

CAPÍTULO V

LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA CONSOLIDACIÓN DEMOCRÁTICA. LA PERSPECTIVA DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO*

I. PLANTEAMIENTO

Se me ha pedido que aborde el tema del simposium —los tribunales constitucionales en la consolidación democrática— desde la perspectiva de la sociología del derecho. Así formulada, se trata de una encomienda difícil. La razón es que el concepto de “sociología del derecho” o de “sociología jurídica” —que con frecuencia se utilizan como términos equivalentes e intercambiables— es en sí ambiguo. En efecto, cabe decir que hay una sociología “sociológica” del derecho y otra sociología “jurídica” del derecho, y que no se trata de un mero juego de palabras.

La primera está enraizada en la sociología y, por tanto, tiende a utilizar primariamente conceptos y categorías de esta disciplina, así como a deducir de ella sus preocupaciones teóricas y metodológicas. Lógicamente, sus cultivadores son primariamente los sociólogos. Por otro lado, hay también una sociología del derecho cuyas premisas se derivan preferentemente de los problemas que se advierten en el funcionamiento del derecho (su “eficacia”), como, por ejemplo, la medida en que se cumplen ciertas leyes o el grado en que la población de un territorio tiene acceso a las instancias judiciales para resolver sus conflictos cotidianos. Se trata de una sociología jurídica orientada, de manera práctica, hacia la *política jurídica* y que toma de las diversas ciencias sociales sus conceptos, métodos e instrumentos de investigación, como son los de tipo estadístico o cuantitativo. A diferencia de la sociología “sociológica” del derecho, esta sociología “jurídica” del dere-

* El autor agradece los atinados comentarios de Pedro Salazar Ugarte. El ensayo se ha actualizado y se ha complementado con las reflexiones inéditas del autor presentadas en el seminario *Reforma y control de la Constitución. Implicaciones y límites*, efectuado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM el 3 de febrero de 2009.

cho no tiene frecuentemente una orientación teórica fuerte o definida y, por ello, no requiere cuestionar algunas premisas internas del mismo sistema jurídico —como por ejemplo, la idea de que las leyes se “aplican” o de que los tribunales “resuelven” conflictos sociales. Previsiblemente, son sobre todo los juristas (a veces un poco renegados) quienes tienden a desarrollar interés en esta perspectiva para el estudio del derecho, aunque crecientemente son los cultivadores de otras ciencias sociales con una fuerte inclinación hacia la política pública —como la economía o la ciencia política— quienes se internan cada vez con más frecuencia en este territorio, armados con herramientas teóricas y metodológicas sofisticadas de las cuales carecen frecuentemente los juristas habilitados como “sociólogos”.⁴⁷¹

Conviene subrayar, adicionalmente, que la “sociología del derecho”, en cualquiera de sus dos versiones, es con frecuencia sólo una etiqueta que identifica una perspectiva “no normativa” sobre el derecho que se apoya en una o varias ciencias sociales, no sólo en la sociología propiamente dicha, aunque no hay duda —como hemos apuntado— de que existe una “sociología del derecho” rigurosamente “sociológica”. En efecto, las publicaciones especializadas en el campo de la sociología del derecho no sólo tienden a mezclar las dos perspectivas arriba señaladas, sino también a utilizar conceptos, teorías y métodos provenientes de disciplinas sociales muy diversas como la economía, la antropología y la etnografía, la historia, la ciencia y la sociología políticas, la psicología social, además de las diversas sociologías particulares (como la sociología de las organizaciones o de las profesiones). En este sentido, el término de “*law and society*”, que es de uso habitual en los países de habla inglesa, o el de “estudios socio-jurídicos” (*socio-legal studies*), reflejan mucho mejor la amplitud un tanto difusa que puede asumir la “sociología jurídica”.

Lo anterior tiene relevancia al momento de preguntarnos si existe una sociología jurídica de la jurisdicción constitucional, para luego cuestionarnos sobre la clase de análisis socio-jurídico que es apropiado para describir y explicar el funcionamiento de los tribunales constitucionales en el marco de los procesos de democratización que se advierten en numerosos países del planeta. La cuestión se plantea con particular agudeza porque —como veremos en un apartado posterior— la ubicación de la jurisdicción constitucional en la encrucijada entre derecho y política favorece la realización de estudios en los que predomina la perspectiva politológica, con dos consecuencias principales e interrelacionadas: se difumina la distinción entre

⁴⁷¹ Sobre las relaciones entre sociología y derecho véase también en Capítulo I en este volumen.

derecho y política, y se descuida el análisis estrictamente socio-jurídico, es decir, el que pone énfasis en la función *jurídica* de los tribunales constitucionales y en sus relaciones con los operadores del sistema jurídico, como jueces, abogados y académicos, aunque estos aspectos no están del todo ausentes en los estudios relevantes, como también se verá más adelante.

El propósito de este ensayo es entonces el de hacer un planteamiento socio-jurídico más amplio para el estudio de los tribunales constitucionales en el contexto de los procesos de democratización. Para tal efecto, resulta necesario buscar un enfoque que, al mismo tiempo que permita distinguir entre las funciones políticas y las jurídicas de la jurisdicción constitucional, favorezca también un análisis de su interrelación en este ámbito social específico. Se requiere, en otras palabras, una perspectiva que sitúe a la jurisdicción constitucional en el plano de la sociedad y examine sus vínculos tanto con los fenómenos jurídicos como con los políticos, partiendo de la premisa de que ambos tipos de fenómenos están muy estrechamente ligados entre sí, pero también de que son estructuralmente diversos y, por tanto, distinguibles en sus operaciones y efectos.⁴⁷² Lo anterior no impide considerar a los fenómenos jurídicos, también y esencialmente, como *fenómenos de poder* —como sucede particularmente en la tradición marxista—, pues una cosa es el poder como fenómeno social omnipresente, y otra, el sistema político como subsistema que agrega y estructura, en vista de la producción de decisiones colectivas obligatorias, los diferenciales de poder que existen en la sociedad.⁴⁷³

Tal explicación es un paso previo necesario para empezar a abordar la cuestión de cuál sea la función de los tribunales constitucionales en la consolidación democrática, sobre todo en países como el nuestro. Conviene preguntar entonces dónde buscar los elementos que permitan resolver esta tarea. La respuesta es que algunos de esos elementos pueden encontrarse en la obra del sociólogo alemán Niklas Luhmann (1927-1998). Una tesis en que se apoya el ensayo es, justamente, que las piezas teóricas que nos ha legado Luhmann contribuyen no solamente a dar mayor coherencia y a situar en un contexto más amplio lo que ya sabemos sobre la naturaleza y las funciones de los tribunales constitucionales, sino que sugieren nuevas preguntas e hipótesis para el futuro. En lo particular, la síntesis teórica de Luhmann ofrece la oportunidad de aplicar y desarrollar un enfoque basado en el concepto de

⁴⁷² Véase Luhmann (1993a, cap. 9), quien sostiene que claramente puede y debe distinguirse entre sistema jurídico y sistema político, aunque la tradición del pensamiento occidental ha tendido a considerarlos como un solo sistema que confluye en el concepto de Estado y, más precisamente, en el de “Estado de derecho”.

⁴⁷³ Luhmann (1993a, cap. 9).

comunicación para examinar la inserción de los tribunales constitucionales en los órdenes jurídicos nacionales y en el sistema jurídico global.

El ensayo se divide en tres apartados. En el primer apartado (II., *infra*) se ofrece una exploración esquemática de los estudios socio-jurídicos —en sentido amplio— que existen sobre los tribunales constitucionales, subrayando su aportación a los procesos de democratización política. En un segundo apartado (III., *infra*) se expone la concepción de Luhmann sobre la diferenciación de los sistemas político y jurídico y su acoplamiento estructural a través de la Constitución. De ahí derivan diversas consecuencias para el análisis de la naturaleza y funciones de los tribunales constitucionales, en particular su papel en el sistema jurídico desde un punto de vista comunicativo, que se expresa en los procesos argumentativos y en la difusión de las argumentaciones al interior y al exterior del aparato judicial. En este punto es posible mostrar las conexiones que existen entre el enfoque aquí desarrollado y los debates que se han producido en torno al llamado “diálogo judicial”, pero también otras avenidas de análisis que todavía están por explorarse con más profundidad. El último apartado (IV., *infra*) ofrece una reflexión final sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación democrática desde el punto de vista socio-jurídico y en la articulación y el funcionamiento del sistema judicial.

II. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LOS ESTUDIOS SOCIO-JURÍDICOS

Un vistazo a la bibliohemerografía especializada nos revela algunos de los principales aspectos de la jurisdicción constitucional que se han abordado desde una perspectiva, tanto teórica como empírica, que podemos denominar “socio-jurídica” en sentido amplio. Sintéticamente, estos estudios abordan las siguientes cuestiones, que naturalmente están interrelacionadas y por ello no pueden distinguirse más que de modo analítico:

- Los factores sociales que explican la instauración una jurisdicción constitucional, especialmente en un contexto de transición y consolidación democráticas
- La ideología y las estrategias de los jueces constitucionales, así como el impacto de la jurisdicción constitucional sobre las relaciones de poder, especialmente respecto del Poder Legislativo
- La legitimidad, confianza y aceptación de las resoluciones de los tribunales constitucionales

- El funcionamiento institucional, organizacional y deliberativo, de los tribunales constitucionales
- El “diálogo judicial” entre tribunales constitucionales.

En lo que sigue intentaremos ampliar el enunciado esquemático de estos temas.

El primer tema es central, porque existe una bibliografía muy amplia que documenta, de distintas maneras, la estrecha conexión —casi se diría natural u orgánica— entre el surgimiento de los tribunales constitucionales en un gran número de países y la instauración, el restablecimiento y la consolidación de un régimen democrático.⁴⁷⁴ Estos estudios han sido elaborados en su mayoría desde una perspectiva politológica, aunque también hay contribuciones de carácter sociológico y económico, e incluso algunos ensayos que toman más en consideración factores propiamente jurídicos. Aquí mencionaremos solamente algunos de ellos:

Una primera línea de estudio desarrolla e intenta verificar empíricamente la hipótesis de que el establecimiento de una jurisdicción constitucional y el alcance de sus facultades se explican esencialmente por la incertidumbre en un proceso de transición política que impulsa a mayorías y minorías a aceptar la “garantía institucional” que aquélla ofrece.⁴⁷⁵ Este es un enfoque muy generalizado en los trabajos politológicos, esto es, la idea de que la jurisdicción constitucional es producto de acuerdos y compromisos que funcionan como “póliza de seguro” para las fuerzas políticas inmersas en un proceso de democratización, particularmente bajo condiciones de incertidumbre electoral.⁴⁷⁶ Una variante de esta tesis considera que la adopción de una declaración de derechos y de una jurisdicción constitucional que los garantice está vinculada a los intereses de una élite hegemónica que pretende proteger hacia el futuro, frente a los grupos opositores, su ideología e intereses políticos traducidos en valores constitucionales.⁴⁷⁷

Sin embargo, las circunstancias que favorecen la creación de tribunales constitucionales son más variadas. Se ha argumentado, por ejemplo, que el

⁴⁷⁴ Véase, por ejemplo, Sadurski (2002), Gloppe, Gargarella y Skaar (2004), Gargarella, Domingo y Roux (2006), Helmke y Ríos-Figueroa (2010), Bonilla Maldonado (2013). Estudios de caso: Sólyom (2003), sobre Hungría; Couso (2011), sobre Chile; Harding (2011), sobre Tailandia. Un planteamiento más general, con referencia a los casos de Sudáfrica y Bosnia, puede verse en Issacharoff (2004; 2011).

⁴⁷⁵ Véase, por ejemplo, Ginsburg (2002; 2003; 2008). Un estudio más amplio que abarca 128 países puede verse en Ramos (2006).

⁴⁷⁶ Véase, por ejemplo, Finkel (2008).

⁴⁷⁷ Véase, por ejemplo, Hirsch (2004).

establecimiento de tribunales constitucionales en las repúblicas y regiones de la Federación Rusa coincide más bien con la consolidación de un poder fuerte y se explica mejor por las negociaciones entre el gobierno central y la periferia federal.⁴⁷⁸ Ello sería muestra de que las élites políticas de algunos países que no son claramente democráticos han decidido mantener una jurisdicción constitucional en la medida que ésta les ofrezca beneficios y no interfiera en demasía con las políticas públicas.⁴⁷⁹ En otros países, como Estonia, los tribunales constitucionales pueden funcionar como “conduc-*tos*” para señalar al legislador nacional vías de reforma democrática que son impopulares en el plano nacional, pero que tienen como componente las expectativas de actores externos relevantes (en este caso, los derechos lingüísticos de las minorías).⁴⁸⁰

Como puede observarse fácilmente, la conexión entre jurisdicción constitucional y democratización es visible, pero compleja, y depende en gran medida de las circunstancias particulares de cada país.⁴⁸¹ Desde luego hay que tomar especialmente en cuenta que se trata de procesos dinámicos en los que una jurisdicción constitucional poderosa puede sufrir ataques por parte de los demás actores políticos, lo que puede desembocar en un retroceso democrático y en el relativo (y quizá temporal) declive de esa jurisdicción.⁴⁸²

En relación con el segundo tema, la bibliografía es también muy abundante. En este ámbito el término clave parece ser el de la *judicialización de la*

⁴⁷⁸ Trochev (2004; 2008).

⁴⁷⁹ Epstein *et al.* (2001) ofrecen un modelo estratégico general para explicar el comportamiento de jueces constitucionales, poderes ejecutivos y legislativos, mediante el cual analizan el caso del Tribunal Constitucional ruso. Éste podría ser, con matices, el caso de México durante la época de la hegemonía presidencialista. La Suprema Corte de Justicia y otros órganos del Poder Judicial de la Federación mantuvieron formalmente su carácter de jurisdicción constitucional, pero las circunstancias políticas y el entorno jurídico imponían límites al ejercicio de sus facultades de control constitucional. Véase el Capítulo VII en este volumen.

⁴⁸⁰ Maveety y Grosskopf (2004). Sobre el tribunal constitucional sudafricano como resultado de la confluencia de las demandas de actores externos y la negociación entre los actores internos, véase Klug (2000, caps. 6-8).

⁴⁸¹ Por ejemplo, Hailbronner (2014) opina que la fortaleza del Tribunal Constitucional Federal alemán se explica menos por el pasado nazi, que por la combinación de un constitucionalismo transformativo débil y una cultura jurídica jerárquica con fuerte énfasis en una concepción científica del derecho y el conocimiento especializado.

⁴⁸² Sobre este punto puede verse Gardbaum (2015), quien considera, por ello, que más que las facultades formales de anulación de leyes, que la prioridad máxima en las transiciones democráticas debe ser el mantenimiento de la independencia judicial. Un caso, entre muchos que pueden citarse, es el del Tribunal Constitucional de Indonesia. Véase Roux y Siregar (2016).

política,⁴⁸³ es decir, la tendencia a llevar conflictos y cuestiones de naturaleza política a los tribunales para su resolución, lo que, por supuesto, conlleva también una tendencia natural hacia la *politización de la justicia*, esto es, la influencia que, de diversos modos, los actores políticos tratan de ejercer sobre la conformación y funcionamiento de la jurisdicción constitucional, así como las maneras en las que los propios jueces constitucionales tratan de expresar y hacer valer sus preferencias políticas.

La judicialización de la política se traduce en un abanico muy variado de cuestiones: ¿quiénes acuden a la jurisdicción constitucional? ¿Cuáles son los conflictos que llegan a los jueces constitucionales⁴⁸⁴ y qué factores influyen en el acceso a la jurisdicción constitucional?⁴⁸⁵ ¿De qué manera se resuelven estos conflictos? ¿Cuál es el rol principal que asume la jurisdicción constitucional: el de árbitro de controversias políticas⁴⁸⁶ o el de protector de los derechos de los ciudadanos? ¿Qué tan independientes son los jueces constitucionales respecto de los poderes públicos y sociales en el Estado?⁴⁸⁷ ¿Cuáles son las reacciones de estos poderes frente a las resoluciones de la jurisdicción constitucional que son desfavorables o contrarias a sus intere-

⁴⁸³ Véanse los ensayos reunidos en Tate y Vallinder (1995). Véase también Guarneri y Pederzoli (1997) sobre las relaciones entre política y derecho en varios países europeos.

⁴⁸⁴ Por ejemplo, en Turquía, el régimen laico que impone la Constitución ha dado gran relevancia a los procesos de prohibición de los partidos políticos de ideología religiosa (islamista), cuyo conocimiento se ha conferido al Tribunal Constitucional de ese país. Véase Kogacioglu (2003; 2004).

⁴⁸⁵ Blankenburg (1998) analiza el sentido y el sinsentido del procedimiento previo de selección de las acciones de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) ante el Tribunal Constitucional Federal alemán, como mecanismo de filtro ante la sobreproducción de demandas por parte de los ciudadanos.

⁴⁸⁶ A diferencia de la imagen tradicional de los tribunales constitucionales como árbitros que determinan de manera tajante quién tiene la razón jurídica en un conflicto de origen político, Ríos-Figueroa (2016) propone la visión de estos tribunales como *mediadores* en el caso de las relaciones cívico-militares en América Latina, es decir, que su papel es el de proveer a los gobiernos civiles y a sus fuerzas armadas información que contribuya a reducir la incertidumbre en torno a sus relaciones, ayudándolos a cooperar y a resolver entre ellos sus conflictos.

⁴⁸⁷ Sobre la independencia de los jueces constitucionales respecto de los partidos políticos que los postulan puede verse el estudio sobre el Tribunal Constitucional portugués en Amaral-García, Garoupa y Grembi (2009). Schwartz y Murchison (2016) investigan qué tan independiente es el comportamiento de los jueces del Tribunal Constitucional de Bosnia-Hercegovina respecto de su identidad étnica y nacional. De acuerdo con el análisis estadístico de un conjunto de sentencias de este Tribunal, los autores concluyen que, en ciertos tipos de casos, los jueces tienden a dividir su voto en función de esa identidad y que la influencia de ese factor no disminuye con períodos de encargo largos, sino que puede incluso incrementarse con ellos.

ses? Sobre todas estas cuestiones existe una abundante bibliografía que no podemos resumir aquí.

La segunda dimensión de este tema —la politización de la justicia— ha sido explorada principalmente mediante el análisis de las trayectorias personales y profesionales de los jueces constitucionales, así como de sus preferencias ideológicas, a fin de tratar de explicar su impacto en las resoluciones de los tribunales constitucionales.⁴⁸⁸ Al respecto se han elaborado sustancialmente tres modelos: el jurídico o formal (son las normas jurídicas las que determinan el resultado de los juicios), el actitudinal (son las preferencias políticas e ideológicas de los juzgadores el factor decisivo) y el estratégico (son los acuerdos y negociaciones entre los jueces constitucionales, dentro del marco organizacional e institucional de los tribunales, los que explican ese resultado).⁴⁸⁹ Desde luego, el análisis del desempeño de los tribunales constitucionales a lo largo del tiempo revela que éstos elaboran y dan seguimiento a *políticas públicas* definidas, en lo cual su comportamiento no se distingue esencialmente del de otras instituciones del Estado que desarrollan este tipo de políticas.⁴⁹⁰

El tercer ámbito temático concierne la legitimidad y la aceptación de las resoluciones de los tribunales constitucionales no sólo por las diversas “audiencias” a las que se dirigen (como jueces, abogados y académicos),⁴⁹¹ sino también por la sociedad en general. Una cuestión relevante en este campo es el cumplimiento voluntario de esas resoluciones, con base fundamentalmente en la autoridad y prestigio de los jueces constitucionales, pues éstos no sólo carecen —como cualquier otro juzgador— de instrumentos coercitivos propios para lograr ese cumplimiento, sino que su autoridad es más precaria y vulnerable frente a la resistencia de los diversos órganos y actores políticos.

Sobre este aspecto hay interesantes estudios empíricos. Por ejemplo, con base en estudios de opinión y percepción de la población, es posible mostrar que los tribunales constitucionales y supremos de varios países go-

⁴⁸⁸ Desde luego un tema cada vez más importante en este sentido es el de la presencia de mujeres en los tribunales, particularmente en los constitucionales. Véase, por ejemplo, Kenney (2013).

⁴⁸⁹ Véase una síntesis de estos modelos en Fix-Fierro *et al.* (2018, lección 5), con ulteriores referencias bibliográficas. Como estudio de caso puede verse, por ejemplo, Basabe Serrano (2008).

⁴⁹⁰ Ésta es la tesis de Feeley y Rubin (2000) en relación con la política que siguieron los tribunales federales de los Estados Unidos a partir de los años sesenta para lograr la reforma del sistema penitenciario de varios estados, con apoyo en la Octava Enmienda de la Constitución Federal de ese país.

⁴⁹¹ Baum (2006).

zan de tanto mayor apoyo difuso cuanto más visible es su actuación.⁴⁹² La legitimidad así ganada les permite mantener la confianza ciudadana pesar de que ocasionalmente dicten resoluciones controvertidas o impopulares. También se puede examinar esta legitimidad a partir del análisis de las sentencias de los jueces constitucionales en la prensa. En el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán, un estudio elaborado en este sentido llega a la conclusión de que la aceptación y la legitimidad de las escasas sentencias del tribunal que son socialmente controvertidas (según lo revelan las encuestas), están sometidas a la influencia de las élites de opinión que se expresan a través de los medios de comunicación, los cuales contribuyen a definir cuáles resoluciones son controvertidas y cuáles no.⁴⁹³

En cuarto lugar, un tema en el que cada vez hay más investigación es el del *funcionamiento interno* de los tribunales constitucionales. Se trata de abordar, sobre todo, sus procesos deliberativos a la luz del contexto institucional y organizacional en el que se producen. En este sentido contamos con algunos estudios de gran interés. Así, por ejemplo, existe un trabajo muy completo sobre los procesos deliberativos y decisarios internos en el Tribunal Constitucional Federal alemán, uno de los tribunales constitucionales más poderosos y prestigiados del mundo.⁴⁹⁴ Hay también un estudio comparativo de los procesos deliberativos en el Tribunal Constitucional español y el Supremo Tribunal Federal de Brasil.⁴⁹⁵ El interés particular de este último estudio radica en el análisis y confrontación de la deliberación secreta (España) frente la deliberación pública ante los medios de comunicación (Brasil).⁴⁹⁶ Todos estos estudios se basan necesariamente en entrevistas a jueces y ex-jueces de estos tribunales, las cuales revelan, de manera general (ya que el secreto judicial les impide hablar sobre la deliberación de casos específicos), los entretelones de los debates internos de estos tribunales, los cuales, por lo común, no se encuentran reglamentados de manera formal, sino que derivan de costumbres y prácticas tradicionales.⁴⁹⁷

Por último, un tema que ha surgido primeramente en el análisis de las relaciones entre los tribunales internacionales y las jurisdicciones naciona-

⁴⁹² Gibson *et al.* (1998).

⁴⁹³ Schaal (2000).

⁴⁹⁴ Kranenpohl (2010). Una breve síntesis en lengua inglesa en Kranenpohl (2016).

⁴⁹⁵ Rufino do Vale (2017).

⁴⁹⁶ Es el caso también de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México. Sobre los resultados e inconvenientes de la deliberación pública de la Corte véase Pou Giménez (2016) y Astudillo (2019).

⁴⁹⁷ Existe también un importante estudio etnográfico sobre el funcionamiento del Tribunal Constitucional húngaro. Véase Scheppelle (2004).

les es el del llamado “diálogo judicial”, es decir, la comunicación que en ocasiones establecen los tribunales al citar y utilizar, expresa o tácitamente, los precedentes de otras jurisdicciones.⁴⁹⁸ Este “diálogo”, “fertilización cruzada” o “comunicación transjudicial”, como también se le ha llamado, se produce de manera horizontal entre los tribunales constitucionales de varios países, algunos de los cuales son especialmente influyentes, como el alemán,⁴⁹⁹ pero también entre éstos y aquellos tribunales internacionales —como los de derechos humanos— que podemos considerar de carácter constitucional en un sentido amplio. Al respecto se habla ya de la existencia de una “comunidad global de tribunales”, para enfatizar el hecho de que todas las jurisdicciones, de algún modo, forman parte de una empresa común que trasciende las fronteras nacionales.⁵⁰⁰

En resumen: el panorama mínimo que hemos presentado en las páginas anteriores nos muestra que el estudio de los tribunales constitucionales por las ciencias sociales comprende aspectos muy diversos y de gran riqueza. En ellos predomina el enfoque político en razón de las circunstancias históricas particulares en que ha surgido y se ha desarrollado la jurisdicción constitucional en un gran número de naciones. Sin embargo, hemos visto también que estos estudios tienen muchos puntos de contacto con la investigación socio-jurídica tradicional, sobre todo la de tipo empírico, en relación con los tribunales, tales como su función en el tratamiento de conflictos, el análisis cuantitativo y cualitativo de los asuntos que llegan a ellos, las características de las partes, los diversos factores que explican los modos de resolución de esas controversias, entre los cuales se encuentran la ideología y las preferencias políticas de los jueces constitucionales, así como la aceptación y el cumplimiento de las sentencias. También se ha agregado como tema de estudio más propiamente socio-jurídico el de las relaciones que se establecen entre los tribunales entre sí y entre éstos y otros operadores del derecho, como los abogados y los juristas académicos. Sin embargo, nos parece que sigue haciendo falta un planteamiento más riguroso, amplio e imparcial de las funciones de los tribunales constitucionales, como *instituciones políticas* y como *órganos jurídicos*, razón por la cual acudimos en el siguiente apartado, como ya se anunció, al esquema teórico propuesto por Niklas Luhmann y sus discípulos.

⁴⁹⁸ Sobre esta cuestión existe ya una bibliografía inmensa. De ella puede citarse Bahdi (2002) y Ahdieh (2004).

⁴⁹⁹ Véase, por ejemplo, Rautenbach y Du Plessis (2013). Sobre la comunicación entre tribunales constitucionales en general véase Ferrarese (2009).

⁵⁰⁰ La expresión es de Anne-Marie Slaughter (2003). Véase también Slaughter (1994; 2000). En un sentido similar López Ayllón (2004) y Pérez Gómez (2014).

III. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: ENTRE LA DIFERENCIACIÓN Y EL ACOPLAMIENTO ESTRUCTURAL DE POLÍTICA Y DERECHO

La teoría de la sociedad moderna de Niklas Luhmann toma como premisa la idea de “diferenciación funcional”, es decir, que dicha sociedad se caracteriza por estar constituida por sistemas sociales —como el político, el jurídico, el económico, el científico o el religioso— los cuales realizan, de manera autónoma, unos respecto de otros, una función particular para el conjunto de la sociedad.⁵⁰¹ La autonomía de estos sistemas sólo es de carácter operativo, es decir, que sus operaciones son propias y excluyentes de las de otros sistemas y se producen y reproducen a sí mismas (“autopoiesis”), pero ello no significa que no influyan unos en otros, ni que no existan estructuras comunes que regulen de modo específico su interrelación.

Luhmann habla de “acoplamientos estructurales” para referirse a aquellas estructuras que son comunes a dos sistemas que contribuyen a mantener la diferenciación entre ellos, especificando su interrelación, aunque cumplen tareas diversas al interior de cada sistema.⁵⁰² Pero lo que es más significativo es que, al mismo tiempo que limitan las posibilidades de interrelación externa y de operación interna, estas estructuras permiten a *ambos* sistemas *grados más elevados de libertad y de complejidad propias*, lo que acelera la dinámica interior de cada uno. Luhmann habla de un aumento de las “irritaciones” a las que los sistemas se exponen, tanto interna como externamente, como consecuencia de sus acoplamientos estructurales, irritaciones que desencadenan reacciones internas de cambio y ajuste al entorno.

A la luz del concepto anterior, no resulta difícil identificar los principales acoplamientos estructurales del sistema jurídico. Así, por ejemplo, entre los sistemas jurídico y económico, dicho acoplamiento se produce mediante las instituciones de la “propiedad” y los “contratos”,⁵⁰³ mientras que entre el sistema jurídico y el político, esto se logra a través de la “Constitución”. La siguiente cita explica con amplitud esta idea:

⁵⁰¹ A partir de su obra *Soziale Systeme*, publicada originalmente en 1984, que desarrolla las bases teóricas de su teoría de la sociedad, Luhmann fue publicando en años subsiguientes, hasta su muerte en 1998, estudios específicos sobre los diversos sistemas funcionales mencionados (ciencia, economía, religión, arte, política, etcétera). El volumen sobre el sistema jurídico apareció en 1993 (Luhmann, 1993a). Una última síntesis de su pensamiento teórico puede encontrarse en Luhmann (1998).

⁵⁰² Luhmann (1993a, 440-495).

⁵⁰³ Véase también el Capítulo I en este volumen.

Las constituciones existen, como conquistas reales y no sólo como meros textos, cuando se logra limitar a los canales previstos en la Constitución del Estado la influencia recíproca del derecho y la política, e incrementar las posibilidades en el marco de estos acoplamientos. Esta forma de acoplamiento estructural permite ver que se han excluido eficazmente otras posibilidades [como] ...la utilización de posiciones jurídicas en la economía (...) para la obtención de poder político; o el terror y la corrupción políticos. En la medida en que el sistema político, de un lado, y el jurídico, del otro, estén vinculados a través de un “poder de presión” privado, mediante el terror y la corrupción, ninguno de ellos puede alcanzar (...) un elevado nivel de complejidad. Entonces, a través de la Constitución se logra, mediante la *limitación* de las zonas de contacto en ambos lados, un *incremento enorme* de la irritabilidad recíproca —más posibilidades, para el sistema jurídico, de registrar decisiones políticas bajo la forma jurídica, pero también más posibilidades, para el sistema político, de utilizar al derecho para la implementación de la política. Para ambos lados el problema radica entonces en las formas estructurales a través de las cuales se pueda manejar ese elevado incremento de la variedad.⁵⁰⁴

A partir de esta cita hay que destacar, entonces, en que la función de la Constitución no es sólo negativa o restrictiva, sino también positiva o “promocional”, para utilizar el lenguaje de Norberto Bobbio. Lo más importante, sin embargo, es insistir en que se trata de una *función recíproca*, pero con un *sentido diferente* para cada uno de los sistemas. Para el sistema jurídico, la Constitución es una ley, la ley fundamental o suprema, y eso implica que, aunque posea sus particularidades, el derecho constitucional es una rama más del derecho, como el derecho civil o el penal. Conviene agregar, sin embargo, que Luhmann concibe a la Constitución como un *texto autológico*, es decir, que se percibe a sí mismo como parte del derecho, y por ello la Constitución se exceptúa de la regla conforme a la cual el derecho posterior sustituye al anterior, prevé sus propias reglas de modificación (o inmutabilidad) y establece quién o quiénes determinan si el orden jurídico secundario es conforme a ella o no.⁵⁰⁵ Desde este punto de vista, el derecho se diferencia entre derecho constitucional y derecho ordinario, y el código binario del derecho basado en la distinción legal/illegal tiene su equivalente —en relación con la Constitución— en la distinción constitucional/inconstitucional.

Para el sistema político, en cambio, la Constitución y el orden jurídico son un instrumento de la política, tanto en sentido estricto —es decir, cuando se utilizan para producir un cambio en la situación existente—

⁵⁰⁴ Luhmann (1993a, 470-471; traducción de HFF).

⁵⁰⁵ Luhmann (1993a, 473).

como en sentido *simbólico*, esto es, cuando no se produce tal cambio o no se tiene la pretensión de lograrlo. Esto último se traduce en la utilización “oportunista”⁵⁰⁶ de la Constitución, sin que la política enfrente límites jurídicos, sino sólo de tipo político —por ejemplo, en términos de legitimidad de los partidos políticos ante la opinión pública— por recurrir a este modo de usarla. De hecho, el derecho y el dinero son los únicos instrumentos efectivos que el sistema político puede utilizar en la producción de decisiones colectivas obligatorias en el día a día de la convivencia social.

¿Cuál es el lugar que ocupan los tribunales constitucionales en este esquema teórico?

En primer lugar, Luhmann concibe a los tribunales en general como el *centro* del sistema jurídico, por oposición a la *periferia* constituida por la legislación y los contratos.⁵⁰⁷ Se trata del centro, no porque tengan mayor importancia que las otras dos fuentes del derecho, sino porque cumplen dos funciones esenciales: primero, son los órganos encargados de garantizar la *clausura* del sistema jurídico, es decir, de que toda comunicación jurídica pueda enlazarse con otras comunicaciones jurídicas y no se pierdan en el vacío social, y esto se logra a través de la *prohibición de denegación de justicia*, lo que significa, en otras palabras, que solamente los tribunales están obligados a resolver, de la manera que sea, cualquier petición o asunto que se les presente, mientras que el legislador no está obligado a legislar ni los particulares a contratar; segundo, les corresponde ocultar la paradoja del sistema jurídico, consistente en el hecho de que las decisiones jurídicas no están determinadas por el derecho pasado, sino por una alternativa abierta hacia el futuro.

El segundo elemento importante que hay que mencionar en relación con la visión que tiene Luhmann de los tribunales es su carácter de *organización*.⁵⁰⁸ La naturaleza organizada de los tribunales permite imponer a sus integrantes —a través del mecanismo de la membresía— una serie de obligaciones y responsabilidades que refuerzan la prohibición de denegación de justicia.⁵⁰⁹ Pero las organizaciones son también sistemas sociales autopoieticos que están configurados por decisiones que existen solamente en tanto son comunicadas.⁵¹⁰

⁵⁰⁶ No utilizamos aquí este calificativo en un sentido peyorativo.

⁵⁰⁷ Luhmann (1993a, 297 y ss.).

⁵⁰⁸ Véase también el Capítulo VI en este volumen.

⁵⁰⁹ El otro mecanismo que refuerza esta prohibición es la *profesión*. Véase también el Capítulo VI en este volumen.

⁵¹⁰ Luhmann (2000c, 39 y ss.).

Si aplicamos todo lo anterior a los tribunales constitucionales, veremos con claridad lo siguiente:

- Que se trata de tribunales en sentido estricto y que por ello forman parte del centro del sistema jurídico, no del centro del sistema político
- Que como cualquier otro tribunal, se trata de organizaciones cuya función se despliega a través de la producción de decisiones que utilizan el código binario del sistema jurídico (en este caso: constitucional/inconstitucional)
- Que su operación tiene como referente al acoplamiento estructural entre derecho y política configurado por la Constitución, con efectos sobre ambos sistemas

De hecho, Luhmann encuentra que los tribunales constitucionales, junto con los bancos centrales del sistema económico, merecen particular atención como organizaciones especiales y en cierto modo “extravagantes”, en las cuales “se expresa de manera concentrada el problema del acoplamiento estructural”, bajo condiciones de independencia política.⁵¹¹ Vale la pena citar en extenso lo que esto significa:

Estas organizaciones no funcionan, como el rostro de Jano, bajo la condición de una doble lealtad. Tampoco han sido concebidas como instituciones para compensar presiones, de modo que unas veces gana uno de los sistemas funcionales y, en otras, el otro, sino que constituyen la organización cúspide de uno de los sistemas acoplados, a saber, el sistema jurídico y el sistema económico. Esto presupone, a su vez, que los sistemas funcionales se ordenan conforme al modelo de diferenciación en centro y periferia, es decir, que constituyen, cada uno, una jerarquía central —el sistema judicial y el sistema bancario— a partir de la cual otros ámbitos del sistema funcional pueden tratarse como periferia. Bajo esta condición previa puede la cúspide del sistema central jerárquico, precisamente el tribunal constitucional o el banco central, operar como organización cúspide del sistema, sin impartir instrucciones, es decir, sin poder gobernar.⁵¹²

Más aún, estas organizaciones son autorreferentes y poseen “autocompetencia”, lo que significa, en el caso de los tribunales constitucionales, que su tarea de interpretación y aplicación del texto de la Constitución se refiere también a la extensión de sus propias facultades, y en particular a la cues-

⁵¹¹ Luhmann (2000c, 398).

⁵¹² Luhmann (2000c, 398; trad. HFF).

tión de si pueden declarar como inconstitucionales y, por tanto, como inválidas, las leyes democráticamente aprobadas en el sistema político. Dicho en otros términos: para Luhmann es evidente que un tribunal constitucional tiene que considerar los efectos y consecuencias políticos de sus decisiones y, en particular, no llevar su propia lógica hasta el extremo de provocar un caos político y jurídico a través de sus resoluciones.⁵¹³

En esta caracterización nos parece de particular interés la afirmación de Luhmann de que los tribunales constitucionales, aunque constituyen la cúspide del sistema judicial, no son su órgano de gobierno, ni lo controlan mediante instrucciones y mandatos, como si se tratara de un aparato burocrático de carácter estrictamente jerárquico. De ahí se deriva la pertinencia del *enfoque comunicativo* para estudiar las relaciones entre tribunales, y en particular el modo en que los tribunales constitucionales y supremos ejercen su autoridad y su influencia en el interior de la jerarquía judicial.⁵¹⁴

El primer aspecto en este ámbito que cabe examinar es la función de la *argumentación judicial*. Desde un punto de vista jurídico, la argumentación tiene el objetivo de encontrar y desarrollar “buenas razones” que den sustento a los fallos, pero desde una perspectiva puramente operativa y comunicativa, las sentencias judiciales pueden ser perfectamente válidas aún si la argumentación no es convincente e incluso si es inexistente. Por ello, Luhmann distingue dos clases de operaciones del sistema jurídico: las *disposiciones*, que modifican el estado de validez del derecho (en este caso: los puntos resolutivos de un fallo) y las *argumentaciones*, que no lo hacen.⁵¹⁵ La función de éstas es distinta y está relacionada con el hecho de que el sistema jurídico es un sistema dinámico en el que hay que combinar la *continuidad* (las cadenas de validez de las operaciones jurídicas) con el *cambio* en los elementos del sistema.⁵¹⁶ O en términos más técnicos: la argumentación tiene el propósito de combinar y articular *información* o *variedad* (cambio) con *redundancia* (continuidad), es decir, insertar el derecho nuevo (nuevas disposiciones o nuevas interpretaciones) en el derecho existente, a fin de generar certidumbre en el sentido de que se trata de operaciones de uno y el mismo orden jurídico.

⁵¹³ Luhmann (2000c, 399).

⁵¹⁴ Damos por sentado de que el jerarquía judicial tiene puntos de contacto y similitudes con un aparato burocrático de tipo administrativo, pero también importantes diferencias. De entrada, un tribunal de alzada no es superior de un tribunal inferior en un sentido burocrático-administrativo, aunque pueda revisar, revocar y modificar las resoluciones de este último. En sentido estricto, cada tribunal y cada juzgado es depositario pleno de la función judicial (es decir, del “Poder Judicial” entero) y solamente hay diferencias en cuanto a las facultades propias de cada instancia y su alcance en relación con las de otros órganos jurisdiccionales.

⁵¹⁵ Véase Luhmann (1993, 338 y ss.; 1998b).

⁵¹⁶ Se trata también de una cuestión central en la teoría del derecho.

A la luz de lo anterior, resulta evidente que la argumentación a cargo de los tribunales constitucionales tiene especial relevancia, al menos por dos razones: primero, por su visibilidad y su posición jerárquica en el sistema judicial, y segundo, por la naturaleza cada vez más acelerada del cambio jurídico en general, y del constitucional en particular. Este cambio se expresa tanto en la elaboración de nuevas interpretaciones sobre disposiciones ya existentes (por ejemplo, del principio de igualdad), pero también mediante la modificación o sustitución de los preceptos constitucionales mismos. En este caso, la argumentación tiene que remontarse a un plano *supraconstitucional*, a fin de justificar que se trata de la misma Constitución (concretamente: que no se ha aprobado una reforma inconstitucional) y que el cambio se inserta, ya sea en las tendencias evolutivas propias del ordenamiento constitucional respectivo, o bien, que el cambio debe entenderse en el marco de un modelo constitucional más general que tiene prevalencia en una región y en un momento histórico determinados (el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo, por ejemplo).

En relación con la posición jerárquica de los tribunales constitucionales en el aparato judicial, la naturaleza de las argumentaciones como operaciones que no cambian el estado del derecho impediría, en principio, que pudieran tratarse como obligatorias, es decir, que cada órgano judicial estaría en plena libertad de decidir y argumentar en función de las características de cada uno de los asuntos de que conoce. Sin embargo, en la realidad los tribunales inferiores tienden a seguir las orientaciones argumentativas de los superiores, ya sea porque les reconocen informal o implícitamente algún tipo de autoridad (moral, jurídica, política)⁵¹⁷ o porque existe algún principio o doctrina —como la del precedente o “*stare decisis*”— que les confiere algún grado de obligatoriedad formal a sus pronunciamientos.⁵¹⁸ Pero aún en este último caso no hay que perder de vista que dicha “obligatoriedad” tampoco lo es en sentido de las “disposiciones” que habla Luhmann. Tan es así, que aún los precedentes considerados obligatorios nunca excluyen del todo la libertad del juzgador que los aplica, ya sea porque considere que

⁵¹⁷ Glenn (1987) habla, para referirse a esta situación, de “*persuasive authority*” (“autoridad persuasiva”), es decir, una autoridad que concita adhesión sin que sea formalmente obligatoria. Este tipo de autoridad puede emplearse para justificar el uso amplio de fuentes de derecho no obligatorias y no nacionales. Para Glenn, se trata de un tipo de autoridad que funciona como límite a la conducta arbitraria y que en muchos casos puede ser más efectiva que el derecho obligatorio, pero no persuasivo (p. 264).

⁵¹⁸ Por ejemplo, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos confiere obligatoriedad, para todos los tribunales inferiores, a los razonamientos de la Suprema Corte de Justicia en sus resoluciones sobre controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

los hechos del caso son diferentes de manera relevante (lo que la doctrina angloamericana denomina “*distinguishing*”) o porque no pretenden tener tal fuerza o autoridad (por ejemplo,⁵¹⁹ por tratarse de “*obiter dicta*”). En todo caso, como pone de relieve Martin Shapiro, la doctrina del precedente obligatorio (“*stare decisis*”) tiene su ancla en la necesidad de redundancia, así como de prevención y corrección de errores y de ruido en los mensajes complejos y ambiguos que circulan dentro del sistema judicial. Podría esperarse que a mayores niveles de información o variedad (cambio), haya mayor necesidad de reforzar la redundancia (por ejemplo, para lograr uniformidad en los fallos judiciales), bajo el riesgo de que disminuya la capacidad de la organización judicial para innovar y adaptarse a las nuevas circunstancias.⁵²⁰ Aquí es donde se vuelve relevante el llamado “diálogo judicial” como mecanismo voluntario de coordinación y cooperación entre jurisdicciones, según se verá más adelante.

Resulta interesante constatar que existen bastantes estudios y reflexiones socio-jurídicas, inclusive de carácter empírico, que se ocupan de los modos en que los jueces y tribunales ejercen autoridad y difunden comunicativamente sus fallos, tanto al interior como al exterior de la jerarquía judicial. Su importancia radica en que constituyen otros tantos estímulos para plantear de manera más sistemática y completa las relaciones entre los tribunales constitucionales y el resto de los órganos que componen un sistema judicial. Aquí ofrecemos algunos ejemplos:

Si exploramos los mecanismos de *comunicación interna* del aparato judicial, éste funciona bajo el supuesto de que los tribunales inferiores tienen que seguir los precedentes y criterios de los superiores, de conformidad con una concepción jerárquica estricta. Sin embargo, ¿es posible imaginar un modelo en el que —sin eliminar la relación jerárquica— el tribunal inferior se adelante al criterio del superior, mediante una predicción razonable del probable fallo de este último?⁵²¹ De ocurrir esto, ¿es que en verdad el tribunal inferior ha sido atinado en su predicción, o sucede también que su fallo acaba convirtiéndose en una especie de *profecía autocumplida* que influye de algún modo en la eventual sentencia del superior? En tal caso, queda en evidencia que los procesos comunicativos judiciales son circulares —como lo

⁵¹⁹ Shapiro (1972) ofrece un análisis socio-jurídico del precedente con base en la teoría de la comunicación, utilizando los conceptos de información (o variedad) y redundancia que también emplea Luhmann.

⁵²⁰ Shapiro (1972, 129).

⁵²¹ Así Caminker (1994), quien considera que las implicaciones de las relaciones jerárquicas entre tribunales no se agotan en el esquema tradicional de los tribunales inferiores que siguen fielmente los criterios y precedentes de sus superiores.

supone Luhmann respecto del sistema jurídico en su conjunto—, de modo que *todos* los fallos judiciales pueden influir potencialmente —de manera positiva o negativa— en *todos* los demás (incluyendo los de otras jurisdicciones), mientras que la jerarquía no parece otra cosa que un esquema selectivo y simplificador impuesto a la organización judicial por razones políticas.

En un sentido similar, cabe preguntar cuándo y cómo los tribunales inferiores se apartan de los criterios de los superiores. Desde luego no se trata de una pregunta fácil de responder, ni desde el punto de vista teórico ni del empírico, pero existen intentos por definir modelos descriptivos y predictivos para abordarla. En este sentido se ha propuesto el concepto de “espacio judicial común”, lo cual requiere el desarrollo de medidas e indicadores válidos y confiables para situar a los tribunales superiores y sus inferiores en un mismo espacio de política, el cual se define en términos ideológicos con base en los votos dictados por sus integrantes.⁵²²

Otros estudios se ocupan de determinar los factores que hacen que los precedentes judiciales *adquieran relevancia y sean usados y citados por los tribunales*. Al respecto, hay diversas estrategias para medir esa relevancia. Por ejemplo, se puede tratar de medir la cantidad de veces que los precedentes han sido citados por distintos tribunales o, alternativamente, se puede determinar qué tanto son efectivamente aplicados tales precedentes.⁵²³ Y entre los factores que pueden influir en la autoridad y uso de un precedente, además de la importancia y el prestigio de la jurisdicción de que se trate, el *lenguaje* que utilizan los fallos puede ser uno de los factores que influyen en la autoridad que ejercen los fallos judiciales.⁵²⁴

Por último, es posible tratar de identificar el conjunto de factores que determinan que se pueda considerar a un alto tribunal o un tribunal supranacional como “efectivo” en su papel orientador de la función judicial ejercida por órganos inferiores. Algunos de estos factores se encuentran bajo el control del tribunal; otros no. Entre los primeros se encuentran varios que tienen naturaleza comunicativa, como la “audiencia” a la que se dirigen preferentemente (más allá de las partes concretas en un caso), el “incrementalismo” en las soluciones adoptadas, la forma y la calidad del razonamiento jurídico, incluyendo el lenguaje utilizado, la referencia a precedentes de otros tribunales similares (“diálogo judicial” y “fertilización cru-

⁵²² Véase Epstein, Martin, Segal y Westerland (2007).

⁵²³ Véase, por ejemplo, Hitt (2016), quien analiza la utilización de precedentes en la judicatura federal de los Estados Unidos entre 1940 y 2010.

⁵²⁴ Véase Hume (2009).

zada") y la forma externa de los fallos (por ejemplo, la posibilidad de votos disidentes).⁵²⁵

Por lo que toca a la *comunicación externa* de los tribunales, se ha estudiado, en primer lugar, el seguimiento de precedentes entre tribunales pertenecientes a organizaciones judiciales no relacionadas jerárquicamente entre sí. Así, por ejemplo, se ha mostrado que, en materia de responsabilidad civil (*tort law*), la Suprema Corte de los Estados Unidos y los tribunales británicos se comportan como si fueran una sola organización judicial, caracterizada por un proceso decisional descentralizado, no jerárquico y coordinado, lo cual solamente se puede explicar a través de un “flujo masivo y visible de mensajes entre ellos”, mensajes de naturaleza confirmatoria que son canalizados en parte por los litigantes, los cuales intentan convencer a los órganos de decisión que todos los demás se encuentran en una misma línea juríprudencial. El resultado es una forma extrema de incrementalismo en un contexto adverso al cambio que minimiza o suprime las diferencias entre los órganos decisores, o bien, las mediatiza rápidamente mediante la solicitud a éstos de que realicen pequeños cambios que los aproximen a los demás órganos decisores.⁵²⁶ En esta línea podemos mencionar otros estudios sobre la circulación de precedentes entre las Supremas Cortes de los estados en los Estados Unidos⁵²⁷ y en Australia.⁵²⁸

Desde luego, los tribunales también establecen comunicación con *otros actores políticos y sociales*, pues de ello depende en buena medida su imagen y su legitimidad; ello implica diversas estrategias de comunicación y difusión de sus fallos.⁵²⁹ Sobre ello existen numerosos e importantes estudios, algunos ya citados en apartados anteriores, sobre todo respecto de los órganos legislativos. Al respecto conviene considerar que si bien los fallos de tribunales constitucionales son últimos y definitivos, no lo son en cuanto pueden desencadenar nuevos procesos y reacciones políticos que, eventualmente, regresen a la jurisdicción constitucional. En este sentido, lo que no parece tomarse suficientemente en cuenta es el proceso comunicativo contrario, esto es, el que parte de la sociedad hacia los tribunales y que permite que éstos perciban y tomen en cuenta los intereses, demandas y expectativas de

⁵²⁵ Este análisis lo han hecho Helfer y Slaughter (1997), de forma comparada, para el Tribunal Europeo de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mediante una lista (*checklist*) de factores que pueden utilizarse para el análisis de otros órganos jurisdiccionales.

⁵²⁶ Shapiro (1972, 130-131).

⁵²⁷ Caldeira (1985).

⁵²⁸ Smyth y Mishra (2011).

⁵²⁹ Para el caso de la Suprema Corte de Justicia en México después de la reforma de 1994, véase Staton (2010).

los actores sociales y de sus “audiencias” particulares. Se trata de una cuestión más amplia que la implicada por el concepto de “acceso a la justicia”.

En síntesis: la naturaleza y la posición particulares de los tribunales constitucionales sugieren incorporar a su estudio no solamente los aspectos políticos y sociales más visibles de su funcionamiento, sino también su condición de *tribunales en sentido estricto*, para lo cual el concepto de *comunicación*, tanto hacia el interior como el exterior del sistema judicial, parece ser particularmente fructífero y tiene todavía gran potencial para un mayor desarrollo de los estudios socio-jurídicos sobre la jurisdicción constitucional en un entorno democrático.

IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

En los apartados anteriores hemos visto que la vinculación estrecha pero circunstancial entre el surgimiento de los tribunales constitucionales y el establecimiento o recuperación de un régimen democrático en muchos países⁵³⁰ ha condicionado la perspectiva política que asume la mayoría de los estudios sociales que existen sobre el tema. Hemos apreciado, igualmente, que existen otros aspectos de los tribunales constitucionales, *como tribunales*, esto es, como instituciones del sistema jurídico, que ameritan igual atención y que podrían tomar como eje teórico y conceptual el concepto de *comunicación*, en vista de que la función y la ubicación de tales tribunales como cúspide del sistema judicial no equivale a la de un dirigente burocrático que busca asegurar la obediencia y el control estricto del aparato que le está subordinado. El mismo concepto es de utilidad para abordar las relaciones de estos tribunales con otros órganos judiciales de jurisdicciones distintas (“diálogo judicial”), así como con los actores sociales y políticos de su entorno, pues no hay duda de que su autoridad y, por tanto, su legitimidad política y social depende, en buena medida, de la *comunicación recíproca* que se establezca en torno a la función de la jurisdicción constitucional en una sociedad determinada. Por último, hemos considerado algunos estudios ejemplares que podrían servir de impulso y modelo para profundizar en este tipo de investigación. En los párrafos que siguen, por tanto, agregamos algunas reflexiones adicionales sobre el papel de los tribunales constitucionales en un ambiente democrático y como órganos cúspide del sistema judicial.

⁵³⁰ La conexión entre tribunales (constitucionales) y democracia tiene implicaciones teóricas más profundas si, como afirma Luhmann, la democracia podría concebirse en cierto modo como consecuencia de la positivización del derecho y de la posibilidad de modificarlo en todo tiempo. Luhmann (1993a, 471).

En primer lugar, la función general de un tribunal constitucional en un régimen democrático consiste en una operación de *doble transformación*: primero, de los intereses y los disensos sociales, en directivas y lineamientos para las operaciones internas del sistema jurídico; segundo, de los requerimientos de generalización y congruencia internas del sistema jurídico, en valores y lineamientos generales para la política.⁵³¹ Ello ocurre bajo la premisa que el tribunal no obstaculice innecesariamente ni las operaciones del sistema político ni las del sistema jurídico. En el primer caso hablamos de “*judicial self-restraint*” o de “*autolimitación judicial*”, y en el segundo, de “*especialización en cuestiones constitucionales*”. Dicho en otros términos: la efectividad de los tribunales constitucionales está condicionada no sólo por el respeto a la autonomía de la política —es decir, en primer término, a la del legislador— sino también por el de la autonomía del derecho ordinario. Respetar la autonomía del legislador significa, por un lado, no restringir innecesariamente las posibilidades de hacer política con el derecho, pero por el otro, no crear expectativas excesivas que la política no pueda satisfacer.⁵³² Respetar la autonomía del derecho ordinario significa limitar la “*constitucionalización del ordenamiento*” a intervenciones puntuales, eficaces y selectivas, de modo que las demás ramas del ordenamiento puedan desarrollarse en lo posible de acuerdo con su propia lógica interna. Se trata de mantener, pues, la diferenciación entre “*derecho constitucional*” y “*derecho ordinario*”.

El planteamiento anterior confiere otra dimensión al problema del llamado “*activismo judicial*”, pues queda claro que el activismo puede dirigirse tanto hacia la política como hacia el interior del sistema jurídico mismo. En este sentido, en un momento determinado puede resultar conveniente y hasta necesario un “*activismo judicial*” dirigido más a lograr la actualización del ordenamiento jurídico bajo criterios de constitucionalidad, y menos hacia la limitación excesiva o inoportuna de la política.

Resulta evidente que una condición previa indispensable para que los tribunales constitucionales puedan cumplir las funciones arriba apuntadas es la diferenciación y la autonomía efectivas del sistema jurídico respecto

⁵³¹ Esto equivale a hablar, como lo han hecho otros autores, de “*politización de la justicia*” y de “*judicialización de la política*”, respectivamente. Véase, por ejemplo, Dressel (2010).

⁵³² Esto no quiere decir, claro está, que la jurisdicción constitucional no imponga exigencias y limitaciones efectivas al sistema político, pues entonces no estaría cumpliendo con sus funciones normativas. Sin embargo, se trata de un problema especialmente agudo en relación con los derechos fundamentales de carácter social; de ahí la intensa discusión sobre su “*justiciabilidad*”.

del sistema político. Como sostiene Luhmann, la existencia de una Constitución que sea una estructura social efectiva y no un mero trozo de papel, exige la exclusión de la corrupción, el terror y la violencia como instrumentos de la política, así como una relativa inmunidad frente a las presiones políticas y económicas encaminadas a falsear o distorsionar las operaciones internas del sistema jurídico y su clausura operativa.

Desafortunadamente, en la mayoría de los países en desarrollo esta condición previa no se cumple, o sólo de una manera insuficiente.⁵³³ La recurrencia del tema de la independencia judicial, así como el constante acoso político que han sufrido y sufren los jueces constitucionales en América Latina (piénsese en la destitución de dos jueces constitucionales del Perú que se negaron a avalar la posible reelección del presidente Fujimori en el año 2000, pero hay otros ejemplos similares en la región), son un indicio evidente de que el poder político y el económico todavía son capaces de distorsionar severamente y de interrumpir la dinámica de la intervención judicial en las cuestiones jurídico-constitucionales.

Se trata, por supuesto, de una condición fáctica que no pueden crear ni garantizar los propios tribunales constitucionales, pero a la que sí pueden contribuir mediante una visión de largo plazo de su propia función estabilizadora en el entramado político-institucional. Dicha condición depende, en primer lugar, de un proceso de democratización y pluralización política efectivas, como el que ha ocurrido en México en las últimas tres décadas. En efecto, el reciente proceso de cambio político y jurídico en nuestro país se puede interpretar como proceso de creciente autonomía y diferenciación del sistema jurídico respecto de la política.⁵³⁴ Aunque la creciente pluralidad política conduce necesariamente a un nivel más elevado de controversia y negociación en la elaboración de las leyes, este incremento en la politización de la legislación tiende a tomar un cauce institucional y a encontrar su árbitro último en la jurisdicción constitucional, la cual somete el conflicto político a la influencia racionalizadora y despolitizada de los procedimientos judiciales.

⁵³³ “...en muchos países en desarrollo se puede observar que las constituciones sirven casi sólo como instrumento de la política simbólica, porque no se ha logrado la clausura operativa del sistema jurídico y su aislamiento frente a la influencia directa de la política y otros poderes sociales. Pero inclusive en ese caso es reconocible el modelo moderno del acoplamiento estructural, si bien solamente como apariencia verdadera (es decir, funcional). El uso meramente simbólico de las constituciones le sirve a la política para operar como si el derecho la limitara y la irritara, dejando las verdaderas relaciones de poder a la comunicación de los *insiders*” (Luhmann, 1993a, 478; traducción de HFF). Desde una perspectiva luhmanniana, Neves (1992) desarrolla esta idea respecto de Brasil.

⁵³⁴ Véase Fix-Fierro y López Ayllón (2001; 2002).

Una vez que existen condiciones mínimas de diferenciación y autonomía entre política y derecho, la jurisdicción constitucional puede contribuir, como ya se ha dicho, a su propia estabilidad y a la del conjunto de las instituciones. En este sentido, los tribunales constitucionales tienden actuar de tal modo que, dentro del marco constitucional, se amplíen los “intervalos de tolerancia” de los diversos actores políticos, mediante decisiones relativamente equidistantes de las “preferencias ideales” de cada uno de estos actores.⁵³⁵ Sólo de esta manera son capaces de generar un nivel de legitimidad tal que les permita también perseguir políticas propias innovadoras, aunque resulten ocasionalmente controvertidas o impopulares.

En segundo término, la interpretación y la argumentación jurídicas son los modos de comunicación de los tribunales constitucionales con la jurisdicción ordinaria, con la doctrina y con los demás operadores del sistema jurídico, incluyendo a los ciudadanos. La teoría constitucional ha señalado, con razón, de que a pesar de que la jurisprudencia de los tribunales constitucionales tenga fuerza vinculante formal, su *autoridad* y su *influencia* reales dependen, en última instancia, de un *proceso de persuasión* que se realiza mediante la *argumentación racional*. Al mismo tiempo, la jurisdicción constitucional está expuesta a las “irritaciones” provenientes del resto de los agentes jurídicos: piénsese, por ejemplo, en la crítica doctrinal de las sentencias de los jueces constitucionales, las que se convierten así, desde el punto de vista argumentativo, en “penúltimas palabras”, o bien, en los “*amici curiae*” como forma de participación de la sociedad en el debate constitucional judicial. En relación con la jurisdicción ordinaria, contamos con el mecanismo de la llamada “cuestión de inconstitucionalidad”, que otorga a los jueces ordinarios un papel nada despreciable en la identificación y definición de problemas jurídicos relevantes para ser planteados ante la jurisdicción constitucional.

El aspecto de la articulación de la jurisdicción constitucional con el resto del sistema jurídico, y especialmente con la jurisdicción ordinaria, ha sido intensamente analizado por la doctrina jurídica, pero no ha sido suficientemente abordado por los estudios socio-jurídicos. Ello resulta sorprendente, pues justamente la interacción de la jurisdicción constitucional con los demás operadores jurídicos y sociales ofrece un campo ideal para la explicación socio-jurídica. Así, por ejemplo, la “cultura constitucional”, es decir, las opiniones y percepciones que tienen los ciudadanos sobre la Constitución y los valores constitucionales, constituye un factor que probablemente influye, además de los factores políticos, en la orientación general de las decisiones

⁵³⁵ Epstein *et al.* (2001). Véase también Ríos-Figueroa (2016).

de la jurisdicción constitucional.⁵³⁶ De manera más general, resulta razonable la hipótesis de que los jueces constitucionales no sólo responden a sus propias preferencias ideológicas y políticas, sino a una variedad de audiencias, entre las que destaca la conformada por jueces, abogados y académicos.⁵³⁷ También debe ser posible establecer una correlación entre el grado de innovación que despliega un tribunal constitucional y la densidad y el nivel técnico de la doctrina constitucional que le da soporte.

En resumen: la contribución de los tribunales constitucionales a la consolidación democrática no sólo depende de factores políticos, sino de los vínculos y articulaciones recíprocos que aquéllos establezcan con los demás tribunales (incluyendo las jurisdicciones internacionales o supranacionales), con la doctrina jurídica y con los ciudadanos, de modo que la “irritación” mutua entre el derecho constitucional y las demás ramas del ordenamiento se traduzca en una vida política y jurídica más rica y más acorde con las crecientes necesidades de una sociedad cada vez más plural y tendencialmente más democrática.

⁵³⁶ Desde el lado de la teoría constitucional, Peter Häberle (2001) ha insistido en la importancia de la “cultura constitucional” y de la que llama “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” en el devenir de los ordenamientos constitucionales.

⁵³⁷ Véase Baum (2006).