



## CONTROL CONSTITUCIONAL DE LEYES

Sergio YÁNEZ GÓMEZ

Podemos asumir, en una primera aproximación que la democracia es “el poder del pueblo por y para el pueblo”.

El derecho “trata de dar justa forma a la libertad humana, es el presupuesto de la libertad, no su antagonista”, esto quiere decir, en términos kelsenianos que la democracia, desde mi punto de vista tendría su justificación ética y moral: en la equivalencia de la voluntad moral del sujeto digno, capaz de tomar las decisiones que le afectan con la voluntad del Estado. Si la voluntad del estado, que se ejerce a través de los poderes públicos es equivalente a la mía (en términos de la representación del principio mayoritario que adoptamos), entonces, el derecho sería el presupuesto de mi libertad, no su antagonista. Vuelvo a preguntarme ¿la voluntad de los mexicanos es equivalente a la voluntad del Estado? La verdadera transición a la democracia debiera reflejar, cada vez más la voluntad de los mexicanos en los poderes públicos. ¿Se refleja en el Estado, o cada día nos estamos separando de la equivalencia citada? ¿O bien, la voluntad que refleja el Estado es la de algunos cuantos?

Asumiré que dentro de la teoría del constitucionalismo democrático juegan actualmente varios elementos que enunciaré y de los cuales deberemos discutir en un futuro; no pretendo hacerlo ahora, a excepción de la democracia y el control de la legislación ordinaria.

*Primero:* la relación entre la teoría del discurso y los derechos constitucionales.

*Segundo:* en relación con los derechos fundamentales: su fuerza vinculante, institucionalización, contenido y estructura. *Tercero:* la relación entre los derechos fundamentales, la ponderación, el discurso, el control de constitucionalidad y la representación.

Si bien es cierto que el término democracia en su raíz etiológica encierra primariamente el significado de gobierno del pueblo, por ende en favor del pueblo, también lo es, que sobre el mismo, existen variadas definiciones, que sin entrar en detalle ya que merecería estudio por separado, no una simple reflexión como la que me ocupa, sí podemos, por el momento mencionar que a través de la historia, en los diversos procesos de organización social que pretendieron resolver los obstáculos que impiden el correcto ejercicio democrático, a veces fueron superados, otras no, dependiendo de elementos políticos, sociales y económicos, acompañados de factores de poder, educación, pobreza, demográficos concomitante a su espacio y tiempo, dentro de cada Estado, comunidad y en general de toda organización social con aspiraciones democráticas.

México, al constituirse en un Estado republicano, democrático representativo y federal, en virtud de la aspiración generalizada de libertades y la influencia de las diversas doctrinas privativas en aquella época, dentro de su proceso histórico a la fecha, no ha sido exento, como es, de todos conocido, de las dificultades que ha enfrentado para el apetecido ejercicio democrático.

A mayor abundamiento, es de especial relevancia para el constitucionalismo democrático actual, abordar en todo momento, el básico y primer problema que presenta la democracia y que nos da luz sobre la necesidad de determinar el contenido de lo que, como mínimo debemos entender por democracia, única justificación del constitucionalismo actual, y por tanto, su correcto ejercicio se convierte en elemento esencial del constitucionalismo mexicano.

Las Constituciones democráticas modernas escritas emergen a partir de las revoluciones norteamericana y francesa como resultado de la confluencia de las tradiciones liberales y democráticas, a partir de: la idea del pacto como origen del poder político (Hobbes); los derechos naturales de la persona (Locke); la autoridad política basada en la participación de los súbditos (Rousseau), y la idea de la autonomía moral de los individuos (Kant).

De estas tradiciones liberales y democráticas parecen inferirse dos ideales que conforman el programa constitucional ilustrado y moderno que heredamos, son:

1. La regla de la mayoría como procedimiento de adopción de decisiones, y
2. El respeto a la dignidad y autonomía de los individuos, que se concreta en la garantía de sus derechos básicos.

En otras palabras, la necesidad de estructurar el gobierno a fin de regular la vida en sociedad, y que mantenga al mismo tiempo, el respeto a la dignidad y libertad de los individuos.

Resultado de lo expuesto es la Constitución democrática moderna, que incluye un catálogo de derechos fundamentales o coto vedado.

En general el coto vedado se ha definido a partir de dos ideas o rasgos inherentes a la filosofía moral y política contemporánea, en relación con el constitucionalismo y a los derechos fundamentales:

1. Los derechos fundamentales entendidos como límites al legislador ordinario que deben ser resguardados de eventuales sacrificios y asegurados incondicionalmente a cada individuo.
2. Los derechos fundamentales entendidos como límites al procedimiento de toma de decisiones por mayoría. Es decir, concebidos como límites a lo que la mayoría puede decidir.

En general puedo asumir que con independencia de la relevancia, o no, que le asignen las diversas teorías de la justicia a los derechos fundamentales, todas ellas sustraen de la agenda política ordinaria una serie de decisiones. Ésta es, precisamente, la configuración estructural del coto vedado.

La idea de un catálogo de derechos fundamentales supone, para la mayoría de los que la sostienen, la existencia de la Constitución que limita la actuación de los poderes constituidos.

Constitución, que bajo los principios de la técnica jurídica necesariamente deberá formularse como rígida. Solamente un procedimiento de reforma más exigente que el procedimiento legislativo ordinario, que determine la superioridad jerárquica de la Constitución frente a la ley, permitiría la sustracción del coto vedado al Poder Legislativo constituido.

Es indudable, sin embargo, que pueden existir diversas formas de constitucionalismo, dependiendo de la combinación de las variables que lo informan. En este sentido, también es indudable que pueden existir di-

versos diseños institucionales derivados del tipo de rigidez constitucional que se adopte.

Por tanto, el constitucionalismo desde la óptica del coto vedado sufre de una objeción que comúnmente se ha denominado objeción contra-mayoritaria, o paradoja de la democracia que podemos formularla de las siguientes maneras:

Si la democracia es el método de toma de decisiones por la mayoría, cómo se explica que la Constitución suprema implique precisamente restricciones a lo que la mayoría puede decidir.

Si la organización de las sociedades se apoya sobre el consenso de la sociedad, por qué la voluntad de los ciudadanos enfrenta normas constitucionales difícilmente modificables o intangibles dictadas, en un tiempo, de unos hombres que ya no existen.

Si adoptamos pues el ideal del coto vedado entonces, Constitución se opone a democracia.

Existen, como es de nuestro conocimiento, distintas tesis que pretenden justificar la limitación del procedimiento democrático como las de Edmund Burke, Hans Kelsen, el argumento de la visión dualista de la democracia o el argumento del precompromiso; tesis que en mi opinión resultan insuficientes para la pretendida justificación.

No así, considero muy relevante el análisis que sobre el problema plantea Jeremy Waldron quien, ante él, propone el denominado modelo de “Westminster”, su visión abierta al cambio, cito: “...un procedimiento que no restringe nada del conjunto de decisiones adoptable; ni siquiera la posibilidad de decidir no volver a usar ese procedimiento..., dadas las condiciones de la política a la que nos enfrentamos (las del desacuerdo razonable sobre el paisaje del «coto vedado»)...”.

Sin embargo el planteamiento de Waldron presenta dos fisuras importantes:

La primera: deja abierta la posibilidad de que, usando el procedimiento democrático se adopten los límites constitucionales, es decir, si justificamos el procedimiento democrático por mayoría ya que lo consideramos valioso, justificamos el constitucionalismo. Pero entender la regla de la mayoría como abierta al cambio es entender que se puede dejar de usar, con lo que el valor de la toma de decisiones por mayoría se anularía.

La segunda: es que el procedimiento debe, necesariamente, de contener un núcleo compartido, en el entendido de que, si así no lo fuere, el

concepto “procedimiento democrático” se convertiría en una denominación vacía. Por ende el núcleo compartido deberá sustraerse de la toma de decisiones.

Si se considera valioso el procedimiento democrático y en mi opinión sí cuenta con un valor intrínseco ya que, permítanme citar a un autor con el que estoy de acuerdo:

El valor moral del gobierno deriva... de que el representante ocupa esa posición no por su calidad, sino por la cantidad de ciudadanos ordinarios que le respaldan (y no parece haber otro sistema de selección de quienes toman de modo directo las decisiones que respetan en el mismo grado el ideal del valor igual a todos), y de que, con todas las limitaciones que se quiera —y que es justo reconocer—, ningún otro procedimiento asegura la capacidad de reacción a la mayoría de los ciudadanos frente a decisiones que desaprueba (y en este sentido ninguno se acerca tanto como él al ideal de que sea el conjunto de los ciudadanos comunes, sobre una base igualitaria, el que tenga la última palabra). Creo, en suma, que el procedimiento democrático sí posee un valor intrínseco del que carecen —o que no poseen en el mismo grado— los demás procedimientos.

En conclusión, considero por las razones expuestas, que el procedimiento democrático tiene un valor intrínseco que hace necesario adoptarlo según el modelo de Blackstone, que implica que no puede haber en ningún momento materias acerca de las cuales el Parlamento sea incompetente para decidir por mayoría, con la única excepción de la sustitución de ese procedimiento de decisión por otro, esto convierte en justificable parcialmente, sólo las restricciones constitucionales del contenido mínimo, condición y garantía de existencia del procedimiento democrático por mayoría.

En resumen, la justificación de estas restricciones al procedimiento democrático, que convierten parcialmente justificable al constitucionalismo democrático moderno, hacen necesaria la revisión y determinación del concepto “procedimiento democrático”, así como de las reglas que deben permitir su correcto ejercicio, so pena de incurrir en una crisis constitucional e institucional de muy graves consecuencias para nuestro país.

Considerando que la posición de nuestros derechos fundamentales, según nuestra Constitución, en el sistema jurídico: tienen el máximo rango jurídico, debido que se encuentran primados en la Constitución; tienen

máxima fuerza jurídica, ya que vinculan a los poderes del estado; regulan materialmente lo que podríamos considerar lo socialmente más valioso, y cuentan con el máximo grado de indeterminación por ser conceptos esencialmente controvertidos en el tiempo y espacio.

Observando que, cuando se controla jurisdiccionalmente al legislador ordinario quien decide es la autoridad máxima del Poder Judicial y no el pueblo, en palabras llanas, eventualmente las decisiones del Poder Judicial podrían alejarse, como ha sucedido o fueran contrarias al espíritu que fundamentó determinada ley, contraviniendo la voluntad popular; en otras palabras, es de llamar la atención que las decisiones podrían alejarse de la equivalencia entre sociedad y Estado.

Por otro lado, si no existiera el control jurisdiccional de la legislación ordinaria correríamos el riesgo de que el Parlamento decida como juez en su propia causa.

En virtud de nuestra Constitución rígida; garantía jurisdiccional de la Constitución; su fuerza vinculante, entre otras, existe una tensión entre la supuesta democratización o no de las decisiones jurisdiccionales.

Por todo esto, se sostiene que el control jurisdiccional de la legislación ordinaria es justificable, sólo en cuanto a su coparticipación en el discurso social, no en cuanto a que la Suprema Corte decida en última instancia lo que el pueblo, razonablemente capaz quiera decidir. En términos de la concepción moral del individuo.

Así, con excepción a la modificación del procedimiento democrático (que igualmente deberemos de replantear), el pueblo y no los ministros son los que, según lo expuesto, deben determinar, en última instancia, el contenido valorativo de los conceptos que deben regir el derecho.

Por tanto, sugiero que revisemos con mucha atención el control jurisdiccional de la legislación ordinaria.