación por los representantes del pueblo y, en la práctica institucional efectiva, no responsables ante ellos”¹⁶.

Las circunstancias de la “dificultad contra-mayoritaria”, en términos de Víctor Ferreres¹⁷, podrían resumirse en las tres siguientes:

1. *La menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional.* La ley que hay que enjuiciar proviene de un Congreso elegido periódicamente por el electorado, por sufragio universal. El juez constitucional, en cambio, no es elegido periódicamente por el electorado por sufragio universal. En México el ejecutivo federal (el presidente de la República) propone una terna al Senado y éste elige al futuro ministro de la Suprema Corte entre los miembros de la terna presentada. En esta elección no participa la Cámara de diputados.
2. *La rigidez de la Constitución.* El Congreso no puede neutralizar fácilmente (a través de la reforma constitucional) la decisión del juez constitucional de declarar inválida una ley, pues la Constitución sólo puede reformarse a través de un procedimiento gravoso. En México de acuerdo con el art. 135 de la Constitución “se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de los legisladores de los Estados”.
3. *La controvertibilidad interpretativa de la Constitución.* La interpretación del texto constitucional es problemática (especialmente en materia de derechos y libertades), dada la abundancia de “conceptos esencialmente controvertidos” y de colisiones entre las diversas disposiciones.

15. Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1962, p. 16 ss.

16. Genaro Carrió, “Una defensa condicionada de la *Judicial Review*”, en Carlos Nino *et al.*, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 148.

17. Víctor Ferreres, *op. cit.*, pp. 42-45.

Con respecto a esta última circunstancia, vale decir que si se parte de la idea de que el juez sólo se limita a aplicar la ley o la Constitución sin valorarla, la falta de legitimidad democrática del juez parecería no ser relevante. Su actividad sería la de un técnico o la de un científico, y éstos no son seleccionados por el voto mayoritario. Pero si se acepta que la tarea del juez es sustancialmente valorativa —ponderación de los principios básicos de moralidad social y en los distintos pasos de la interpretación jurídica— surge la siguiente pregunta: ¿Quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones?

CRÍTICAS AL ARGUMENTO CONTRAMAYORITARIO: DWORKIN, GARZÓN VALDÉS Y FERRAJOLI

Dicho lo anterior, si aceptamos con seriedad la dificultad contramayoritaria, la pregunta a responder sería la siguiente: ¿Qué razones justificarían un papel activo de los jueces en el contexto de un Estado democrático de Derecho? Digo aceptando con seriedad esta dificultad, porque existen teorías que la niegan o simplemente minimizan su importancia. Tal es el caso de Ronald Dworkin cuando justifica la necesidad de la justicia constitucional porque son los jueces los encargados de velar por las pre-condiciones de la democracia. Lo que esto supone es que el juez debe acertar en sus decisiones para compensar el costo democrático que supone anular una ley votada por el Congreso. Es claro que Dworkin acepta que los jueces se equivocan, pero se equivocan menos que los congresistas. La pregunta entonces es por qué los jueces se equivocan menos que los congresistas o por qué aciertan más veces¹⁸. La respuesta a estas preguntas no quedan muy claras en la propuesta dworkiniana, menos aún, cuando el propio Dworkin, como hace notar Bayón, sostiene que la decisión constituyente acerca de si han de constitucionalizarse derechos como “triumfos frente a la mayoría” debe adoptarse mediante un referéndum, es decir, bajo un criterio mayoritario¹⁹.

Otro caso es el de Ernesto Garzón Valdés cuando argumenta que en regímenes democráticos se requiere que el juez “cultive una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema y, por otra, que mantenga una manifiesta imparcialidad con respecto a los conflictos de intereses que tiene que resolver”²⁰. El juez adopta frente a las normas básicas del sistema, en términos de H. Hart, un “punto de vista interno”, que a diferencia del “punto de vista externo”, no se apoya en razones

18. Véase Ronald Dworkin, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, en *Freedom's Law*, Harvard University Press, 1996.

19. Véase Juan Carlos Bayón, *op. cit.*, p. 88. Bayón cita a Dworkin en “Constitutionalism and Democracy”, *European Journal of Philosophy* 3, 1995, p. 10.

20. Ernesto Garzón Valdés, “El papel del poder judicial en la transición democrática”, en Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 129.

prudenciales de costo-beneficio o de negociación-compromiso. Este último es el ámbito reservado a lo político:

“La función de los jueces supremos, continúa Garzón, no consiste en expresar en sus fallos la voluntad popular sino, por el contrario, en poner límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de esa voluntad”²¹

La pregunta, entonces, es cómo garantizar la independencia judicial si los jueces son designados, finalmente, por el poder político. Garzón menciona, por ejemplo, la elección de los jueces por un periodo determinado sin posibilidad de reelección, y no por vida; o bien, la designación de los jueces con la aprobación de los dos tercios del Parlamento, y podríamos añadir otras disposiciones. Pero el esfuerzo de Garzón se concentra en la noción de *confianza*: “Con respecto a los tribunales supremos, afirma Garzón, en vez de hablar de *responsabilidad democrática* conviene utilizar el concepto de *confiabilidad judicial*”. Ésta supone el aseguramiento de ciertos límites infranqueables en lo que Garzón ha dado en llamar el “coto vedado”, y así, la competencia de control de calidad de los tribunales supremos: “se reduce a aquellas disposiciones que afectan a los principios y derechos de lo que suelo llamar el ‘coto vedado’ a la discusión y negociación legislativa y/o gubernamental”. Para el coto vedado vale la prohibición de reforma. Garzón ejemplifica con el artículo 79.3 de la Ley Fundamental alemana²².

La propuesta de Garzón se enfrenta a la “paradoja de las pre-condiciones”, sobre la que volveré más adelante, y al hecho de que: “no hay ninguna razón sólida para dar por sentado que los ciudadanos en general y los legisladores en particular actúen *sistemáticamente* movidos por consideraciones de interés propio, y nunca por razones de principio que sean expresión de diferentes concepciones de lo justo”²³; tal como lo han puesto de manifiesto, entre otros, Jeremy Waldron y Cass Sunstein. El punto de vista interno no es privativo, entonces, de la actividad judicial.

Finalmente, para Luigi Ferrajoli, los derechos humanos constituyen una “esfera de lo indecible”:

“Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecible que* y de *lo indecible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones”²⁴.

21. *Ibid.*, p. 131.

22. Ernesto Garzón Valdés, “El consenso democrático: Fundamento y límites del poder de las minorías”, en *Isonomía*, No. 12, ITAM-Fontamara, México, 2000, p. 24.

23. Juan Carlos Bayón, *op. cit.*, p. 100.

24. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 24

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

“Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. [...] El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías”²⁵.

A partir de este argumento Ferrajoli justifica la justicia constitucional como garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

De nueva cuenta, nos enfrentamos aquí a la “paradoja de las pre-condiciones” y a la “amenaza de las mayorías”. Si esta última se constituye en una amenaza es porque Ferrajoli presupone que los derechos son por definición derechos de las minorías o de los más débiles frente o contra las mayorías. Si bien este argumento tiene su peso, es claro que no tiene por qué ser necesariamente malo que la mayoría sea hostil a las pretensiones de una minoría, especialmente cuando ésta se manifiesta como injusta y socialmente dominante²⁶.

A la pregunta que se formula Moreso: ¿Está justificada la idea de primacía de la constitución, esto es, la idea de atrincherar determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría?²⁷ La respuesta, estoy de acuerdo con él, debe ser afirmativa y en esta dirección se encaminan los autores que hemos citado. Este atrincheramiento no tiene que ver solamente con los derechos civiles y políticos, sino también con los llamados genéricamente derechos sociales.

POR LA DEFENSA DE UN CONTROL JUDICIAL: ELY, NINO Y ALEX Y

Sin embargo, de la respuesta afirmativa a la pregunta anterior: ¿se sigue que está justificado establecer un mecanismo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes²⁸ asumiendo las circunstancias de la dificultad contramayoritaria, en los términos de Ferreres? Para contestar esta pregunta hay que comenzar por aceptar con Gargarella y Bayón, y a diferencia de los autores

25. Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez, *Estado de derecho. Fundamentos y legitimación en América Latina, Siglo XXI*, México, p. 203.

26. Véase Juan Carlos Bayón, *op. cit.*, pp. 103-104

27. José Juan Moreso, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones*, Año 1, No.1, Bahía Blanca, 2000, p. 101.

28. *Ibid.*

analizados, que la objeción democrática al constitucionalismo debe tomarse en serio. En términos de Bayón:

Hacer frente a la pregunta fundamental de si dos criterios distintos de legitimidad del poder que en principio nos parecen igualmente esenciales e irrenunciables conviven armoniosamente en una relación de complementariedad libre de fricciones o, por el contrario, pueden colisionar y resultar difíciles de acomodar en un diseño institucional coherente

Adoptar el control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes ordinarias supone un costo democrático por el valor intrínseco de la misma democracia constitucional, es decir, por “el derecho de todos los miembros del cuerpo político a participar en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas”²⁹. Por lo tanto, si aceptamos este costo: ¿es necesario sostener la justicia constitucional como relevante para la construcción de un Estado democrático de derecho? Pienso que la respuesta, de nueva cuenta, debe ser afirmativa, contra la opinión de Bayón y de Moreso, pero para explicar el alcance de la misma me gustaría traer a la discusión las propuestas de John Ely, de Carlos Nino y de Robert Alexy.

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

Ahora bien, son precisamente los jueces quienes están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goce de una presunción de validez que a efectos de justificar una decisión permita al juez poner entre paréntesis su propia reflexión individual. Los jueces, como afirma John Ely, se convertirían entonces en una especie de *referee* del proceso democrático. Cumplirían con una función de “limpieza de canales” que hiciera posible el cambio político y facilitase, entre otras cosas, la representación de las minorías³⁰.

Si alguien preguntara por qué para corregir y ampliar el proceso democrático son mejores los jueces que los órganos democráticos, la respuesta sería que si el proceso está viciado, estos últimos se hallan imposibilitados para arbitrar acerca de su corrección puesto que, como resulta obvio, carecería de valor epistémico. Que

29. *Ibid.*, p. 76.

30. John Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1980. Véase Carlos S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 694-695.

los jueces pueden equivocarse, no hay duda alguna, pero el efecto de un control judicial de índole *procedimental* consiste en promover las condiciones que otorgan valor epistémico al mismo proceso democrático. Su función sería la de preservar y promover el *proceso* mismo de participación democrática y para este propósito el juez debe asegurar un mínimo, no un máximo, de derechos y libertades individuales; precisamente aquellos derechos que hagan posible el proceso democrático: los civiles y políticos. En esta dirección se encaminan, por ejemplo, las propuestas de Bobbio, Bovero, Pintore y Salazar, liberales todos ellos, defensores de lo que conciben como una concepción “procedimental” de la democracia contrapuesta a una concepción “sustantiva” como la sostenida, por ejemplo, por Garzón Valdés, Ferrajoli, Courtis y Carbonell.

Ely, quizás a su pesar, da otro paso hacia una versión más sustantiva que procedimental de la democracia. Además de los derechos de participación en el proceso político se debe asegurar otro tipo de derecho: el derecho a no ser discriminado. Ely piensa que la democracia se basa en el principio de igual consideración y respeto de las personas. La regla democrática es expresión del principio igualitario, que está en la base de la democracia, y del cual es posible derivar el derecho a no ser discriminado, e incluso, los mismos derechos de autonomía individual: hay una unidad de fondo entre liberalismo y democracia. De esta manera, el procedimiento democrático no se valora meramente por su mayor o menor valor instrumental, sino en sí mismo, es decir, posee un valor intrínseco “para la calidad moral de la vida cívica”, en términos de Rawls. El principio de no discriminación, el derecho a no ser discriminado, es una precondition de la democracia, y no parece ser nada controvertible la incorrección que se sigue de excluir a una persona, por ejemplo, por aquellas características raciales o sexuales en cuya posesión no ha mediado acto intencional alguno. La democracia, entonces, descansa sobre una precondition que es necesario asegurar frente a los posibles embates de la mayoría o de una minoría poderosa. Creo que aceptar esta precondition no compromete aún con una concepción sustantiva “fuerte” de la democracia.

De acuerdo con Carlos Nino, el argumento de la custodia de la autonomía de los individuos³¹ se sustenta sobre el valor epistémico de la democracia, dado principalmente por la inherente tendencia hacia la imparcialidad que tiene un procedimiento de discusión amplio y con idénticas posibilidades de participación. Según Nino, si aceptamos que existen dos tipos de principios morales posibles: los *intersubjetivos* (públicos), que valoran una conducta por sus efectos en los intereses de otros individuos; y los *autorreferentes* (privados), que valoran una acción por los efectos en la propia vida de acuerdo con ideales de excelencia humana, entonces, el principio de imparcialidad y, por lo tanto, el valor epistémico de la democracia, no se aplica con respecto a las acciones autorreferentes

31. Véase Carlos S. Nino, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en *et al.*, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 97 ss.

o privadas, dado que la validez de un ideal de excelencia humana no depende de que sea aceptable por todos en condiciones de imparcialidad. Siendo así, los jueces no tienen razones para observar una norma jurídica de origen democrático que esté fundada en ideales personales, debiendo revisar y si es el caso descalificar las leyes y otras normas democráticas de índole *perfeccionista* que pretendan imponer ideales de virtud personal. En este sentido, según Gargarella: “La idea, en principio, sería que en las cuestiones de moral privada... ni las autoridades políticas ni los jueces deben tener poder de injerencia” pero si esto es así, se cuestiona Moreso con razón, entonces hay un coto vedado (el de la moral privada), pero ¿quién lo protege?”³²

Por último, con respecto a Alexy, piensa este autor que para conciliar el control de constitucionalidad con la representación democrática se debe analizar el concepto de “representación argumentativa” en el marco de un constitucionalismo discursivo. Éste empieza con los derechos fundamentales y continúa con la ponderación, el discurso y el control de constitucionalidad³³.

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

“(1) la existencia de argumentos correctos y razonables y (2) la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables, por la mera razón de que son correctos y razonables. [...] Si existen los argumentos correctos y razonables, así como, también, personas racionales, la razón y la corrección estarán mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control”³⁴.

Una ciudadanía activa, que incluye a los responsables de los medios de comunicación y, por supuesto, a la comunidad académica y universitaria, resulta idónea para la aceptación racional y razonable de la argumentación judicial. Sólo así se garantizaría la legitimidad de la actuación judicial. Las herramientas a disposición de los jueces para lograr tal legitimidad serían, en palabras de Christian Courtis:

32. José Juan Moreso, *Discusiones*, p. 106.

33. Véase Robert Alexy, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004, Fontamara, México, 2005, pp. 89 ss.

34. *Ibid.*, pp. 102-103

“la transparencia y publicidad de su actuación, la calidad argumentativa de sus decisiones, la independencia de criterio, el desarrollo de una jurisprudencia sobre derechos fundamentales, y la sensatez de su posicionamiento frente a cuestiones que susciten el debate de la opinión pública. Por lo contrario, la oscuridad o ausencia de fundamentación de las decisiones judiciales, la sospecha de cercanía con los poderes políticos y la notoriedad de la defensa de sus privilegios e intereses corporativos han resultado, tradicionalmente, en la deslegitimación de la actuación del poder judicial, y difícilmente podrían contribuir a mejorar su imagen ante la ciudadanía”³⁵.

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

“está vinculada con la aceptación de sus resultados por la ciudadanía. La ausencia de legitimidad electoral de los jueces no constituye un impedimento para generar legitimidad de ejercicio frente a la ciudadanía. En este sentido, el poder judicial no necesariamente expresa valores contramayoritarios en sus decisiones”³⁶.

Además, debemos reconocer con Moreso que no todo control de constitucionalidad se ejerce contramayoritariamente:

“A menudo los órganos jurisdiccionales de control de constitucionalidad no deciden contramayoritariamente, sino que tratan de determinar cuál es el derecho vencedor en un caso de conflicto de derechos constitucionales (así ocurre muy a menudo con el recurso de amparo en sistemas constitucionales como el español, o como en el mexicano). Esta es una función claramente jurisdiccional y sea el caso fácil o difícil no tienen ninguna decisión a la que mostrar deferencia (como no fuere a las suyas anteriores)”³⁷.

LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRECONDICIONES DE LA DEMOCRACIA

Bien vistas las cosas: “la diferencia entre las dos opciones no es sino la mayor o menor extensión del conjunto de derechos que se supone que deben ser concebidos como pre-condiciones de la democracia”³⁸. Digamos, en otros términos, que el debate no opera en términos de la oposición entre democracia procedimental y

35. Christian Courtis, “La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía”, en *Nexos*, No. 329, México, mayo, 2005, p. 37.

36. *Ibid.*

37. José Juan Moreso, *Discusiones*, pp. 103-104.

38. Juan Carlos Bayón, *op. cit.*, p. 81

democracia sustantiva³⁹, sino entre dos versiones de la democracia sustancial: una “fuerte” que extiende la consideración de los derechos hasta incluir los derechos sociales, y otra “débil”, que considera únicamente los derechos civiles y políticos. Hecha esta aclaración, entonces, el problema de unos y otros es enfrentarse a la paradoja de las pre-condiciones de la democracia: en el extremo, como sostiene Bayón, “el procedimiento democrático alcanzaría su valor pleno cuando apenas quedaran cuestiones sustanciales que decidir por mayoría”⁴⁰. A esta paradoja se agrega el carácter controvertible de los derechos que deberíamos considerar “precondiciones de la democracia”, su alcance y cómo deberían resolverse los conflictos entre los mismos.

Con respecto a la paradoja de las pre-condiciones no alcanzo a percibir en la crítica de Bayón por qué la misma debe proceder con respecto a la versión sustantiva “débil” de la democracia, como sí parece que debe proceder con respecto a la versión sustantiva “fuerte”. La versión sustantiva “débil” comprometería con la justicia constitucional en tanto necesaria para preservar esos prerequisites mínimos —los derechos civiles y políticos— pero dejaría un amplio margen para cuestiones sustanciales —precisamente las que se relacionan con los derechos positivos al bienestar económico y social— a decidir por mayoría o mediante el concurso de los parlamentarios con la justicia constitucional. Y la razón me parece obvia: los problemas de justicia distributiva que tienen que ver directamente con el bienestar de la población, especialmente de los más necesitados, no pueden reservarse exclusivamente a los “tiernos favores del poder judicial”⁴¹. Más aún, como afirma Ackerman:

“Incluso si una corte constitucional estuviera dispuesta a tomar en serio tales garantías textuales, los jueces carecerían de la capacidad terapéutica para ordenar las grandes apropiaciones presupuestales necesarias para transformar los “derechos positivos” en realidades sociales. Al final de la jornada, las “garantías” constitucionales de bienestar social no valdrán ni el papel en el cual fueron escritas. Todavía peor, el fracaso de los jueces para hacer cumplir los derechos positivos puede desmoralizar sus esfuerzos para proteger derechos más tradicionales de libertad negativa [...] En este escenario, el orgulloso esfuerzo activista por constitucionalizar la libertad positiva puede de hecho ser contraproducente, legitimando un abandono a gran escala del proyecto de protección liberal de los derechos”⁴².

En esta misma dirección se encaminan los argumentos de Francisco Laporta:

39. Me parecen concluyentes al respecto las cuatro aporías que presenta Ferrajoli con relación a la concepción puramente procedimental de la democracia. Véase Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso y Manuel Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pp. 76 y ss.

40. *Ibid.*, p. 80.

41. Véase Bruce Ackerman, *La nueva división de poderes*, México, FCE, 2007, pp. 119 ss.

42. *Ibid.*, p. 121

“Una rígida protección jurisdiccional de ese tipo de derechos sociales⁴³ abocaría al poder judicial a decidir explícita o implícitamente sobre la conformación y desarrollo del proceso de producción o distribución de recursos, y ello —dejando a un lado las cuestiones de eficiencia que plantearía esta más que discutible “elaboración judicial del presupuesto”— entraría directa o indirectamente en contradicción con el principio democrático. Sería la superposición de ciertos derechos sociales al procedimiento democrático, el establecimiento de ciertos límites de política económica a la capacidad de sufragio como instrumento de diseño y puesta en práctica de un programa económico apoyado en la mayoría de los ciudadanos”⁴⁴.

Las advertencias de Ackerman y de Laporta son correctas, pero reitero, no deben llevarnos a la conclusión de que más valdría no contemplar los derechos sociales en la carta constitucional. Su inclusión es necesaria para demarcar el “coto vedado” a la decisión de la mayoría y para excluir que el legislador los ignore. Lo que importa destacar es que la garantía de estos derechos debe ser una tarea compartida por el poder judicial y por el órgano de representación popular⁴⁵. Para estos derechos el control abstracto de inconstitucionalidad de la ley emanada del legislador no debe concluir *ipso facto* en la declaratoria por parte del órgano constitucional de la invalidez e inaplicabilidad de la misma. Esquemas como los adoptados por Canadá en términos de un reenvío o el de Nueva Zelanda⁴⁶ y la posibilidad de un diseño institucional que contemple la creación de algún órgano autónomo no judicial que se ocupe de la protección efectiva de los derechos sociales parecen ser alternativas más compatibles con las demandas democráticas. En

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

44. Francisco Laporta, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en Jerónimo Betegón, Francisco Laporta, Juan Ramón de Páramo y Luis Prieto Sanchís, *Constitución y derechos fundamentales*, p. 317.

45. La exigibilidad judicial de los derechos socioeconómicos se justifica en términos de la salvaguarda de un mínimo social al que toda persona debería tener acceso. Con respecto a ese mínimo, como afirma Marcelo Alegre: “opera una consideración de urgencia, que justifica que los jueces intervengan prohibiendo que se viole ese mínimo, u ordenando que se adopten medidas tendientes a su satisfacción. En cambio, el ideal más amplio de la igualdad relacional, que opera por encima de ese mínimo, es un ideal cuya implementación debe estar a cargo, en forma protagónica, por los órganos democráticos.” *Igualdad, derecho y política*, Fontamara, México, 2010, p. 108. No creo que Alegre esté en desacuerdo con la idea de que para determinar las medidas tendientes a la satisfacción de los mínimos, en tanto supone una decisión de carácter presupuestal, pueda ser una tarea compartida con los órganos de representación popular, si bien en este caso el protagonismo corresponda a los órganos judiciales.

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

el ámbito de una democracia deliberativa, Roberto Gargarella siguiendo a Dennis Thompson, no excluye la revisión judicial de constitucionalidad como un posible arreglo institucional, pero los jueces pueden actuar razonablemente de manera respetuosa con el legislador ensayando alternativas posibles (*experimentalismo judicial*):

“Pueden decidir, en un caso determinado, bloquear la aplicación de una ley expedida por el Congreso, forzándolo así a repensarla; pueden declarar que cierto derecho ha sido violado, sin imponer a los legisladores una solución particular; pueden establecer que una violación de derechos debe corregirse en un tiempo determinado sin ocupar el lugar del legislador al no decidir cuál solución particular debe adoptarse; pueden asimismo sugerirle al legislador una serie de soluciones alternativas, dejando así la decisión final en sus manos”⁴⁷.

Por lo que toca al carácter controvertible de los derechos, me parece que ha tendido a exagerarse, llevando a Kelsen, como sabemos, al extremo de defender una constitución de detalle y no de principios abstractos. Pienso con Moreso que aún los denominados ‘conceptos esencialmente controvertidos’ disponen de casos de aplicación clara. Las concepciones que no atribuyan la cualidad de “buen jugador” de fútbol a Pelé, o de “soneto profundo” a algunos de los sonetos de Shakespeare, o de “pintura metafísica” a algunos de los cuadros de Giorgio de Chirico, ejemplifica Moreso con razón, pueden ser tildadas de concepciones equivocadas⁴⁸. Cuando se piensa en los derechos y libertades exigibles para asegurar el procedimiento democrático no veo el carácter controvertido, por ejemplo, del “derecho a votar en secreto” cuando se quiere significar que un ciudadano sin aparente coacción se dirige hacia una urna e introduce una papeleta, con su preferencia electoral, a resguardo de la vista de terceros. Digamos una vez más con Moreso:

47. Roberto Gargarella, “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en Rodolfo Arango (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y CESO, Bogotá, 2007, pp. 393-394. El caso *Verbitsky* en Argentina (3 de mayo de 2005), en torno al problema de la sobrepoblación carcelaria, es un buen ejemplo de compatibilidad entre la facultad de control de constitucionalidad de la actividad del gobierno y la no interferencia con las facultades de este último para decidir la política pública, para el caso, en materia carcelaria. La Corte Suprema de Justicia ordenó al estado provincial de Buenos Aires que adecua (orden de adecuación) la política carcelaria actual a los marcos constitucionales: al Poder Legislativo que sancione una ley que tienda a reducir la cantidad de presos con prisión preventiva; al Poder Judicial provincial, que instrumentara las medidas necesarias para que los jueces se limitaran a aplicar la prisión preventiva exclusivamente en los casos en los que no fuera posible evitarla; y al Poder Ejecutivo, que implementara una mesa de diálogo con la demandante, en este caso una ONG de derechos humanos, y con aquellas organizaciones que presentaron *amici curiae* para que juntos acuerden una política carcelaria que se acomode al mandato constitucional (Art. 18 de la Constitución argentina).

48. José Juan Moreso, *Discusiones*, p. 103.

“el ámbito de los desacuerdos no ha de ser exagerado. Nadie puede razonablemente defender que es correcto moralmente torturar a los niños para divertirse o traicionar a los amigos. El desacuerdo sólo es inteligible, en moral y en otros ámbitos humanos, en el contexto de un trasfondo de acuerdo”⁴⁹.

CONCLUSIÓN

A la pregunta: ¿cuál es el grado de deferencia hacia el legislador por parte del órgano encargado del control? Respondemos: si partimos de la defensa de una democracia sustantiva “débil” y entendemos que el puro y simple mayoritarismo, que niega toda pre-condición de la democracia, resulta totalmente implausible⁵⁰; si distinguimos entre el ámbito de lo privado y lo público y situamos en un coto vedado los derechos derivados de la autonomía personal; si entendemos que los derechos de participación política suponen una precondition fundamental que es el derecho a no ser discriminado; y entendemos que tales derechos debemos atrincherarlos constitucionalmente para hacer posible el proceso democrático, entonces la custodia de los mismos supone —con una comprensión adecuada de la independencia judicial— un control judicial rígido y una intervención activa de los jueces que con base en ella, favorezca, ahora sí, el diálogo institucional incrementando la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones.

Tales razones me llevan a pensar que en la situación límite en la que el órgano reformador de la Constitución introduzca en ésta una norma *inconstitucional*, que ponga en riesgo el mismo proceso democrático —y que se accione a la justicia por la vía del amparo o de la acción de inconstitucionalidad— corresponde al órgano límite en su calidad de Tribunal Constitucional dirimir el conflicto tanto en sus aspectos procedimentales, como con respecto al fondo mismo del problema y, en su caso, expulsar la norma del ordenamiento. No se trata, entonces, de asumir funciones de legislador puesto que el órgano judicial no tiene facultades “iniciativas” sino sólo “controladoras”; ni tampoco se trata de abrir las puertas al decisionismo como espero haber mostrado en este ensayo.

49. José Juan Moreso, “Bayón acerca de los fundamentos del constitucionalismo”

50. Véase, *ibid.*, pp. 80-81