

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DEMOCRACIA EN LA ALDEA GLOBAL

Juan Luis GONZÁLEZ ALCÁNTARA Y CARRANCÁ

Introducción

Abordar el tema de la jurisdicción que ejercen los tribunales en el control e interpretación constitucional, constituye un tópico, que puede ser analizado desde diversas posiciones epistemológicas, que aunque pudieran resultar disímiles entre sí, se encuentran, en cierta medida, vinculadas y relacionadas; probablemente uno de esos puntos de contacto, es el papel que desempeñan los tribunales constitucionales en la vida democrática de las naciones.

En los diversos países, de las distintas tradiciones jurídicas, los tribunales constitucionales se erigen como los protectores e interpretadores de la Constitución como institución¹ fundamental para el desarrollo social y democrático de los Estados; es por eso, que su desempeño y actuación ha tomado especial relevancia en los últimos años.

Por otra parte, la noción de democracia, más allá de su concepción tradicional, resulta ampliamente polisémica, pues cuenta con diversas implicaciones, significados y significantes, según la perspectiva teórica y filosófica con que se le estudie; entonces a qué democracia podríamos vincular el ejercicio de la jurisdicción constitucional, cuál es la legitimidad democrática a que los jueces constitucionales deben aspirar, las implicaciones a tales cuestiones obligan, aunque sea brevemente, a fijar una postura metodológica.

¹ Rawls, considera a las Constituciones Políticas, como una de las diversas instituciones sociales, que distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas de la cooperación social, Cfr., Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2^a ed., trad. de María Dolores González, México, FCE, 2006.

En este tenor, Dieter Nohlen², precisa adecuadamente que la función de la jurisdicción constitucional no puede ni debe vincularse directamente con la consolidación democrática de un país, por la sencilla razón de que la democracia, en un sentido político, depende de la concurrencia de diversos factores sociales, económicos, políticos, etcétera, que rebasan las actividades que pueda desempeñar un tribunal constitucional; por tanto, el ejercicio de la jurisdicción constitucional, como en el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a decir de José Ramón Cossío³, debe vincularse con la consolidación de la democracia sustantiva, es decir, en la determinación, definición, y protección de los Derechos Fundamentales y en el equilibrio de los poderes del Estado.

Una vez precisada a qué concepción de democracia se puede vincular el ejercicio de los tribunales constitucionales, sólo resta precisar, que el presente trabajo, busca establecer, algunas de las nociones esenciales que pueden servir de guía para comprender la legitimidad de los tribunales constitucionales en la vida democrática de las naciones contemporáneas.

Tribunales Constitucionales y Control de la constitucionalidad

Jurisdicción y Tribunales Constitucionales

Jorge Carpizo, considera, de forma magistral, que la jurisdicción constitucional es hasta ahora el sistema más adecuado para garantizar la supremacía de la ley fundamental, para impedir que los poderes constituidos actúen *ultra vires*, y para proteger de manera efectiva los derechos humanos y la democracia.⁴

En efecto, la función de la jurisdicción de los tribunales constitucionales, se centra en la interpretación y protección de la Constitución Política de sus países; es por eso que con relación a la legitimidad de los jueces constitucionales, Cárdenas Gracia⁵, considera que no debe reducirse al examen de los mecanismos de elección, nombramiento y designación

² Cfr., Nohlen, Dieter, "Jurisdicción y consolidación de la democracia", (comp.), en *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, pp.18 -20.

³ Cfr., Cossío Díaz, José Ramón, "Influencias de la Suprema Corte en la consolidación de la democracia en México" (comp.), en *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, pp. 89 -92.

⁴ Carpizo, Jorge, "El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, mayo-agosto, 2009, número 125, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/125/art/art6.htm>

⁵ Cfr., Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-IIJ, 2007, pp. 194-195.

de los integrantes de tales tribunales, sino que implica analizar y estudiar el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de éstos.

La función encomendada a los Tribunales Constitucionales, no resulta sencilla, pues al tener a su cargo la interpretación de la Constitución, misma que “abarca al Estado y a la sociedad, y por ello, la jurisdicción constitucional como fuerza política actúa más allá del dogma de la separación entre Estado y Sociedad”⁶, ha generado, en Europa y más recientemente en América Latina, que las resoluciones de los tribunales constitucionales, sean congruentes internamente con el sistema jurídico y externamente con los valores que rigen a la sociedad.

De ahí que el control constitucional ejercido por órganos jurisdiccionales se ha expandido vertiginosamente desde la segunda mitad del siglo pasado; pues para comunidad internacional, contaban ya con sistemas de control el año 2005, más de tres cuartas partes de los Estados que conforman la o revisión constitucional.⁷

Es por eso, que los modelos tradicionales del positivismo jurídico basados en un sistema de reglas, como los que propusieran Kelsen y Hart, se han vuelto insuficientes para los problemas que la dinámica social ha impuesto a los jueces constitucionales, y éstos han buscado en otros modelos teóricos, la forma de racionalizar y buscar esa congruencia interna y externa en sus resoluciones jurídicas.

De ahí que las teorías de la argumentación jurídica han tenido un auge en los últimos años en los países de América Latina, porque a través de métodos como la ponderación de principios, se busca, como comenta Cárdenas Gracia⁸, poner fin a la idea tradicional de seguridad jurídica y sustituirla por una seguridad jurídica argumentativa; para que la certeza jurídica no sea más un producto de una operación mecánica deductiva sino del resultado de un esfuerzo argumentativo.

Sin embargo, los métodos interpretativos, no pueden ser considerados como elementos institucionales de los tribunales constitucionales, pues constituyen posturas subjetivas de sus integrantes; así que la óptica adecuada para apreciar la legitimidad de los tribunales constitucionales, no puede vincularse con sus técnicas argumentativas, sino en cómo se

⁶ Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, trad. de Héctor Fix Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 165.

⁷ Horowitz, Donald L., “Constitutional Courts: A Primer for Decision Makers”, en *Journal of Democracy*, October, 2006, volume 17, number 4, National Endowment for Democracy and the Johns Hopkins University Press, pp. 125-137.

⁸ Cfr., Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho*, óp. cit., pp.103-106.

encuentran estructurados éstos y cuáles son sus facultades y competencias en el control de la constitucionalidad.

En ese sentido, la discusión teórica más relevante e importante, con relación a la creación e instalación de tribunales constitucionales, surgió en la primera mitad del siglo XX con la polémica generada por la obra de Schmitt, *La defensa de la Constitución*, y el texto de Hans Kelsen *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*; que dieron las bases epistemológicas para la creación de los tribunales constitucionales.

Al margen de las implicaciones teóricas de la polémica Kelsen-Schmitt, podemos decir que existen dos formas básicas de justicia constitucional que han abreviado los tribunales constitucionales contemporáneos: el concentrado o europeo y el difuso proveniente del derecho estadounidense.

La distinción de estas formas de tribunales constitucionales, no sólo se traduce en una cuestión organizacional, sino en la manera en que resuelven los problemas de constitucionalidad; el modelo americano, se caracteriza por adoptar la protección de los derechos fundamentales a partir del litigio de casos concretos; en cambio el modelo europeo, la defensa y protección del orden constitucional, es de forma abstracta, pues el tribunal constitucional actúa solamente como “legislador negativo”, pues sus facultades se limitan a anular aquellas leyes que entran en conflicto con las normas constitucionales.⁹

Es de aclararse que tal división no es tajante ni taxativa, pues la mayor parte de los tribunales constitucionales poseen un carácter mixto, aunque predominan aquellos órganos de justicia constitucional, inspirados esencialmente en la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

A mayor precisión, el sistema difuso norteamericano, se distingue del concentrado europeo, porque busca proteger derechos individualizados, por tanto los efectos inmediatos del fallo son exclusivamente *inter partes* y no *erga omnes*; al respecto, Luis López Guerra nos explica que:

“Los efectos generales de las sentencias en procedimientos de inconstitucionalidad no son resultado de un pronunciamiento formal de inconstitucionalidad, con efectos *erga omnes*, sino un resultado indirecto,

⁹ López Guerra, Luis, “Democracia y tribunales constitucionales”, en *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, 2003, número 1, Madrid, Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III de Madrid: <http://www.idpc.es/archivo/1212589025a1LLG.pdf>

derivado de la estructura de los Tribunales y del sometimiento de los Tribunales inferiores a los precedentes sentados por los Tribunales superiores.”¹⁰

Los que ha seguido el modelo de control constitucional norteamericano, son los países de Australia, Canadá, India, Israel, Japón y México, desde luego, con sus propias peculiaridades y variaciones.

Por otra parte, el modelo europeo-kelseniano propugna por un control constitucional abstracto, en donde la supremacía constitucional se garantiza a través de la resolución de controversias que se presentan entre poderes del Estado o en todo caso, entidades públicas; a diferencia del sistema difuso, no surge en el contexto de un litigio en el que se controvierten derechos de los ciudadanos, sino de procedimientos en donde los protagonistas son los poderes públicos.

Esta revisión abstracta decide sobre la regularidad constitucional de la actuación de los entes públicos; es decir, busca garantizar que toda norma jurídica se apegue, desde el punto de vista formal, a la norma constitucional, en caso contrario, el tribunal constitucional deberá declararlo inconstitucional y eliminarlo del orden jurídico nacional; esta clase de resoluciones tienen efectos *erga omnes*, en forma inmediata.

Hans Kelsen sostenía la idea de que la ley fundamental debía protegerse puesto que representaba la estabilidad del Estado y no por poseer un contenido normativo particular, como pudieran ser los derechos fundamentales o una determinada forma de gobierno.¹¹

El control constitucional en países como Alemania, Italia, Corea del Sur, Sudáfrica, y los pertenecientes a la Europa Central y Oriental han evolucionado a partir del modelo original planteado por Kelsen y diseñado para Austria en 1920.¹²

Es de destacarse que, los actuales esquemas de control constitucional, prevén tanto la protección de los derechos individuales a través de procedimientos de queja constitucionales, como lo es el juicio de amparo, como la defensa abstracta de la constitución, mediante los recursos directos de inconstitucionalidad, procedimientos relativos a la resolución de conflictos entre entes territoriales, o entre órganos del

¹⁰ Ibíd.

¹¹ Salazar, Pedro, “Notas sobre democracia y constitución en la obra de Hans Kelsen”, en *Isonomía*, abril 2008, número 28, México:

<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01394931900460537647802/033821.pdf?incr=1>

¹² López Guerra, Luis, óp. cit.

estado, así como procedimientos de inconstitucionalidad de partidos políticos o de cuestiones electorales e incluso de asuntos relacionados con procesos de enjuiciamiento de altos órganos del Estado.

La jurisdicción constitucional abarca también aspectos relacionadas con instituciones particulares, como el *referéndum*, tal es el caso de algunos países de la Europa Central y del Este.

Dentro del control abstracto vale resaltar que algunos tribunales constitucionales están facultados para pronunciarse sobre la constitucionalidad de leyes que aún no entran en vigor, como en el caso de Francia,¹³ o bien que ya son vigentes pero que aún no se aplican como en el caso de Alemania, Italia y España.¹⁴

El hecho de que el tribunal constitucional esté en posibilidades de revisar la constitucionalidad de leyes que aún no entran en vigor, entraña dificultades políticas, pues coloca al tribunal constitucional en medio de luchas parlamentarias convirtiéndose en un obstáculo en la obtención de resultados democráticos.¹⁵

Dentro de los modelos contemporáneos de jurisdicción constitucional también se destaca el procedimiento de la cuestión de constitucionalidad, en el cual el juez ordinario que conoce de algún litigio en concreto, somete a juicio del tribunal de control, la constitucionalidad de ciertas normas que habrá de aplicar para estar en posibilidades de resolver el caso concreto.

En estos casos, se presentan tanto la dimensión abstracta del control como la concreta; es decir, el juez constitucional tiene que validar una norma general primero, para que después si es que esa norma general es constitucional, el juez de la causa esté en posibilidades, con base en ello, de resolver las pretensiones de los justiciables.

Vale subrayar que para que el juez que conoce del litigio pueda hacer esta remisión al tribunal de control, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones: a) que constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma de referencia tenga un impacto en el fallo del juez ordinario, es decir, que dependiendo de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma, resulte vencedor uno u otro de los litigantes, y b) que

¹³ Stone Sweet, Alec, "Constitutional Courts and Parliamentary Democracy", en *West European Politics*, 2002, volume 25, number 1, London, Frank Cass, pp. 77-100.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Horowitz, Donald L., op. cit.

el juez de la causa tenga una duda razonable respecto de la constitucionalidad de la norma.

Por regla general, en estos casos, el procedimiento ordinario se suspende hasta en tanto el tribunal constitucional no resuelva la cuestión constitucional.

Ejemplo de este tipo de control constitucional lo encontramos en países como Alemania, Italia y España.¹⁶

El procedimiento de la cuestión de constitucionalidad o *concrete review* ha contribuido a que los propios jueces ordinarios participen en el escrutinio de la constitucionalidad de la leyes, debilitando, de cierta manera, la supremacía de los códigos respecto de las decisiones judiciales. Sin duda, existen incentivos para que estos jueces activen la revisión constitucional, toda vez que les abre un espacio de participación en la construcción del derecho constitucional, al tiempo que les permite colaborar en la eliminación de leyes inconstitucionales.

La *concrete review* involucra a litigantes potenciales y a la judicatura en un esfuerzo general y relativamente descentralizado para detectar violaciones a la constitución.

Alec Stone Sweet, prevé que este tipo de revisión o control constitucional debilitará aún más el dogma de la supremacía jurídica de las normas emanadas del Legislativo, subvirtiendo así los esquemas tradicionales de división de poderes.¹⁷

Tribunales Constitucionales y democracia sustantiva

Aparentemente, el poder expansivo de la justicia constitucional podría atentar en contra de la clásica división de poderes y por ende del concepto tradicional de democracia.

Intentaremos demostrar que no es así, sino que por el contrario, el buen funcionamiento de tribunales constitucionales de vanguardia no sólo puede liberarlos de la crítica de que constituyen una institución contra mayoritaria, la cual no responde al soberano; sino que, incluso puede coadyuvar en el fortalecimiento de un verdadero estado constitucional que afiance la democracia en su acepción más amplia.

Los tribunales constitucionales desempeñan un papel preponderante en la consolidación y mantenimiento de gobiernos democráticos, toda vez que representan un espacio de garantía y protección de los derechos humanos y sirven para delinear y delimitar los poderes de otros órganos del estado.

¹⁶ Stone Sweet, Alec, op.cit.

¹⁷ Ibid.

Mediante la adjudicación de cuestiones constitucionales y al hacer que se cumplan los dictados de la Carta Magna, estos tribunales convierten la Constitución en un documento vivo que delinea y endereza el ejercicio del poder político.

Mucho se ha debatido sobre la naturaleza contra mayoritaria de los tribunales constitucionales, argumentando que éstos, a través de su activismo judicial han llegado a invadir la esfera de competencia del parlamento; es decir de la soberanía popular, y que, de hecho, crean normas jurídicas que pudieran contradecir a la legislación. También se ha acusado a los jueces constitucionales de que al “legislar” no responden a los electores, lo cual sí sucede con los representantes populares.

Estoy cierto que todo tribunal constitucional debe seguir una política de auto limitación o *self-restraint* y ser muy respetuoso de los demás órganos constituidos, pero también estoy persuadido de que los tribunales constitucionales han dejado de ser los legisladores negativos que preveía Hans Kelsen, y se han vuelto creadores de derecho a través de la interpretación, la cual debe realizarse, como bien señala el doctor Carpizo, en estricto “acatamiento a la Constitución material, o sea a los principios y valores fundamentales que individualizan a la ley fundamental, aunque no estén expresamente señalados. Una de las funciones esenciales del tribunal es cuidar la obediencia a dichos principios.”¹⁸

Baste señalar que si una ley es contraria a estos valores y principios, algunos tribunales constitucionales están facultados incluso para instruir al legislador respecto de cómo debe llevar a efecto su función legislativa, si es que no quiere incurrir en inconstitucionalidad. Por ejemplo, la Corte Constitucional húngara, puede establecer la inconstitucionalidad del proceder de la legislatura cuando ésta ha sido omisa en la promulgación de determinada ley.

En este caso, el tribunal no sólo prescribe una solución que sea constitucional, sino que, además, obliga al legislador a actuar en la manera que el propio órgano jurisdiccional ordene.

La idea del legislador negativo está quedando atrás, a tal punto que los tribunales constitucionales de Hungría, Rusia y Polonia están facultados para declarar normas constitucionales primarias. Esta clase de competencia se le ha llamado “interpretación abstracta de una disposición constitucional”, en los casos de Hungría de Rusia; e “interpretación obligatoria de una norma jurídica”, en el caso de Polonia. Dichas

¹⁸ Carpizo, Jorge, op. cit.

interpretaciones son una especie de opiniones consultivas que son vinculantes y se formulan de manera abstracta, por lo tanto son, hablando estrictamente, normas jurídicas.

Otra idea revolucionaria que dista mucho de la noción de justicia constitucional planteada por Hans Kelsen, es la *actio popularis* disponible en Hungría.

En esta nación, cualquier persona está facultada para iniciar una acción de control abstracto de normas. El peticionario no tiene que demostrar que han sido violados sus derechos, toda vez que se trata de una revisión normativa, *in abstracto*. Esta acción popular, se ha convertido en una especie de canal para el ejercicio de la democracia directa y ha aumentado la popularidad del tribunal constitucional de Hungría, puesto que el pueblo siente que cuenta con un foro de última instancia para hacer valer los derechos constitucionales. Cabe advertir que el tribunal es percibido como imparcial y legítimo.¹⁹

La justicia constitucional no es contraria a la democracia, como algunos sostienen; por el contrario es garante no sólo de un estado democrático, sino de un estado constitucional, democrático y de derecho.

Tal como lo sostiene John Hart Ely²⁰, el tribunal constitucional tiene como función principal el mantenimiento de canales de participación de todos los agentes sociales en la vida pública. Ofrece garantías para que todas las personas y no solamente las mayorías intervengan en asuntos públicos.

John Fernando Restrepo Tamayo nos recuerda que el tribunal constitucional es el instrumento que, por antonomasia, limita a la democracia de sus propios excesos: Sería absurdo pensar que los límites a los excesos de las mayorías fueran impuestos por éstas, para ello se requiere de “un órgano minoritario que sepa direccionar intereses comunes.”²¹

¹⁹ Sólyom, László, “The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy. With Special Reference to Hungary”, in *International Sociology*, march 2003, volume 18, number 1, SAGE, pp. 133-161.

²⁰ Hart Ely, John, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 292.

²¹ Restrepo Tamayo, John Fernando, “Tribunales constitucionales: dinamizadores en la construcción de la democracia contemporánea para John Rawls”, en *Cuestiones Constitucionales*, julio 2009, número 21, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/ard/ard8.htm>

La misma evolución de los tribunales constitucionales ha originado que se redefina el concepto mismo de democracia, en donde no sólo se debe acatar el mandato de las mayorías, sino respetar seriamente a las minorías.

En pocas palabras, la noción contemporánea de democracia, no es concebible sin el respeto de los derechos humanos, el cual no debe dejarse a la libre voluntad de una mayoría imperante. Por lo tanto, sin tribunales constitucionales que hagan valer estos derechos, aun en contra de la mayoría legislativa, no es posible hablar de un régimen verdaderamente democrático.

Pero más allá de simplemente sostener un régimen en donde manda la mayoría estamos hablando, en el mundo contemporáneo, de sostener la supremacía constitucional, lo cual implica que la ley y el legislador están por debajo de la constitución.

A mayor abundamiento, cito a la profesora Jutta Limbach, quien nos ilustra sobre el equilibrio que debe imperar en un estado constitucional, nos explica que la experiencia de regímenes totalitarios en el siglo pasado condujo a un replanteamiento fundamental sobre los límites al poder del Estado. Este replanteamiento culminó en la visión de un poder estatal que es a la vez democrático y garante de los derechos fundamentales de los individuos. Esta es la respuesta ética a la acusación de que la revisión judicial es incompatible con el principio democrático. El gobierno de la mayoría no constituye en sí mismo la esencia de la democracia moderna. La democracia significa no sólo que el poder del Estado se deriva del pueblo y que la política se determina por sus representantes electos. También forman parte de la democracia ciertos valores fundamentales a los cuales todos los órganos del estado deben lealtad. [Y] no son solamente las dos dictaduras en suelo alemán las que nos han enseñado que la democracia no se puede sostener sin la validez de los derechos humanos. “Es así que la democracia constituye un balance delicado entre el gobierno de la mayoría y determinados valores fundamentales como lo son los derechos humanos.²²

²² Limbach, Jutta, “How a Constitution can Safeguard Democracy: The German Experience”, conferencia dictada en enero de 2003 en el Centro para el Derecho Comparado y Público, Facultad de Derecho, Universidad de Hong Kong: <http://www.hku.hk/ccpl/pub/conferences/29012003.pdf>

“The experience of totalitarian regimes in the last century led to a fundamental rethinking of the problem of the limits to State power. This culminated in the image of a State order that is both democratic and guarantees the individual's fundamental rights. This is the principled answer to the accusation that judicial review is incompatible with the democratic principle. Majority rule does not by itself constitute the essence of modern democracy. Democracy means not just that State power derives from the people and that politics is determined by their elected representatives. Also part of democracy are particular fundamental

Queda claro que la relación entre la jurisdicción constitucional y la democracia no está exenta de problemas, pero una visión integral de lo que significa la supremacía constitucional, nos permite afirmar que los tribunales constitucionales son los guardianes de última instancia de un estado de derecho -*Rechtsstaat*- en el que se respeta la libertad, la diversidad y la dignidad de las personas.

La evolución de los Tribunales Constitucionales

Vale la pena hacer un repaso de la forma en que los órganos encargados de velar por la constitucionalidad de la actuación de los diferentes agentes del Estado, han evolucionado en Europa Occidental, en general y, en particular, en los Estados de la Europa Central y del Este.

El desarrollo y evolución de las cortes constitucionales es inconcebible sin las grandes transformaciones democráticas de Occidente en la segunda mitad del siglo XX.

Se puede afirmar que en Europa se han desarrollado tres generaciones de tribunales constitucionales y que cada generación fue el resultado de importantes cambios democráticos.

Las cortes constitucionales de Alemania e Italia, constituyen la primera generación y fueron establecidas después de la caída de los regímenes fascistas, en los primeros años de la década de los cincuenta del siglo pasado.

Los tribunales de España y Portugal conforman la segunda generación y surgen en los años setenta, con el colapso de los regímenes autoritarios de Franco y Salazar, respectivamente.

La tercera generación de cortes constitucionales emerge en los años noventa, después de la caída del Muro de Berlín en las naciones democráticas que anteriormente se encontraban bajo la influencia soviética.

Resulta paradójico que las tres olas democráticas de la Europa del siglo XX, no hayan sido producto de movimientos populares. Los aliados en la Segunda Guerra Mundial impusieron la democracia en Alemania e Italia; las democracias en la Península Ibérica y en los países ex comunistas surgieron como producto de negociaciones entre diversas élites que no estaban legitimadas democráticamente; por el contrario, las nuevas cortes constitucionales se crearon a partir de una honda desconfianza en los parlamentos los

values, to which all organs of State are committed. It is not only the two dictatorships on German soil that have taught us that democracy cannot be upheld without the validity of human rights. "Democracy is thus delicate balance between majority rule and particular fundamental values, such as human rights."

cuales habían sido manipulados y corrompidos por los regímenes fascistas y comunistas. En este contexto histórico, los tribunales constitucionales estaban convencidos de que representaban la esencia del cambio democrático y que gozaban de “legitimidad revolucionaria.”²³

Especial atención merecen los tribunales constitucionales de la tercera generación; es decir, los de los países ex comunistas de Europa.

No centraremos la atención en las particularidades de estos órganos, sino en algunos puntos que podrían ser atractivos para ser adaptados a la jurisdicción constitucional mexicana.

México, a diferencia de los países de Europa Central y del Este, ha sufrido una transformación democrática muy gradual que surge a partir de un régimen semi-autoritario, donde siempre hubo margen para un ejercicio relativamente razonable, aunque no cabal, de las libertades humanas fundamentales; razón por la cual, no se ha tenido que romper de tajo con estructuras institucionales del pasado.

No tuvimos que refundar a la nación como estos países lo hicieron; no fue menester llamar a cuentas a la vieja clase política; tampoco nos hemos visto en la necesidad de restituir la propiedad privada, ni plantearnos el dilema de la aplicación retroactiva de la ley penal para llevar ante la justicia a genocidas o dictadores.

Me parece que podemos abrevar de lo que han aprendido los países ex comunistas o ex totalitarios respecto de la justicia constitucional.

Tal como lo señala László Sólyom, los nuevos tribunales de la tercera generación, no eran conscientes de que estaban anunciando, atestiguando, pero sobre todo, formando parte de una expansión global del poder judicial y de una nueva era de la revisión constitucional.

Dichos órganos ven la luz en el contexto de una floreciente jurisdicción internacional de los derechos humanos. Las nacientes democracias dieron sus primeros pasos hacia la consolidación de un sistema de derechos humanos al integrarse al Consejo de Europa y al adoptar la Convención Europea de Derechos Humanos.

La influencia unificadora de la jurisprudencia de Estrasburgo es evidente en los nuevos tribunales constitucionales. En la actualidad, es muy difícil saber a ciencia cierta si un estándar de derechos humanos proviene de la Corte de Estrasburgo o si se originó en

²³ Sólyom, László, óp. cit. p.135.

alguno de los tribunales constitucionales, en la medida que a lo largo y ancho de Europa, se cuenta ya con una gramática, o más bien con un lenguaje común respecto del concepto de constitucionalidad.²⁴

Es importante señalar que dos instituciones tuvieron también gran influencia en esta globalización de la justicia constitucional: La Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, surgida en 1972, y la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho o Comisión de Venecia de 1990.²⁵

Pero, además de la asimilación de los principios de interpretación judicial proveniente de órganos supranacionales y de cuerpos técnicos como la Conferencia de 1972 y la Comisión de Viena de 1990, los países de la Europa Central y del Este, y en particular, Hungría, comenzaron a tomar en consideración las decisiones de tribunales constitucionales de otros países.

Esta influencia transnacional no solamente se circunscribió a los países europeos sino que la misma Europa hizo una gran contribución a la justicia constitucional de otros continentes. Por ejemplo, algunos argumentos de la Corte Constitucional de Hungría para abolir la pena de muerte, fueron tomados en consideración por la Corte Constitucional de Sudáfrica.

En un caso emblemático resuelto en 1995, el Tribunal Sudafricano determinó que la pena capital era inconstitucional, no sólo al revisar los razonamientos del tribunal húngaro, sino también las resoluciones y argumentos que al respecto había emitido la Corte Europea de Derechos Humanos, así como los tribunales constitucionales de los Estados Unidos, Alemania, Canadá e India, entre otros.

Situación similar se dio en la Suprema Corte de Zimbabwe y en el *British Privy Council*, los cuales tomaron decisiones importantes respecto de la protección de los derechos humanos.²⁶

El Máximo Tribunal de Zimbabwe tomó en cuenta los razonamientos vertidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, al decidir que ciertas formas de pena corporal en

²⁴ Ibíd. p. 144.

²⁵ Ibíd.

²⁶ Slaughter, Anne-Marie, "Judicial Globalization", en 40 Va. J. Int'l L. EUA, verano de 2000, p. 1103.

adultos, constituyan tratos crueles y degradantes y que esas mismas penas aplicadas a ofensores juveniles eran simple y sencillamente inconstitucionales.²⁷

Por su parte, el *British Privy Council*, actuando en su calidad de tribunal constitucional de Jamaica decidió conmutar la pena de muerte a un delincuente por la cadena perpetua, siguiendo la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Soering vs. El Reino Unido*.²⁸

Anne-Marie Slaughter sostiene que este diálogo global sobre justicia constitucional constituye el nivel más informal del contacto judicial transnacional. Aun cuando las opiniones emitidas por los tribunales de otros sistemas jurídicos nacionales no son vinculantes, los tribunales constitucionales nacionales están tomando en cuenta decisiones de tribunales extranjeros, para enriquecer su punto de vista, al conocer distintas perspectivas respecto de asuntos similares.²⁹

Esta forma de interacción transjudicial se presenta como una especie de “fertilización cruzada” constitucional. Los jueces constitucionales toman prestados argumentos y principios jurídicos fundamentales de los máximos tribunales de otros países con el objeto de apoyar sus propias resoluciones.

Se parte del principio de que la “fertilización cruzada” o “citación cruzada” amplía el arsenal argumentativo de todos los jueces alrededor del mundo. A los juzgadores no se les exige que emitan sus resoluciones tal como se construyeron e interpretaron en otros países. Este intercambio es importante puesto que es posible encontrar muchos principios universalmente aceptados en la mayor parte de los sistemas jurídicos nacionales.

Aun cuando estos principios no pueden ser extrapolados en forma literal, es posible adaptarlos a las normas jurídicas y a la cultura de la nación que los adopta. Esta

²⁷ Véase, *Ncube v State*, 1988 (2) SA 702 (citing *Tyler v. United Kingdom*, 26 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1978)); *Juvenile v. State*, Judgment No. 64/89, Crim. App. No. 156/88 (Zimb. 1989) (citing both *Tyler v. United Kingdom* and *Campbell & Cosans v. United Kingdom*, 48 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1982)).

²⁸ Véase: *Pratt v. Attorney General for Jamaica*, 4 All E.R. 769 (P.C. 1993) (en banc); *Soering v. United Kingdom*, 161 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1989). En este caso, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que la extradición de un reo que pudiera ser condenado a la pena de muerte por el Estado requirente, violaba el artículo 3º de la Convención Europea, el cual establece que nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Véase Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y las Libertades Fundamentales con modificaciones del Protocolo No. 11, en conjunción con los Protocolos 1, 4, 6, 7, 12 y 13.

<http://www.echr.coe.int/Convention/webConvenENG.pdf>

²⁹ Slaughter, Anne-Marie, op. cit., p. 1116.

situación no deja de ser problemática, toda vez que esta corriente de pensamiento liberal parte del supuesto de que los jueces, incluidos los constitucionales, están siendo más leales a un determinado concepto de constitucionalismo que a sus propios estados nacionales.

Lo anterior es, por supuesto debatible, ya que dicha situación implicaría un cambio radical en nuestra noción de soberanía. En un orden mundial post-Westfaliano, los estados aún continúan siendo los actores más relevantes en la arena internacional y ejercen autoridad suprema sobre la población que se encuentra asentada en su territorio y supuestamente sobre sus nacionales también.

Bajo este modelo, la presunción es que el Estado es independiente de otros sistemas de organización jurídica como podrían ser otros estados u organizaciones internacionales. En consecuencia, el estado expresa su voluntad, en forma monolítica, a través de sus agentes, incluidos los jueces. Así, los juzgadores solamente pueden expresar la voluntad del Estado al cual pertenecen.

De resultar cierto el hecho de que los juzgadores están cada día más comprometidos en la aplicación de valores y principios universales que no son necesariamente vinculantes para sus estados, desde el punto de vista jurídico, entonces tendríamos que concluir, por fuerza, que el Estado está perdiendo su estructura monolítica.

Respecto de este debate, me parece que aún es muy pronto para saber, desde una perspectiva histórica, si el Estado nacional realmente se está fragmentando y si los jueces en el mundo están adquiriendo realmente independencia y funcionando como un verdadero estamento global en el que el criterio ordenador del nuevo sistema son los derechos humanos, la democracia, el estado de derecho, en su concepción material, y no el sistema jurídico nacional.

Este nuevo auge judicial internacional ha sido descrito por algunos estudiosos del Derecho y las Relaciones Internacionales como parte del proceso de globalización.³⁰

De acuerdo con estos autores, la expansión de la justicia internacional no sólo se dará a través del fortalecimiento de las jurisdicciones supranacionales ya existentes, las cuales tenderían a seguir el patrón de desarrollo de las dos principales Cortes europeas; sino que, además, abrirá la posibilidad de que los tribunales nacionales establezcan un

³⁰ Véase, Slaughter, Anne-Marie, "Judicial Globalization", en *40 Va. J. Int'l L.*, EUA, verano de 2000, p. 1103, y Keohane, Robert O., Moravcsik, Andrew, y Slaughter, Anne-Marie, "Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational", en *International Organization*, verano de 2000, 54, 3, EUA, pp. 457-488.

diálogo más cercano con sus contrapartes en el extranjero, mediante el intercambio de argumentos, razonamientos y principios jurídicos, con lo cual se estaría generando un lenguaje jurídico común alrededor del mundo.³¹

Conclusiones

Hemos expuesto la trascendencia e importancia de la evolución de los tribunales constitucionales, como garantes del estado de derecho. Se ha hecho un breve repaso de los dos modelos principales del control de la constitucionalidad: el estadounidense o difuso y el control abstracto o de corte kelseniano.

Con el avance de la justicia constitucional, se aprecia que ambos modelos han tendido a mezclarse y, en la actualidad, casi todos los tribunales constitucionales presentan características de control difuso y abstracto; incluso, han surgido variantes como es el caso del paradigma de la *concrete review*, en la que el juez ordinario y el constitucional trabajan articuladamente para revisar la constitucionalidad abstracta de una norma y, con base en dicha revisión, resolver un litigio concreto.

Quedó demostrado, que el debate respecto de la naturaleza contra mayoritaria de los tribunales constitucionales y su posible intromisión en los procesos democráticos, se supera al concebir a la democracia como un atributo que va más allá de las elecciones y del proceso legislativo, en el cual, el contenido material de la Constitución debe hacerse respetar inclusive por encima de la legislación y que una ley que contravenga los derechos humanos o cualquiera de las llamada cláusula pétreas de la Ley fundamental, debe ser desechada.

Lo anterior, de ninguna manera quiere decir que la interpretación judicial no tenga límites. Debe existir un alto grado de auto limitación o *self-restraint* en el proceso interpretativo, si no se quiere invadir competencias y legislar desde la judicatura.

Por último, se mostraron interesantes avances en las llamadas cortes constitucionales europeas de tercera generación, las cuales cuentan con atribuciones que hubieran sido inimaginables para el propio Hans Kelsen, quien equiparaba el trabajo de la jurisdicción constitucional al de un legislador negativo.

Estos tribunales están facultados, entre otras cosas, para emitir opiniones consultivas que representan verdaderas normas constitucionales primarias; obligar al legislador a

³¹ Este lenguaje común se refiere a un cuerpo de normas y principios jurídicos que contendrán aquellos valores que merecen protección universal. El término empleado por Helfer y Slaughter es: *Global Community of Law*.

actuar cuando éste ha sido omiso en la promulgación de determinada norma, omisión que provoca que incurra en inconstitucionalidad. Prevén, en algunos casos, la posibilidad de que cualquier gobernado exija una revisión constitucional *in abstracto*, aun cuando no se le hubiera violado ningún derecho fundamental en particular en virtud de esa norma (*actio popularis*); así mismo, actúan de conformidad con el derecho internacional y toman en consideración los argumentos y resoluciones de tribunales constitucionales extranjeros, a partir de una concepción de un constitucionalismo globalizado y de el valor universal de los derechos humanos.

Si bien, nuestro Tribunal constitucional se vio fortalecido con mecanismos adicionales de control abstracto, con las reformas constitucionales de la última década del siglo pasado, me parece que es buen momento para revisar, en un esfuerzo de derecho comparado, los grandes logros que han alcanzado estas cortes constitucionales europeas de tercera generación.

El pueblo de México merece una mayor certeza jurídica, una protección más efectiva de sus libertades fundamentales y que se fortalezcan nuevos mecanismos democráticos que no se agoten en las elecciones y en la elaboración de leyes. Podemos y debemos aprender de otros tribunales que han mejorado sustancialmente la calidad de vida de las personas.

Bibliografía

Libros

Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-IIJ, 2007.

Dirección General de Planeación de la SCJN (comp.), *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.

Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, trad. de Héctor Fix Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

Hart Ely, John, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997.

Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2^a ed., trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Otras fuentes:

Carpizo, Jorge, “El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 125, mayo-agosto, México,

TEMAS SELECTOS DE DERECHO PÚBLICO CONTEMPORÁNEO

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/125/art/art6.htm>

Horowitz, Donald L., "Constitutional Courts: A Primer for Decision Makers", en *Journal of Democracy*, volume 17, number 4, National Endowment for Democracy and the Johns Hopkins University Press, October de 2006.

Limbach, Jutta, "How a Constitution can Safeguard Democracy: The German Experience", conferencia dictada en enero de 2003 en Centro para el Derecho Comparado y Público, Facultad de Derecho, Universidad de Hong Kong:
<http://www.hku.hk/ccpl/pub/conferences/29012003.pdf>

López Guerra, Luis, "Democracia y tribunales constitucionales", en *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, número 1, Madrid, Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III de Madrid, 2003: en
<http://www.idpc.es/archivo/1212589025a11LG.pdf>

Restrepo Tamayo, John Fernando, "Tribunales constitucionales: dinamizadores en la construcción de la democracia contemporánea para John Rawls", en *Cuestiones Constitucionales*, número 21, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, julio 2009:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/ard/ard8.htm>

Salazar, Pedro, "Notas sobre democracia y constitución en la obra de Hans Kelsen", en *Isonomía*, número 28, México, abril 2008:
<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01394931900460537647802/033821.pdf?incr=1>

Slaughter, Anne-Marie, "Judicial Globalization", en *40 Va. J. Int'l L.* EUA, verano de 2000.

Sólyom, László, "The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy. With Special Reference to Hungary", en *International Sociology*, volume 18, number 1, SAGE, March de 2003.

Stone Sweet, Alec, "Constitutional Courts and Parliamentary Democracy", *West European Politics*, volume 25, number 1, Londres, Frank Cass, 2002.