

Capítulo primero

Los antecedentes teóricos del debate sobre la legitimidad democrática de los titulares de los poderes judiciales

Jaime CÁRDENAS GRACIA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los orígenes del debate sobre la legitimidad democrática de origen de los jueces*. III. *Algunos antecedentes teóricos adicionales en el debate norteamericano e hispanoamericano*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. Introducción

1

La tendencia general para justificar a la legitimidad democrática de los jueces viene dada por el argumento de la calidad argumentativa de las decisiones jurisdiccionales. Perfecto Andrés Ibáñez sostiene que:

la legitimidad del juez no es formal sino materialmente democrática en cuanto su función está preordenada y es esencial para la garantía de los derechos fundamentales, que constituyen la “dimensión sustancial de la democracia”, y debe ajustarse estrictamente a la legalidad constitucionalmente entendida, siendo así ésta su vía de conexión con la soberanía popular. Se trata de una clase de legitimidad que no es asimilable a la derivada de la litúrgica investidura de las magistraturas del Estado liberal, sacramental y para siempre, sino condicionada y estrechamente vinculada a la calidad de la prestación profesional, sometida a la crítica pública y a eventuales exigencias de responsabilidad previstas en el ordenamiento.¹

LOS ANTECEDENTES TEÓRICOS DEL DEBATE...

* Doctor en derecho por la UNAM y por la Universidad Complutense de Madrid; investigador titular “C” Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM; miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores, nivel III. ORCID: 0000-001-7566-2429. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México.
Correo: jaicardenas@aol.com.

¹ Ibáñez, Perfecto Andrés, “Democracia con jueces”, *Claves de razón práctica*, diciembre de 2002, núm. 128, p. 9.

Perfecto Andrés y otros autores de nuestro entorno darán para evaluar la legitimidad democrática de los jueces, además del argumento de calidad de las decisiones del juez y de su orientación a la protección de los derechos humanos a través de la legalidad constitucional, una gran importancia al estatuto personal del juez, a la unidad y exclusividad de la jurisdicción, y a la organización del Poder Judicial para poder medir su nivel de legitimidad.

Otros insistirán en las garantías procesales y orgánicas para sostener la legitimidad del juez. Esto es, cómo el juez respeta los principios del proceso y qué estatuto judicial realmente tiene. La independencia sería la dimensión más importante de todo Poder Judicial y, se concibe como un principio dirigido a situar al órgano que imparte jurisdicción y a sus titulares al margen de presiones de otros poderes, de las partes o grupos sociales, individuos y también de los propios miembros del Poder Judicial. La independencia está al servicio de la imparcialidad del órgano, de sus miembros y de las decisiones mismas. En el plano institucional, implica lograr el equilibrio con el resto de las instituciones para que éstas no interfieran en su labor. Se ha señalado la existencia de dos tipos de independencia. La primera, externa o del órgano en su relación con los otros poderes de influencia del exterior que data del constitucionalismo liberal y que busca preservar que el Poder Judicial realice su función sin interferencia, principalmente, de los otros poderes; en esa época, del monarca o del legislativo y, en la actualidad, de alguno de los poderes que sea predominante. Por otra parte, existe la independencia interna, que se ocupa de salvaguardar que cada juez en lo particular, *uti singuli*, no sea constreñido por la voluntad de sus superiores o de los órganos internos del Poder Judicial. La independencia externa es pieza clave para medir la legitimidad del juez. No puede decirse que el Poder Judicial es independiente si el Ejecutivo diseña a su gusto la integración de los miembros del Poder Judicial o, si puede sancionarlos, reducirles el salario, despedirlos o manipular la autonomía presupuestaria del órgano. La independencia interna sitúa al juez al abrigo de las presiones que nazcan del resto de la judicatura sobre el modo en que se debe ejercer su función. Se traduce en que no cabe otra corrección que la que emerge de la interpretación y aplicación del derecho de un órgano judicial superior a uno interior y en virtud de los recursos legalmente previstos. La independencia interna entraña el respeto absoluto al voto particular cuando el órgano es colegiado.

También se señalan garantías orgánicas y procesales hacia la legitimidad democrática del Poder Judicial que están en la línea de la más plena transparencia y publicidad de procedimientos y decisiones; tienen relación con cambios organizativos y administrativos al interior del Poder Judicial; con la creación de un tribunal constitucional; con reformas a los medios, recursos e instrumentos de control de constitucionalidad; con la vinculación directa del juez ordinario a la Constitución, ya sea a través de mecanismos de control difuso de constitucionalidad o convencionalidad o mediante la introducción de la cuestión de inconstitucionalidad.

Las teorías expuestas insisten en la calidad de las decisiones judiciales o en las garantías procesales y orgánicas, o en algunos cambios institucionales para dotar de legitimidad democrática al Poder Judicial, pero me parece que otras vías o garantías tienen que ver con la legitimidad de esa instancia. Me refiero a la relación entre el Poder Judicial y los ciudadanos, con la apertura más amplia del Poder Judicial a la sociedad. A la luz de la reciente reforma constitucional al Poder Judicial publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de septiembre de 2024 la legitimidad democrática de origen de los poderes judiciales debe surgir del pueblo, de la elección de sus titulares por voto ciudadano, y no de otras consideraciones. Las razones a favor de ello son, entre otras, las siguientes:

1. Los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tienen facultades para invalidar leyes o tratados que sean contrarios a la Constitución. Son legisladores negativos porque tienen poderes derogatorios o abrogatorios. ¿Por qué si el legislador positivo —el que crea la ley— es elegido popularmente, y el ministro o legislador negativo, no es igualmente electo?
2. La Suprema Corte es un poder contramayoritario porque anula o invalida leyes aprobadas por los representantes de las mayorías ciudadanas. Es un poder que carece de legitimidad democrática, que impone sus criterios a las mayorías ciudadanas y no necesariamente a los más débiles.
3. La soberanía reside esencial y originalmente en el pueblo, por lo tanto, todos los poderes públicos son delegados del pueblo. No puede concebirse democráticamente que un poder público no dimane de la voluntad popular.
4. Los ministros de la Suprema Corte en sueldos y prestaciones son el Poder más elitista del sistema constitucional mexicano y esos sueldos

los obtienen del pueblo que no participa en su elección. Además, no cumplen con la norma constitucional que ordena que nadie debe percibir más retribuciones que el presidente de la República.

5. Es un poder que suele dictar sentencias a favor del Ejecutivo y de los poderes fácticos. Es decir, no tutelan el interés general, sino el interés de unos cuantos que no constituyen la mayoría de la población o no son los más débiles de la sociedad.
6. En los hechos la actual composición de la Suprema Corte desde 1994, ha representado los intereses del PRI y del PAN y ahora de Morena, por haber tenido la mayoría calificada en el Senado para su designación, como antes lo fueron exclusivamente representantes del PRI. Muchos de los actuales ministros han llegado a ese cargo por la voluntad de personas como Felipe Calderón, Manlio Fabio Beltrones, Diego Fernández de Cevallos, Santiago Creel, Enrique Peña Nieto, Humberto Castillejos, Andrés Manuel López Obrador, y Julio Scherer Ibarra. ¿Cuál independencia? ¿Cuál imparcialidad?

En las páginas que siguen daremos cuenta de algunos antecedentes teóricos de este debate para que nos sirvan de apoyo en las discusiones que hoy tenemos en México, y que aún no han concluido ni lo harán durante seguramente mucho tiempo. Los elementos teóricos que manifestaremos a continuación son tan significativos como los que se expresan ahora en la arena política nacional.

II. Los orígenes del debate sobre la legitimidad democrática de origen de los jueces

Existe en el mundo entero una fuerte discusión académica, pero también política sobre el problema de la legitimidad democrática de los jueces. Preguntas como: ¿por qué el Poder Judicial, que no es producto de una elección popular, puede invalidar una ley emanada del legislativo?, ¿cómo la decisión democrática puede ser interferida por quienes no representan a nadie?, ¿en nombre de qué las generaciones pasadas pueden atar a las generaciones futuras?, ¿por qué parece que en el Estado constitucional democrático de derecho el poder se traslada del legislador al juez? Todas estas preguntas además de otras similares, así como sus difíciles respuestas tienen que ver con la legitimidad democrática de los jueces y, sobre todo, con los

jueces constitucionales que en los sistemas de control concentrado anulan o invalidan leyes y, que, en algunos ordenamientos, determinan al legislador sobre la manera específica en la que debe legislar materias concretas.²

¿Cuál es la justificación para tal intervención?, ¿no se pone en riesgo la democracia?, ¿a quién representan los jueces? Estas preguntas, como las primeras ponen en cuestión al sistema democrático, al grado que algunos hablan ya de un gobierno de jueces.³ La dificultad contramayoritaria que significa la interpretación de constituciones conformadas preponderantemente por principios⁴ se ha intentado afrontar acudiendo a múltiples teorías. En algunas de ellas, existe un pesimismo evidente, en otras, se intenta conciliar a la democracia con el papel que en ella juegan los jueces. Desde antaño, pero sobre todo ahora que existe una muy clara conciencia sobre el papel que los principios desarrollan en el modelo constitucional de derecho, se han dado respuestas diversas sobre la principal cuestión que señala: “sí el principio democrático establece que las decisiones que afectan a la colectividad deben ser adoptadas a través de un procedimiento en el que todos puedan participar con su voz y con su voto, bajo la regla de la mayoría; y si en las condiciones actuales de la modernidad ese principio abstracto se concreta en el establecimiento de un sistema representativo en el que un parlamento elegido periódicamente por sufragio universal toma decisiones por mayoría; entonces, ¿por qué deberían someterse las decisiones a un ulterior control judicial?”⁵ Algunas de las soluciones proponen una interpretación que asuma los presupuestos democráticos como es el caso del Ely,⁶ otras aluden a la soberanía constitucional,⁷ otras plantean la reducción de los poderes interpretativos del juez —Kelsen y los origi-

² Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 155-199.

³ Del Águila, Rafael, *La senda del mal, política y razón de Estado*, Taurus, Madrid, 2000, p. 293 y ss.

⁴ Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962, p. 16.

⁵ Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, en Miguel Carbonell (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 247 y 248.

⁶ Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

⁷ Hamilton, A. et al., *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987. Véase también la selección de artículos federalistas y antifederalistas en: Sánchez Cuenca, Ignacio y Lledó, Pablo, *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*, Madrid, Alianza, 2002.

nalistas norteamericanos—, otras sostienen la legitimidad judicial a partir de las garantías orgánicas y funcionales de independencia e imparcialidad judicial,⁸ algunas hacen consistir la legitimidad del juez en la calidad de su argumentación para vislumbrar la única respuesta correcta en los casos difíciles,⁹ otras proponen nuevos diseños institucionales en el Poder Judicial que propendan a una democracia más deliberativa y participativa,¹⁰ y así, un largo etcétera de soluciones en un ámbito en donde algunos son muy pesimistas.¹¹

Los padres fundadores de los Estados Unidos tuvieron conciencia de este importante problema. En los primeros años de vida independiente de esa nación y debido al empobrecimiento de sectores muy amplios de la sociedad norteamericana, las legislaturas locales aprobaron leyes a favor de los deudores que preocuparon a la elite económica norteamericana. Este último sector adujo que el despotismo legislativo de los Estados debía frenarse. Alexander Hamilton denunció la usurpación del poder de la legislatura y señaló la posibilidad de ver a los representantes populares como “dictadores perpetuos”.¹² En el mismo tenor, otros líderes como Washington argumentaron en contra del poder frenético de las legislaturas. Así, además, utilizaron la teoría de los pesos y contrapesos, argumentaron a favor de la segunda Cámara, demandaron la reducción en tamaño de las legislaturas¹³ e impidieron los actos de las facciones en las asambleas legislativas,¹⁴ el Poder Judicial se usó para contener la influencia de las le-

⁸ Ibáñez, Perfecto Andrés, “Democracia con jueces”, *Claves de razón práctica*, diciembre de 2002, núm. 128, pp. 4-11.

⁹ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, pp. 44-71.

¹⁰ Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 657 y ss. Véase también: Nino, Carlos, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y debates*, núm. 29, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 97 y ss. Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 173 y ss.

¹¹ Troper, Michel, “El Poder Judicial y la democracia”, en Malem, Jorge; Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, editorial Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 209-233. Véase también: Troper, Michel, *Por una teoría jurídica del estado*, Madrid, Dykinson, 2001. Pintore, Anna, “Derechos insaciables”, en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 243-265.

¹² Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 25.

¹³ Madison, James, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987. Ver sus reflexiones en los papers o artículos LV, pp. 235-239 y LVIII, pp. 246-250.

¹⁴ Madison, James, *El federalista*, op. cit., 1987. Ver *El federalista*, X, pp. 35-41.

gislaturas locales. El Poder Judicial tuvo como finalidad en los albores de la vida independiente norteamericana proteger a las minorías y a los sectores socialmente aventajados de los sectores mayoritarios. Es verdad, que no solo con el Poder Judicial se logró ese sesgo en contra de las mayorías sociales, también se realizó con mecanismos que en alguna medida hoy perduran; por poner algunos ejemplos, el veto del Ejecutivo, las elecciones indirectas, distritos electorales extensos.

El tema desde el punto de vista constitucional implicaba, por lo que ve al Poder Judicial, su justificación democrática. En *El federalista* existen textos que procuran hacer la justificación. Madison, en *El federalista* número 49, menciona que los jueces no tendrían contacto con el pueblo y, que por la forma en que eran nombrados, así como por la naturaleza y destino de su función, su labor equilibraría las posiciones y simpatías de la mayoría.¹⁵ Hamilton en *El federalista* número 78 considera que la independencia judicial era necesaria para proteger la Constitución y los derechos individuales de los efectos de los malos humores de hombres intrigantes o de la influencia de coyunturas especiales que se esparcen entre el pueblo.¹⁶ Sin embargo, en donde se consolida la justificación del Poder Judicial en esta etapa es en la sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803, de la Suprema Corte de Estados Unidos, en la que se expresa la doctrina de la supremacía constitucional y el papel de la Constitución como el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo. El juez Marshall argumentó:

hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si, en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.¹⁷

¹⁵ Madison, James, *El federalista*, op. cit, 1987. Ver *El federalista*, XLIX, pp. 214-217.

¹⁶ Hamilton, Alexander, *El federalista*, op. cit, 1987. Véase también: *El federalista*, LXXVIII, pp. 330-336.

¹⁷ Nino, Carlos, "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", *Cuadernos y debates*, núm. 29, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 99 y 100.

De esta manera, el primer acercamiento al problema se intentó resolver con un argumento jurídico formal: la Constitución refleja en mayor medida que la ley al pueblo y, los jueces por su independencia son los guardianes naturales de esa soberanía. El argumento que es bastante simple ha sido cuestionado: Marshall no tomó en consideración que se estaba atando a las generaciones futuras. Cuando se elaboró la Constitución de Estados Unidos buena parte del pueblo fue excluido y, se presupone que los jueces constitucionales interpretan automáticamente y que no añaden nada en la argumentación constitucional.¹⁸ A las razones anteriores, habría que añadir que, a través de ese razonamiento, se estaba trasladando la soberanía del pueblo a los jueces constitucionales que no poseen legitimidad democrática de origen. Por tanto, el razonamiento de Marshall no resuelve los problemas planteados.

El originalismo es otra posición norteamericana construida para justificar la neutralidad de los jueces y con ello intentar reducir la crítica que aduce que mediante los poderes de interpretación el juez vulnera al legislador. Casi desde el inicio de Estados Unidos se sostuvo que el juez y, sobre todo el constitucional, debía observar los márgenes del texto constitucional y las intenciones de quienes redactaron la Constitución. El juez no debía ir más allá porque invadía los poderes del constituyente originario y podría entenderse su interpretación como una relectura de la Constitución, y cada interpretación como una puesta en marcha del proceso constituyente, además de invadir atribuciones del Legislativo y del Ejecutivo.

En el caso *Lochner vs. Nueva York* de 1905, la Suprema Corte de Estados Unidos mantuvo que la autonomía de la voluntad contractual no podía ser anulada por la legislación social, pues lo impedía la cláusula del debido proceso de la décima cuarta enmienda, cláusula que no sólo recogía la sujeción a derecho de los procedimientos establecidos por la ley para cualquier privación de vida, propiedad o libertad, sino también los límites sustantivos tradicionales a esas privaciones. En 1937, la Suprema Corte cambió su criterio, y reconoció que constitucionalmente no era función de los jueces intervenir en los procesos sociales y políticos, pues esas funciones eran del Legislativo y Ejecutivo.¹⁹ El caso *Lochner* claramente representa todavía la influencia del caso *Marbury vs. Madison* de 1803: la idea de su-

¹⁸ Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno... op. cit.*, pp. 54-57.

¹⁹ Beltrán, Miguel, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Cívitas, 1989, pp. 11-16. Véase también: De Lora del Toro, Pablo, *La*

premacía constitucional. La modificación constitucional de 1937 obedece a un nuevo criterio, el de reducir los poderes interpretativos de los jueces constitucionales.

Durante casi todo el siglo XX, La Suprema Corte de Estados Unidos, se ha debatido entre la posición originalista y la interpretativista. Así, de 1954 a 1970, el llamado Tribunal o Corte Warren modificó sustancialmente la Constitución, pero no lo hizo apoyándose en el criterio *Lochner* de 1905, sino apelando a principios generales y neutrales derivados del texto constitucional. A partir de los setenta, el llamado Tribunal o Corte Burger resucitó las premisas de *Lochner* en la primera sentencia sobre el Aborto *Roe vs Wade* de 1973. En dicha sentencia se estableció el *Right to Privacy*, no previsto expresamente en la Constitución, para fundamentar la libertad de decisión de la mujer acerca de su embarazo y otros derechos de la personalidad.

La doctrina norteamericana ha distinguido entre la Corte Warren y Burger. Sobre la primera, se ha dicho que el juez constitucional, aunque llevó al límite la interpretación de la norma fundamental lo hizo dentro de la Constitución; en cambio, la Corte Burger sustituyó al legislador en la toma de decisiones sociales sustantivas. Los enemigos de los amplios poderes interpretativos de la Suprema Corte adujeron y aducen que solo la interpretación que se plantea desde el punto de vista del momento originario constituyente debe entenderse legítima.

Con motivo de la nominación de Robert Bork como juez de la Suprema Corte en el periodo de Ronald Reagan y su rechazo por el Senado, se volvió a plantear la polémica. Para Bork, allí donde los padres fundadores no se plantearon una situación fáctica concreta no puede razonarse una sentencia conforme a principios generales y neutrales, en consecuencia, las decisiones deberían ser siempre tomadas por el legislador democráticamente elegido. La sustitución del criterio de la mayoría sin el apoyo que ofrece el texto de la Constitución o la visión que del mismo tenían sus autores constituye un acto voluntarista y subjetivo del juez que como tal usurpa el poder al pueblo y a sus representantes que solo están limitados por la Constitución.²⁰

interpretación originalista de la constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1998, pp. 29-54.

²⁰ Bork, Robert, "The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution", en *Washington University Law Quarterly*, vol. 1979, núm.3, 1979, pp. 695-701.

En tiempos más presentes, en la Suprema Corte de Estado Unidos, más de un juez constitucional ha sostenido los puntos de vista de Bork. Antonin Scalia, defendió una posición textualista, lo que entraña un rechazo a cualquier intento de subjetivismo judicial. Para Scalia, los jueces debían descubrir los significados originales de las leyes y de la Constitución y después aplicar esos significados a los nuevos contextos. El textualismo busca los significados originales en el texto para respetar el pensamiento del constituyente originario. Para Scalia no era aceptable la interpretación de la ley de acuerdo a cualquier subjetivismo, ni tampoco era partidario de que el juez acudiera a la filosofía moral o política de su preferencia para resolver los casos. En una obra publicada por el autor y muy conocida, Scalia sostuvo: “words do have a limited range of meaning, and no interpretation that goes beyond that range is permissible”.²¹

El originalismo demanda una restricción a la interpretación constitucional para evitar la fuerte discrecionalidad del juez norteamericano, pero también para enfrentar la crítica por su ilegitimidad democrática cuando desborda los contornos del texto constitucional. Como bien lo ha demostrado Dworkin, el originalismo presenta muchos lados débiles: quién es el constituyente originario, tal vez cada una de las posiciones que se mantuvieron en la convención constituyente o quizás las intenciones de los constituyentes en lo particular, o la de los constituyentes más relevantes, o las intenciones de quienes redactaron cada artículo constitucional; como atender al papel de los grupos de interés que influyeron en el constituyente, como enfrentar los prejuicios, intereses, de los constituyentes.²² Además, el originalismo es insostenible dadas las dificultades de hermenéutica histórica: cómo leer casos actuales a partir de las convicciones más o menos generales del pasado. Podríamos agregar que el originalismo no se hace cargo de la naturaleza diversa de las normas jurídicas constitucionales, principalmente el rol que en el modelo de derecho contemporáneo desempeñan los principios constitucionales por su fuerte indeterminación y, con ello, la necesidad de abrir la interpretación a otros discursos más allá del jurídico.

²¹ Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1997, p. 24.

²² Dworkin, Ronald, *El Imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, pp. 251-280. Véase también Dworkin, Ronald, “Comment”, *A Matter of Interpretation, op. cit.*, pp. 115-127.

La aparición de las normas de principio en el constitucionalismo generó una fuerte polémica desde los albores del siglo XX. Se dudó que los principios fuesen auténticas normas jurídicas, por lo que el debate teórico más importante que tuvo lugar en Europa cuando se crearon los Tribunales Constitucionales versó sobre la legitimidad democrática de estos tribunales, las atribuciones del juez constitucional y, si los principios eran sujetos de aplicación constitucional.²³ Se ponía en duda la “aplicación” en el sentido judicial de la palabra porque los principios no eran subsumibles, pues carecían de supuesto de hecho. Los tribunales constitucionales no eran bien vistos como guardianes de la Constitución debido a su falta de legitimidad democrática y se consideraba que las normas de principio ahondaban la discrecionalidad judicial.

Este debate ocupó a juristas en Alemania y en Italia. El positivismo jurídico de la época impedía generalizar una posición favorable a la actuación del Tribunal Constitucional. Aún concluida la Segunda Guerra Mundial, voces como la de Ernst Forsthoff ponían en cuestión la legitimidad democrática del tribunal constitucional. Para Forsthoff, la actividad del legislador se dirige a articular de manera general el conjunto de intereses sociales implícitos en la política. Las posibilidades de acción del legislativo son enormes y no responden solo a las exigencias derivadas de las disposiciones de la Constitución, sino a las demandas políticas de los diversos grupos sociales y a los intereses concretos de la comunidad. La ley no consiste en la mera ejecución de la Constitución. El juez constitucional cuando interpreta la ley a partir de los principios, le impone al legislador sus opciones valorativas y usurpa su competencia para configurar la vida política de la sociedad. La intervención del tribunal constitucional es ilegítima en la vida política del parlamento.²⁴

El debate Kelsen-Schmitt,²⁵ que ciertamente fue uno de los más importantes en la primera mitad del siglo XX, que se expone —entre otras—, respectivamente en la obra de Schmitt, “La defensa de la Cons-

²³ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, p.111.

²⁴ Forsthoff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp.231 y ss.

²⁵ Para adentrarse a este debate se recomienda: Sanz Moreno, José Antonio, *Ordenación jurídica y Estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*, Comares, Granada, 2002.

titudinación”,²⁶ y en la de Kelsen, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”,²⁷ no es solo una polémica surgida a propósito de la aparición de los Tribunales Constitucionales en el período de decadencia de la República de Weimar, sino que representa ese debate la definición del papel del intérprete constitucional.

Para Schmitt, como se sabe, en el juego institucional de la Constitución de Weimar figuran dos posibles titulares del poder político: el presidente del Reich y el canciller del Reich; pero mientras el último apoya su autoridad en la confianza del Parlamento, el primero es el hombre de confianza de todo el pueblo alemán. El presidente cuenta con legitimidad de todo el pueblo. Schmitt afirma que la Constitución de Weimar dotó al presidente del Reich de una suma de atribuciones que lo colocan como un auténtico poder neutral, mediador, regulador y tutelar de la Constitución. Schmitt terminó reclamando un dictador con capacidad para distinguir al amigo del enemigo y con poder para adoptar las decisiones en el Estado total.²⁸

La posición de Schmitt es clara, existe una desconfianza en su obra, tanto al Parlamento como a los tribunales constitucionales. En el caso del primero por su incapacidad de representación y su débil legitimidad democrática. En cuanto a los Tribunales Constitucionales, su ilegitimidad sería aún más palmaria que los cuerpos legislativos. Schmitt elabora su crítica a partir de los objetivos de todo órgano jurisdiccional, pues toda decisión judicial ocurre post eventum (sobre hechos pasados), además es incidental y accesorio, dado que es aplicable al caso concreto y específico; la decisión judicial es deducida de una norma legal aplicable al caso. Para Schmitt, un tribunal de justicia puede ser defensor de la Constitución solamente en un Estado judicialista que someta la vida política entera al control de los tribunales ordinarios.²⁹ Un tribunal que concentre y monopolice la defensa de la Constitución traería aparejada una judicialización de la justicia y de la política. El parlamento tampoco representa la legitimidad democrática, no manifiesta la unidad e identidad del pueblo alemán, no es adecuado para defender la homogeneidad social; en realidad es un generador de la

²⁶ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, De Vega, Pedro (prol.), Madrid, Tecnos, 1998.

²⁷ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 2002.

²⁸ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, op.cit., pp. 213-251. Véase también Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, 1990, pp. 3-27.

²⁹ Schmitt Carl, *La defensa de la Constitución*, op.cit., pp. 43-124.

necesidad de la defensa de la Constitución que solo puede hacer de manera legítima el presidente Reich.³⁰

Kelsen aduce en favor del control jurisdiccional de la Constitución que nadie puede ser juez de su propia causa, por lo que es esencial que el control constitucional sea efectuado por un tribunal independiente de las otras funciones del Estado, sobre todo, del gobierno y del parlamento. Es impropio concebir al parlamento como el único órgano político creador del derecho: la diferencia entre el carácter normativo de una ley parlamentaria y una sentencia judicial es solo cuantitativa. Kelsen señala que la función de un Tribunal Constitucional como el de Austria no es cualitativamente diferente a la de cualquier otro órgano judicial en lo que concierne a la determinación del contenido de una norma: la diferencia cardinal radica en que un tribunal ordinario produce normas que resuelven controversias específicas, mientras que el Tribunal Constitucional anula normas y actúa como legislador negativo.³¹ Sin embargo, Kelsen sostiene que los poderes de interpretación constitucional son muy limitados.³² En esta parte de la argumentación, el jurista vienés reclama un Tribunal Constitucional ceñido, se opone a la interpretación de cláusulas y principios abstractos. Manifiesta que: “la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible”.³³

En este último punto, Kelsen desconfía de la interpretación constitucional abierta, propone constituciones de detalle y regresa al automatismo interpretativo. En otras palabras y, como advierte Víctor Ferreres, Kelsen restringe el carácter político del tribunal constitucional a base de limitar el espacio de su libre discrecionalidad, a cuyo fin, dice Kelsen, las disposiciones constitucionales que protegen derechos fundamentales y otros valores semejantes no deben ser formuladas en términos generales.³⁴

La posición de Kelsen es hija de una concepción del derecho basada exclusivamente en reglas y no en principios. Al no presuponer la concepción

³⁰ Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, op. cit., pp. 41-65.

³¹ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., p. 37.

³² *Ibidem*, p. 33.

³³ Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 142 y 143.

³⁴ Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Porrúa-UNAM, 2002, p. 270.

de principios, era obvio que Kelsen delimitara al intérprete constitucional. La interpretación queda ceñida al texto, el tribunal constitucional sí es legítimo, pero sus jueces no poseen una amplia discrecionalidad judicial. Si tuvieran esta última perdería justificación su función y se acercarían peligrosamente a las atribuciones propias del parlamento.

Kelsen criticó duramente a Schmitt, pues sostenía que no existía una contradicción esencial entre la función jurisdiccional y las funciones políticas, al mismo tiempo que tampoco existe problema si se piensa que las decisiones acerca de la constitucionalidad de las leyes y la anulación de leyes inconstitucionales son actos políticos. Los Tribunales Constitucionales en la noción de Kelsen tienen un carácter político por la naturaleza de política jurídica de cualquier decisión jurisdiccional. El parlamento no es el único órgano creador de derecho, y todo conflicto jurídico es un conflicto de intereses, es decir, un conflicto de poder; toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política, y todo conflicto que sea caracterizado como conflicto político o de intereses o de poder puede ser resuelto como controversia jurídica.³⁵

Las limitaciones a la interpretación constitucional en Kelsen y su demanda a favor de una Constitución de detalle han tenido muchos seguidores en el Derecho contemporáneo. En la doctrina constitucional, como apunta Ferreres, existen émulos de Kelsen, tal es el caso de Rubio Llorente y Manuel Aragón.³⁶ En el derecho norteamericano, las tesis originalistas, aunque no se desprenden de Kelsen, mantienen la misma posición a favor de las Constituciones de detalle y el carácter textualista y ceñido de la interpretación como ocurre con Bork y Antonin Scalia.³⁷

III. Algunos antecedentes teóricos adicionales en el debate norteamericano e hispanoamericano

La teoría política norteamericana se ha enfrentado en este tema a distintos problemas: 1) al consistente en darle relevancia a la Constitución

³⁵ Viturro, Paula, “El carácter político del control de constitucionalidad”, *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 105.

³⁶ Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, *op. cit.*, pp. 270 y 271.

³⁷ Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, *op. cit.*, 1997. Ver también Bork, Robert, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, The Free Press, 1990.

sin obstaculizar las posibilidades de autogobierno de cada generación, esta cuestión tiene antecedentes en Jefferson y Paine³⁸ y 2) al referido en conciliar la regla de las mayorías con el texto constitucional y el papel del Poder Judicial.

Bruce Ackerman es consciente que en una democracia debe gobernar la mayoría y no una elite como la del Poder Judicial. No obstante, no todas las decisiones de la mayoría pueden ser igualmente consideradas, puesto que éstas pueden equivocarse, las mayorías son falibles. Ackerman enfrenta la cuestión al distinguir que en una democracia existen dos tipos de decisiones. Por un lado, las decisiones que toman el conjunto de los ciudadanos, esto es, las decisiones constitucionales que se expresan en la Constitución, en sus reformas, y otras decisiones de gran trascendencia. Por otro, están las determinaciones que asume la ciudadanía a través del gobierno y el legislativo que son expresadas en leyes. Las decisiones fundamentales no son de todos los días y son tomadas durante momentos excepcionales de la vida nacional. Las decisiones legislativas, en cambio, son ordinarias, y no pueden revocar las más sustanciales expresiones de la ciudadanía que han quedado contempladas en la Constitución.³⁹

De esta manera, Ackerman, a través de su visión dualista, parece darle la razón a Hamilton cuando éste sostuvo que la Constitución es la expresión más alta de la soberanía. Sin embargo, agrega que no solo la Constitución es la expresión más alta de la soberanía sino también los acuerdos constitucionales posteriores, con lo que se separa de los originalistas y textualistas y, al mismo tiempo, rechaza que las generaciones pasadas atenen a las presentes.⁴⁰

Ackerman no pretende conferir a las legislaturas toda la autoridad, la mayoría de ellas no son la expresión ni más alta ni la más completa, de la soberanía. Las legislaturas son expresión de las mayorías y de la política cotidiana. Por eso, Ackerman no tiene empacho en justificar la existencia de un órgano judicial que pueda defender la expresión más alta de la soberanía reflejada en la Constitución y en decisiones constitucionales posteriores de los embates de la política cotidiana manifestados en las cambiantes mayorías legislativas. Este autor también va a combatir a los que

³⁸ Paine, Thomas, *Derechos del hombre*, Madrid, Alianza, 1984, pp. 192-219.

³⁹ Ackerman, Bruce, *We the People. Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 3-33. Véase también: Ackerman, Bruce, *We the People. Transformations*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, pp. 3-95.

⁴⁰ Ackerman, Bruce, *We the People. Foundations... op. cit.*, pp. 29-33.

denomina fundamentalistas, esto es, aquellos que como Dworkin o Fiss, colocan ciertos derechos humanos como básicos y ajenos al debate y a la deliberación democrática. Para él, los derechos deben ser defendidos porque son expresión de las decisiones constitucionales básicas o de primer nivel.⁴¹

Las objeciones a Ackerman se han hecho consistir, aceptando su premisa dualista, en por qué la Suprema Corte de Estados Unidos debe ser la encargada de distinguir entre los dos niveles, los constitucionales y cotidianos, y por qué la Corte está más capacitada que otros órganos del Estado para sostener y defender las decisiones constitucionales de las mayorías legislativas.⁴² Ackerman solo podría contra argumentar afirmando el papel que históricamente ha jugado la Suprema Corte de Estados Unidos, sobre todo en momentos de quiebre institucional; por ejemplo, durante etapas como la del New Deal.⁴³

En donde Ackerman no produce teoría suficiente, es en el ámbito relativo a la necesidad cada vez más imperiosa de incorporar al Poder Judicial y a los Tribunales Constitucionales al debate deliberativo y participativo de la sociedad. En otras palabras, se habría de hacer participar al Poder Judicial a través de sus procedimientos y decisiones en una esfera de mayor actividad y crítica de la sociedad hacia las reglas y principios constitucionales, así como sobre y respecto de las determinaciones judiciales.

Como ya se ha dicho aquí, Ackerman enfrenta a los fundamentalistas porque, aunque tienen un compromiso con la democracia, su respeto a los derechos fundamentales es mayor. Sostiene que no todos los fundamentalistas son iguales, algunos como Richard Epstein enfatizan el rol fundamental del derecho de propiedad, otros como Dworkin y Nino reconocen el derecho a ser tratados como agentes morales iguales y autónomos. Fiss promueve el derecho de los grupos más postergados a ser tratados con especial consideración. El dualismo, según Ackerman, es superior porque distingue entre dos formas distintas de decisiones y dos formas distintas de legitimidad. Por un lado, otorga un importante rol a los derechos fundamentales y, por otro, tiene un compromiso con la democracia.

En palabras de Ackerman:

⁴¹ Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos, "Tres concepciones de la democracia constitucional", en *Cuadernos y debates*, número 29, centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 15-31.

⁴² Gargarella, Roberto, *op. cit.*, pp. 140 y ss.

⁴³ Ackerman, Bruce, *We the People. Transformations...op. cit.*, pp. 255-420.

pensemos en que una mayoría movilizada, en un momento constitucional, logra la sanción de algún tipo de derecho, por ejemplo, el derecho a no ser discriminado por razones de sexo. Dado esta conquista el dualista puede apoyar la idea fundamentalista de la invalidación por parte de la Corte Suprema de decisiones legales que atentan contra este derecho aun cuando el derecho sancionado tenga poco o nada que ver con la integridad del proceso electoral, única hipótesis en que el monismo autoriza la invalidación. Para el dualista, la Corte avanza la causa de la democracia cuando preserva decisiones populares adoptadas en momentos constitucionales contra la erosión de decisiones políticas que no han ganado la máxima legitimidad democrática. Así el dualista no tendrá problemas en afirmar que el derecho a no ser discriminado es un derecho que la Corte debe proteger no obstante lo que mayorías circunstanciales dispongan. De esta forma el dualismo puede ofrecer una teoría que corporiza una reconciliación profunda entre la democracia y los derechos.⁴⁴

La diferencia entre el dualismo y el fundamentalismo es que el dualismo es democrático primero y protector de derechos después. El fundamentalismo, según Ackerman, revierte esta prioridad y llega a colocar a los derechos por encima de cualquier consideración. Los derechos fundamentales para Ackerman no son cartas de triunfo, son solo la expresión máxima de la democracia. El tema de crítica a Ackerman es por qué hablar de dos tipos de niveles de decisión, y no de distintos niveles de decisión, por qué hacer esa separación tan drástica entre dos y solo dos niveles de decisión, además de por qué la Suprema Corte de Justicia es la que tiene la facultad para defender y proteger los derechos y no otros órganos o instancias del Estado, o la sociedad misma.

Según la expresión de Ackerman, Ely es un monista que prioriza la democracia mayoritaria sobre los derechos, además de que no distingue entre dos niveles de decisión: uno constitucional y otro ordinario. Podemos resumir la posición de Ely diciendo que el principio democrático exige que la mayoría parlamentaria tenga la última palabra en materia de derechos y, que el juez constitucional no tiene la competencia de invalidar leyes aprobadas por el parlamento, salvo en el caso que la mayoría parlamentaria haya atentado contra los derechos que dan acceso al proceso político. Para Ely, el juez debe andar frente al legislador como árbitro del

⁴⁴ Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos, "Tres concepciones de la democracia constitucional", *cit.*, pp. 24 y 25.

proceso democrático para determinar si éste se satisfizo en la esfera legislativa y política.⁴⁵

Ely crítica la polémica entre originalistas y no originalistas. A los originalistas porque atan al legislador y al juez a cláusulas constitucionales del constituyente originario de contenidos sumamente abstractos. A los evolucionistas, por pretender limitar las decisiones democráticas a partir de valores que no se expresan en el texto constitucional.

Para Ely, la Constitución solo protege una forma democrática de gobernar y no una ideología sustantiva.⁴⁶ La finalidad de la interpretación constitucional es la protección del proceso democrático en la sociedad y en las instituciones y no la preservación de ideologías o valores. Este autor elabora su teoría a partir de un análisis a la nota a pie de página número cuatro del juez Harlan Fiske Stone en la sentencia Estados Unidos vs. Carolene Products Co. La nota abunda sobre la presunción de constitucionalidad de la ley y sugiere que está justificado un papel más activo para el juez constitucional cuando la ley restringe la participación política y cuando se afecta a minorías.

La teoría de Ely se apoya entonces en la nota del juez Stone y en el análisis de las resoluciones de la Corte Warren en Estados Unidos que se centraron en: la cualificación de los electores y la formación de distritos electorales, sobre todo, a partir de situaciones en las que se pretendía restar peso al voto de las minorías raciales; cuestiones vinculadas a la libertad de expresión y asociación, y casos relativos al trato igualitario de los grupos minoritarios y más desaventajados de la sociedad.

La posición de Ely es que la Constitución es un documento dirigido, fundamentalmente, a la definición de cuestiones procedimentales, lo que no significa que deje de ocuparse de los asuntos sustantivos, pero éstos deben quedar sujetos a las decisiones democráticas mayoritarias, a fin de que a nadie se discrimine en la aplicación de los valores colectivos definidos por el proceso democrático. Desde luego que a Ely le preocupa que todos los intereses estén representados, de modo que apoya se trate a todos con respeto, lo que significa que el juez debe velar para que el proceso político se desarrolle de acuerdo con este ideal representativo.

El juez constitucional de Ely debe seguir la siguiente pauta:

⁴⁵ Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1980.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 74.

1. Proteger los derechos de participación: libertad de expresión, asociación, veto, aunque no están recogidos expresamente en el texto constitucional.
2. Garantizar el derecho a no ser discriminado, pues existen personas que no pueden participar en el proceso político, éstas son víctimas de prejuicios, y no logran que sus reclamos sean escuchados en el mismo grado que los reclamos de otros sectores sociales.
3. Los prejuicios son de dos tipos: de primer y segundo grado. Los prejuicios de primer grado consisten en el deseo de perjudicar, en el ánimo de que alguien sufra. Los prejuicios de segundo grado, en cambio, consisten en estereotipos inaceptables —generalizaciones no justificadas—.
4. Hay grupos insulares o discretos —marginales— que probablemente recibirán los prejuicios de la mayoría.
5. La base fundamental de interpretación constitucional consiste en distinguir por parte del juez, si la mayoría ha aprobado las leyes en base en prejuicios o en razones aceptables.
6. La ley tiene un mayor nivel de sospecha cuando afecta los derechos de participación política o cuando discrimina sin buenas razones. Fuera de estos supuestos, el juez debe actuar con deferencia al legislador.

La crítica a Ely ha señalado que no es posible analizar los procesos de discriminación en la ley sin tomar en cuenta elementos sustantivos, consideraciones políticas, morales, en síntesis, de carácter axiológico. La protección de la democracia no consiste solamente en la preservación de procedimientos; también es parte de la democracia la defensa de principios y derechos sustantivos. Y, como dice Laurence Tribe, una teoría que interprete que la Constitución solo protege procedimientos impide que esta desempeñe un papel central en el debate público dado que la ciudadanía suele discutir acerca de cuestiones sustantivas, y no exclusivamente acerca de los procedimientos.⁴⁷

En América Latina, Nino señala

debe evitarse la oscilación entre una actitud de deferencia hacia el poder político, aún autoritario, y un elitismo epistémico que lleva a los jueces, a veces, a sustituir al proceso político democrático en la determinación

⁴⁷ Tribe, Laurence, *Constitutional Choices*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 19.

de soluciones sustantivas. La contribución de orientar nuestra práctica constitucional hacia los ideales de una democracia liberal debe hacerse en su papel de triple custodio de las reglas del proceso democrático (entendidas no en sentido meramente formal sino sustantivo), de la autonomía personal, que implica rechazar normas con fundamentos perfeccionistas, y de la continuidad de la propia práctica constitucional. En este rol de triple custodio, los jueces deben ejercer una independencia entendida, no como aislamiento, sino como participación vigorosa en un diálogo interactivo con los poderes políticos.⁴⁸

La cita anterior le brinda a Nino la ocasión para desarrollar un triple papel del juez constitucional que posibilita su legitimidad democrática: controlador del proceso democrático, protección de la autonomía individual, y continuidad de la práctica constitucional. Controlador del proceso democrático significa que el juez constitucional en sus decisiones debe analizar si se garantizan en la ley objeto de debate constitucional: la existencia de un procedimiento de discusión amplio en la que debieron participar los interesados en relativa igualdad de condiciones, que el debate legal se haya centrado en valores y principios sociales intersubjetivos y no en la mera exposición de intereses crudos, que el debate haya reflejado los intereses e ideologías de los individuos representados, que la ley sea el producto de la regla de la mayoría, etcétera.⁴⁹ El control constitucional no debe limitarse a las condiciones formales que prescriben las constituciones para la elaboración de las leyes, sino a los elementos de participación política ya mencionados. También el control constitucional puede tener un sentido correctivo para el futuro, es decir, prescribir modificaciones a los procedimientos políticos para maximizar la representación y participación política a fin de acercar estos procesos a condiciones deliberativas. El proceso democrático debe desarrollarse en forma deliberativa, y no hay deliberación si las decisiones no están acompañadas de razones. Nino propone un mecanismo de reenvío del juez constitucional al legislador para señalarle a éste que el proceso político en la elaboración de la ley fue deficiente, y para mostrarle que se requieren condiciones de mayor participación y deliberación en la determinación del texto legal, sin que necesariamente exista un pronunciamiento sobre el

⁴⁸ Nino, Carlos, *Fundamentos de derechos constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 712.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 692.

fondo del asunto. En otras palabras, el juez interactuaría con el legislador en la búsqueda de razones o en el mejoramiento de las mismas.⁵⁰

En cuanto a la protección de la autonomía personal, Nino considera al igual que Ely, que los jueces no son los últimos custodios de los derechos individuales, sino que es el propio proceso democrático el que debe ofrecer el escudo de protección final frente a tales derechos. Para Nino hay dos tipos de principios morales posibles: los de índole “intersubjetiva”, que valoran una conducta por sus efectos en los intereses de otros individuos diferentes al agente; y los “autorreferentes”, que valoran una acción o actitud por los efectos en la propia vida o carácter del individuo. El principio de autonomía de la persona veda interferir con la libre elección de los principios morales autorreferentes o ideales de excelencia humana, por lo que no puede ser misión del Estado, imponer a los ciudadanos modelos de virtud personal. Los órganos políticos democráticos son la custodia final del principio de autonomía y, si estos órganos imponen un ideal de excelencia humana vía la regla de las mayorías, el juez debe descalificar la pieza legislativa perfeccionista.⁵¹

Para poder descalificar o anular la ley perfeccionista, el juez está obligado a analizar las razones verdaderas que justifiquen esa ley, pues podría haber razones relevantes y justificadas de carácter intersubjetivo y no del tipo autorreferencial. Desde luego el proceso democrático presupone que los órganos políticos tuvieron cuidado en articular razones intersubjetivas y no autorreferenciales en la aprobación de la ley. No obstante, el juez constitucional debe analizar si las razones son relevantes o no en términos de protección social. Si solo son razones, por ejemplo, en términos de “vicio” o de “ética cristiana”, el juez tiene un amplio y efectivo papel en defensa de la autonomía de los ciudadanos.

El tercer rol es el de la continuidad de la práctica constitucional, en donde el juez constitucional debe revisar si la actuación de los órganos políticos observan la continuidad constitucional. Para ello, el juez toma en cuenta varias consideraciones: a) que el peligro de debilitamiento de la continuidad de la práctica sea realmente serio, aunque no sea inherente a la misma desviación que esta evaluando, sino a su conjunción con otras o los efectos causales que previsiblemente tendrá, generalmente de carácter demostrativo; b) que se trate de una verdadera desviación de esta continuidad,

⁵⁰ *Ibidem*, p. 697.

⁵¹ *Ibidem*, pp.697-699.

tomando en cuenta los márgenes laxos que suelen dejar las convenciones interpretativas; y, c) que la necesidad de continuidad de la práctica constitucional debe ponerse en balance con la necesidad de su perfeccionamiento según principios justificatorios de moralidad social, respecto de los cuales el proceso democrático tiene prioridad.⁵²

En síntesis, Nino opina que el control de constitucionalidad por parte del juez constitucional no está justificado salvo en tres casos: la revisión del procedimiento democrático para ampliarlo y perfeccionarlo, en los términos de Ely; la descalificación de leyes fundadas en razones perfeccionistas; y, el cuidado de una práctica constitucional moralmente aceptable. Nino así, propone el reenvío al legislador como en la Constitución canadiense, con el propósito de estimular el proceso deliberativo democrático y salvaguardar el carácter representativo del parlamento. De esta manera, podría existir una suerte de veto a la ley de la Corte Suprema que podría ser superado por una mayoría calificada del congreso. Tratándose de reglamentos o decretos, el veto judicial obligaría a que el decreto o reglamento deba ser ratificado por el Congreso. En la llamada inconstitucionalidad por omisión, la Corte podría dirigirse a las comisiones legislativas o parlamentarias requiriéndoles en forma obligatoria que expliquen las razones de falta de legislación para promover o garantizar algún derecho y para que expongan la evolución del tratamiento parlamentario. Al final de cuentas, con estas medidas y otras, el Poder Judicial interactúa en el proceso democrático.⁵³

Gargarella sigue a Nino, y expone reformas institucionales al Poder Judicial para que éste obtenga legitimidad democrática. Sus propuestas son tres: La introducción del reenvío como método orientado a quitarle al Poder Judicial “la última palabra” en cuestiones vinculadas con la Constitución y a fortalecer la “discusión” institucional; en segundo lugar, señala la necesidad de estrechar la vinculación entre las minorías sociales y el Poder Judicial a través de mecanismos que contribuyan a rearticular o tornar posible, la relación entre la tarea de los jueces y la protección de los derechos de la minoría; y, en tercer término, una reforma judicial que acompañada de una reforma política promueva un modelo democrático más representativo, más deliberativo, más transparente y más orientado a la sociedad.⁵⁴

⁵² *Ibidem*, p. 702.

⁵³ Nino, Carlos, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y debates*, núm. 29, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 97-137.

⁵⁴ Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno... cit.*, pp. 173 y ss.

El reenvío, según Gargarella, implicaría un mecanismo flexible para generar el diálogo institucional. La decisión judicial no tendría el carácter de decisión última y el Poder Judicial se encargaría de instar al Legislativo a que vuelva a reflexionar sobre su decisión. El método del reenvío promovería el diálogo institucional, la protección ante una general falibilidad en la toma de decisiones imparciales; la defensa del principio mayoritario, y la disminución de la actual rigidez del sistema constitucional.

Para proteger a las minorías se propone que el máximo tribunal reservara directamente un tercio de sus cargos para sus representantes de grupos desfavorecidos. Si esta medida no fuera posible, se insiste en otras alternativas: trasladar en los casos en que estén implicadas minorías, el estudio de la situación a un cuerpo orientado a la protección de los derechos de las minorías, también se podría establecer la figura de los *amicus curiae* y otros mecanismos procesales para la protección de intereses o reclamos colectivos o difusos.⁵⁵

En cuanto a las reformas al Poder Judicial, éstas van por el lado de su independencia política (de los poderes públicos, del clamor popular, de la estructura judicial, de la burocracia interna); la transparencia en el Poder Judicial; la defensa de determinados derechos humanos: expresión, asociación, reunión, voto protección de minorías como precondiciones de la democracia; y, la garantía de la autonomía de los individuos.⁵⁶

Ferreres, aunque en principio parece apoyar una Constitución de detalle, cerrada, debido a que reduce la discreción del juez constitucional; deja de aceptarla, porque conlleva a la vinculación injustificable de la generación actual y de las futuras a las decisiones de una generación muerta, porque no se permite acoger nuevas exigencias éticas derivadas de aspectos de la libertad y la dignidad humanas que no están contemplados en sus cláusulas específicas, y dificulta el desarrollo de procesos interpretativos que permiten integrar políticamente a los miembros de una sociedad plural, así como a Estados diversos, dentro de una cultura pública común basada en valores compartidos.⁵⁷

Por lo anterior, apuesta por una Constitución que en materia de derechos y libertades incluya disposiciones relativamente abstractas, y solo debe

⁵⁵ *Ibidem*, p. 186.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 228-265.

⁵⁷ Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 138 y 139.

la Constitución expresar reglas más específicas cuando éstas gocen de un consenso muy amplio y arraigado, que permita aventurar que podrán resistir los esfuerzos críticos de las generaciones futuras. A lado de las reglas de detalle deben de existir otras que protejan la “libertad”, la “dignidad”, la “justicia”, que puedan ser utilizadas para ampliar la protección a aspectos de la libertad, la dignidad o la justicia no previstos de manera específica, así como para contribuir a los procesos de integración política. Con estas cláusulas, según Ferreres, se deja al juez constitucional un campo considerable de discreción interpretativa. ¿Cómo justificar este importante papel del juez? ¿Qué límites debe respetar?

Ferreres dice que el control judicial de la ley se justifica por la contribución que puede hacer el juez al mantenimiento de una cultura de deliberación pública, pero ese control debe llevarse a cabo bajo la presunción de que la ley a enjuiciar es constitucional. En virtud de esta presunción que protege a la ley, el juez debe actuar con deferencia hacia el legislador y, por tanto, debe escuchar desde una actitud de confianza las razones que éste aduce para justificar la ley cuestionada. El tema clave es en qué casos y bajo qué condiciones esta presunción queda destruida. Para Ferreres la presunción de constitucionalidad de la ley no puede ser muy fuerte debe ser moderada.⁵⁸

Un asunto vinculado a lo expuesto es el relativo a las técnicas alternativas usadas por el Poder Judicial y necesariamente la expulsión de la ley y/o su declaración de inconstitucionalidad. Nuestro autor no se refiere a las técnicas de interpretación conforme, sino a decisiones intermedias dado que los argumentos de los que dispone el juez pueden ser insuficientes para justificar una declaración de inconstitucionalidad, pero pueden ser suficientes para fundamentar una decisión de tipo intermedio.⁵⁹ Así, Ferreres habla de “recomendaciones” al legislador para que éste modifique la ley en una determinada dirección.⁶⁰ También se podría declarar la constitucionalidad de la ley, pero dejando explícitamente abierta la posibilidad de ulterior revisión de la cuestión, a la luz de nuevos datos y argumentos, como ejemplo de ello, alude al voto del juez Souter en el caso del auxilio al suicidio por la Corte Suprema de Estados Unidos. Otra vía puede ser la explícita referencia del juez a la reversibilidad de la decisión cuando una cuestión constitucional es de gran complejidad porque entran en intenso conflicto

⁵⁸ *Ibidem*, pp.79-139.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 298.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 299.

diversos bienes constitucionales y porque la comunidad está fuertemente dividida acerca del problema moral que subyace la cuestión constitucional; el mérito de esta propuesta es que contribuye a integrar en una comunidad constitucional a grupos de personas que están fuertemente divididas en torno al problema moral que subyace al caso constitucional. Ferreres advierte, igualmente, que las sentencias de los tribunales pueden venir acompañadas de votos particulares en los que se manifieste que los argumentos de los perdidosos son sólidos y que, quizá tendrá que reconsiderarse la cuestión en el futuro, pues, por ejemplo, un voto concurrente matiza la opinión mayoritaria. En el catálogo de sugerencias, este autor, aconseja que el tribunal haga una explícita referencia al futuro en el supuesto de que considere que la ley, si bien es constitucional en términos generales, puede no serlo en su aplicación a determinados casos.⁶¹

Estas y otras medidas intermedias servirían en la posición de Ferreres para mantener viva la cultura deliberativa, pues los tribunales constitucionales no tienen la última palabra a la hora de interpretar la Constitución. Igualmente, el proceso democrático puede reaccionar de varios modos ante una sentencia que invalida una ley. Una vía es la reforma constitucional, la otra es la aprobación de una nueva ley de contenido idéntico o similar a la invalidada. Lo importante es admitir que el significado de la Constitución no se establece de una vez y para siempre: es el producto de una conversación abierta a todos y, es objeto de una búsqueda siempre inacabada.

IV. Conclusiones

La soberanía popular es una de las nociones clave en esta discusión. Encuentro que existen para sostener la elección por voto de los titulares judiciales cuatro argumentos fundamentales: 1) No puede haber poder público que no dimane directamente de la soberanía popular en correspondencia con el artículo 39 constitucional y con una sociedad democrática; 2) La cúspide de los poderes judiciales en México representa los intereses de los partidos mayoritarios y a los poderes fácticos y no los de los ciudadanos; 3) El hecho de que los titulares de los tribunales supremos provengan de designaciones cupulares derivadas de los repartos de las cuotas de los parti-

⁶¹ *Ibidem*, pp. 298-307.

dos mayoritarios elimina cualquier legitimidad democrática de los poderes judiciales; y, 4) Resulta absurdo constitucionalmente que los ministros y magistrados invaliden leyes que son aprobadas por los representantes populares sin tener representación popular alguna.

Consideramos que el Poder Judicial, sobre todo los jueces constitucionales, deben estar al servicio del pueblo y no de los intereses de las oligarquías. Hemos presenciado en el Poder Judicial federal que sus integrantes resuelven consistentemente a favor de los grandes intereses económicos y de los intereses de los factores reales de poder —existen escasas sentencias donde los tribunales federales garantizan derechos de igualdad o DESCA y muchísimas resoluciones para proteger a evasores y a personas que eluden el pago de contribuciones—. En general, los titulares de los poderes judiciales, son correas de transmisión de esos intereses, cuando no rehenes de los mismos.

En los procedimientos nacionales de designación de ministros, magistrados y jueces, no hay gran profundidad para saber lo que sostienen los aspirantes al cargo acerca de cómo se puede ofrecer mayor legitimidad democrática al Poder Judicial, qué reformas se deben realizar para contener o no al Poder Judicial en la definición e implementación de las políticas públicas, cuáles son las reformas que el Poder Judicial necesita, entre otros muchos temas, en donde la ciudadanía debiera contar con plena información sobre los perfiles y concepciones jurídicas e ideológicas de los candidatos a jueces.

Históricamente, salvo algunos periodos, la elección de ministras y ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estado controlada por el poder formal —legislaturas locales, Congreso, Cámara de Diputados, Cámara de Senadores, presidente de la República—. También por poderes fácticos nacionales —estamentos militares, eclesiásticos, logias masónicas, ejército, partidos, medios de comunicación, grupos empresariales—, y recientemente por factores de poder trasnacionales que defienden y presionan a favor de concepciones neoliberales del derecho; por ejemplo, a favor de la privatización de las riquezas nacionales —hidrocarburos, agua, minas, etcétera— o, para impulsar maneras de entender el Derecho a partir de principios como el de libre competencia económica pero negando o excluyendo los principios de la economía mixta mexicana que fueron incorporados a nuestra Constitución mediante las reformas constitucionales de 1982 y 1983 a los artículos 25, 26, 27 y 28 de nuestra ley fundamental.

El control del poder formal y/o fáctico en la designación de los principales funcionarios judiciales no ha favorecido la independencia de ellos respecto al poder. Aún hoy en día los funcionarios judiciales se dicen independientes del Poder Ejecutivo en turno, dado que se encuentran vinculados a otros factores de poder; por ejemplo, a los partidos de oposición y a los intereses económicos transnacionales, y juegan permanentemente en contra de las posiciones del gobierno establecido, las que suelen ser nacionalistas y que muchas veces están orientadas por fines sociales y populares. En el discurso público, los funcionarios judiciales se presentan como parte de una institución cuya finalidad es controlar al poder a través de los procedimientos de revisión de la constitucionalidad de las leyes, y de manera más subordinada a ese objetivo, como una rama del poder público orientada y destinada a impartir justicia. En los hechos, con gran parte de sus decisiones —al menos a partir de 2018— apuntalan la influencia política de la oposición al gobierno, y consolidan los intereses transnacionales que frecuentemente son contrarios al interés general y a los derechos de las mayorías. Su dependencia ya no es respecto al presidente en turno, al partido del presidente, o a los partidos del Pacto por México, sino a otras nuevas instancias: la oposición y los intereses transnacionales.

V. Bibliografía

- ACKERMAN, Bruce y ROSENKRANTZ, Carlos, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, *Cuadernos y debates*, núm. 29, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ACKERMAN, Bruce, *We the People. Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- ACKERMAN, Bruce, *We the People. Transformations*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.
- BELTRÁN, Miguel, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Civitas, 1989.
- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962.
- BORK, Robert, “The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution,” *Washington University Law Quarterly*, vol. 1979, núm.3, pp. 695-701.

- BORK, Robert, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, Nueva York, The Free Press, 1990.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como Derecho*, México, UNAM, 2005.
- DE LORA DEL TORO, Pablo, *La interpretación originalista de la constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1998.
- DEL ÁGUILA, Rafael, *La senda del mal, política y razón de Estado*, Madrid, Taurus, 2000.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.
- ELY, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- FERRERES, Víctor, “Justicia Constitucional y Democracia”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2002.
- FERRERES, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- HAMILTON, A. et al., *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “Democracia con jueces”, *Claves de razón práctica*, núm. 128, diciembre de 2002.
- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 2002.
- KELSEN, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988.
- NINO, Carlos, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y debates*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, núm. 29, 1991.
- NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y político de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

- PAINE, Thomas, *Derechos del hombre*, Madrid, Alianza, 1984.
- PINTORE, Anna, “Derechos insaciables”, en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- SÁNCHEZ CUENCA, Ignacio y LLEDÓ, Pablo, *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*, Madrid, Alianza, 2002.
- SANZ MORENO, José Antonio, *Ordenación jurídica y Estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*, Granada, Comares, 2002.
- SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1997.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Vega, Pedro De (prol.), Madrid, Tecnos, 1998.
- SCHMITT, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, 1990.
- TRIBE, Laurence, *Constitutional Choices*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
- TROPER, Michel, “El poder judicial y la democracia”, en *La función judicial. Ética y democracia*, Malem Jorge et al. (comps.), Barcelona, Gedisa, 2003.
- TROPER, Michel, *Por una teoría jurídica del estado*, Madrid, Dykinson, 2001.
- VITURRO, Paula, “El carácter político del control de constitucionalidad”, *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- ZAGRABELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995.