

Capítulo segundo

Democracia, Constitución y jurisdicción constitucional

Jesús Antonio CAMARILLO*

Tomemos como punto de partida esta breve descripción y la premisa que le sigue: la democracia puede ser una herramienta social valiosa. El concepto más antiguo y defectuoso de “democracia” se refiere a ella solo mediante la regla de la mayoría. Es considerado defectuoso, entre otras razones, porque la mayoría frecuentemente comete injusticias sobre las minorías. Si la democracia es injusta deja de ser valiosa socialmente. Por ello, parte esencial de la democracia es establecer límites a las mayorías. La Suprema Corte de Justicia es parte de ese control que protege el valor de la democracia salvaguardando la voz del pueblo de ayer. ¿De qué manera la reforma al Poder Judicial protege o amenaza a las minorías y a la voz democrática del pueblo de ayer?

Cabe acotar que, para los críticos del control judicial de la constitucionalidad y del constitucionalismo, ambos son figuras sustancialmente antidemocráticas. El primero, porque se ha dicho con frecuencia que deja en las manos de un grupo de elite, carente de representación y de responsabilidad, el proceso controlador de los actos de los otros poderes, especialmente el de los actos del Legislativo, poder que, se presupone, encarna la voluntad popular. En el caso del segundo, porque se parte de la idea de que el constitucionalismo atrinchera un catálogo de derechos fundamentales y de decisiones políticas que se retiran del influjo de las decisiones mayoritarias. En ambos casos, la concepción que se tiene de la democracia es la que reduce su noción a la regla de la mayoría.

Quienes suelen adoptar la posición de la democracia como regla de la mayoría asuman que ese es el sentido originario del vocablo, vinculando tal significado a las etapas clásicas de la ciencia y el comportamiento

* Profesor-investigador de tiempo completo en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez; doctor en derecho por la UNAM.

político. Sin embargo, esta aseveración se puede poner en cuestión, pues si bien es cierto que la regla de la mayoría se evidenciaba continuamente a través de las prácticas y los procedimientos mayoritarios, lo que llevó a Atenas a elaborar uno de los sistemas más depurados de decisión mayoritarios en la institución de la *Ecclesia* y en las asambleas ciudadanas, sede de elecciones y deliberaciones en los que la aclamación era el objeto a ponderar, no menos cierto es, como nos recuerda Giovanni Sartori, que el procedimiento mayoritario constituía un procedimiento eminentemente práctico, instrumental, ajeno a una doctrina que lo soportara o lo vinculara con la noción de democracia. No era pues, la regla de la mayoría un concepto estructurado teóricamente, era solamente una vía o un instrumento para tomar decisiones.¹

En los tiempos clásicos, el mismo Aristóteles asumió que la cuestión mayoritaria no define un tipo de régimen, ya que constituye un simple instrumento, un procedimiento, que es compatible con cualquier forma pura de gobierno, prueba de ello es que en las oligarquías es principio fundamental que la decisión de la autoridad es la de la mayoría de los gobernantes. Para Aristóteles es un accidente el que los pocos o los muchos tengan el poder, unos en las oligarquías y otros en las democracias. Los asuntos de orden numérico, bajo el esquema aristotélico, no pueden constituir una diferencia esencial, pues en lo que verdaderamente difieren entre sí la democracia y la oligarquía es en la pobreza y en la riqueza. En este sentido, lo que distingue a una forma de gobierno de otra no es el número, sino la condición social de quienes gobiernan, no un elemento cuantitativo sino uno cualitativo.² De modo que el régimen de decisión mayoritario no es una característica exclusiva de las democracias, sino un medio para otorgarle validez a la deliberación realizada por un grupo de personas que siendo libres e iguales toman parte de los asuntos públicos.

Tampoco en Roma aparece con claridad una idea sobre la importancia de la mayoría, ya que en el derecho romano, mayoría y minoría no funcionan como dos partes enfrentadas en la defensa de unos derechos contrapuestos dentro del todo que es la corporación. Tal como lo destaca Norberto Bobbio, en el derecho romano la regla de mayoría fue concebida como el procedimiento necesario, o el más idóneo, para la formulación de una decisión colectiva en las *universitates*, esto es, asociaciones de per-

¹ Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, México, Taurus, 2003.

² Aristóteles, *La política*, México, Porrúa, 1976, p. 205.

sonas en las que la unión de los individuos produce un sujeto colectivo diferente de sus partes y superior a ellas.³

Podríamos considerar que la construcción teórica que vincula la regla de la mayoría con un sistema de ejercicio del poder, o inclusive con un sistema político fundacional, es tardía. Esto sucede cuando pensadores contractualistas como John Locke describen en sus teorías la forma en que surge la sociedad política o civil, es decir, el momento en que cada uno de los miembros haya abandonado su poder natural, abdicando de él en manos de la comunidad. De este modo, si para constituir la sociedad política o civil era necesario contar con el consentimiento de cada uno de los integrantes de la comunidad, ya que solamente a través de éste se podía renunciar a la libertad que implica para el individuo el estado de naturaleza, una vez que se ha configurado esa sociedad política, adquiere el carácter de cuerpo único, mismo que, para poder actuar en calidad de tal, para Locke, ha de ser mediante la voluntad y determinación de la mayoría

[p]ues cuando un número cualquiera de hombres, con el consentimiento de cada individuo, ha formado una comunidad, ha hecho de esa comunidad un cuerpo con poder de actuar corporativamente; lo cual solo se consigue mediante la voluntad y determinación de la mayoría. Porque como lo que hace actuar a una comunidad es únicamente el consentimiento de los individuos que hay en ella, y es necesario que todo cuerpo se mueva en una sola dirección, resulta imperativo que el cuerpo se mueva hacia donde lo lleve la fuerza mayor, es decir, el consenso de la mayoría.⁴

Ese carácter sustancial con el que Locke dota al principio mayoritario, no se aprecia en anteriores esquemas filosóficos, en los que, teniendo presente la regla mayoritaria, ésta no representa más que un aspecto instrumental. Por el contrario, en la obra de Locke, su importancia se explicita en varias ocasiones, al grado de irrumpir como elemento de legitimación del ejercicio del poder. Refiriéndose a la regla de la mayoría, dice Locke

Así, lo que origina y de hecho constituye una sociedad política cualquiera, no es otra cosa que el consentimiento de una pluralidad de

³ Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 464 y 465.

⁴ Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, p.112.

hombres libres que aceptan la regla de la mayoría y que acuerdan unirse e incorporarse a dicha sociedad. Eso es, y solamente eso, lo que pudo dar origen a los gobiernos legales del mundo.⁵

Así, la idea de democracia se vincula a la regla de la mayoría. La democracia irrumpe como un mandato de la mayoría. En tal sentido, se entiende que en la democracia se someten las decisiones a la regla mayoritaria. Ese cambio acontece precisamente con la filosofía política de John Locke, puesto que el derecho de la mayoría se inserta en un sistema constitucional que lo disciplina y controla.

Empero, reducir la idea de la democracia a un procedimiento en el que se privilegia la regla de la mayoría, como lo siguen haciendo hoy en día algunos de los críticos más importantes del constitucionalismo y de sus dos elementos básicos, como lo son la rigidez constitucional y el control judicial de la constitucionalidad, encuentra severas objeciones, por esa razón la breve descripción detonante con la que se abre la discusión considera que el concepto de democracia es “defectuoso” si solo se reduce a una regla de la mayoría. Y es considerado así, entre otras razones, porque la mayoría frecuentemente comete injusticias sobre las minorías.

Ahora bien, se entiende que esta crítica a la perspectiva reduccionista de democracia postula, al mismo tiempo, de manera implícita, una concepción más amplia de la misma en la que la esfera de los derechos de las minorías queda salvaguardada en base a la existencia, por un lado, de un coto vedado de derechos y, por la otra, la existencia de un control judicial de la regularidad constitucional, elementos claves de una versión del constitucionalismo “fuerte”. En ese sentido, cabe acotar que la capacidad de los jueces para proteger a los minorías se puede también objetar. Como lo sostiene Buriticá Arango, esta capacidad de los jueces en la protección de las minorías solo encuentra elementos de justificación cuando se cumplen supuestos normativos y fácticos específicos, puesto que, aunque la evidencia empírica es escasa y equívoca, la protección judicial de las minorías parece depender de factores actitudinales e institucionales que incrementan en ciertas épocas el compromiso de los jueces con sus derechos.

Estos factores pueden estar asociados a la estructura institucional de la judicatura, así como a la filiación partidaria, la identidad personal o las

⁵ *Ibidem*, p. 114

relaciones interpersonales de los jueces. Como no todos los sistemas de control judicial satisfacen estas condiciones y existe escasa evidencia empírica sobre otros factores igualmente influyentes, no puede sostenerse, como tesis general, que el control judicial protege mejor que el legislativo, los derechos de las minorías.⁶

En el caso específico de la reforma al Poder Judicial, esta no representa en sí misma ninguna vulneración a los derechos de las minorías, sino que representa un cambio normativo histórico, pues no se recuerda en la historia de nuestro país una mutación de tal magnitud a un poder orgánico. La reforma tampoco implica en sí misma —en abstracto— una defensa o protección a las minorías. La protección a las minorías es progresiva y se va presentando en escenarios de deliberación intra e interorgánica, depende su impulso de diversos factores, entre ellos, aspectos que van más allá de cuestiones normativas u orgánicas. Las exigencias, las expectativas de derechos, las pretensiones de los grupos sociales y la misma presión social inciden e influyen la toma de decisiones en aras de la protección de las minorías.

Ahora bien, traer de nueva cuenta a colación la otra parte de la pregunta detonadora de la discusión, en el sentido de que si la reforma protege o amenaza “la voz democrática del pueblo de ayer” implica considerar qué tan democrático es hablar de la protección de una voz del pasado, para que ésta se sobreponga a una eventual voz de las generaciones actuales. Orientarse pues, por una posición típica del originalismo constitucionalista.

“La mano muerta del pasado”. Así se ha denominado en la teoría de la interpretación constitucional a la tendencia de recurrir a lo que los “padres fundadores” o creadores originarios de la Constitución quisieron decir cuando emitieron el texto básico. La mano muerta del pasado representa una de las caras del originalismo constitucional. En un sentido extenso, el originalismo sostiene que la Constitución posee un significado estable y aprehensible, puesto de una vez y para siempre, por los “padres fundadores”.

Concibiendo como forjado en piedra dicho significado, el originalista sostiene que al intérprete constitucional le corresponde el pasivo papel de desentrañarlo, recurriendo a la intención o voluntad del constituyente

⁶ Buriticá-Arango, Esteban, “Control de constitucionalidad y tiranía de la mayoría: un análisis crítico de la protección judicial de las minorías en los Estados democráticos”, *Revista derecho del Estado*, núm. 58, 2023, pp. 183-211, disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n58.07>.

o apegándose a un supuesto análisis “textual” del documento fundante. Vale acotar que la postura originalista marca y vende muy bien en la tradición norteamericana, a tal grado que algunos de los más grandes jueces en la historia de la Corte Suprema de Estados Unidos abiertamente se han asumido como originalistas y otros más, aunque no lo sean, de vez en cuando, recurren a sesgos de tal talante. El originalismo permite recrear las actitudes más conservadoras de la clase política de esa nación.

Al planteo originalista se oponen modelos interpretativos que consideran que, bajo la batuta de una democracia constitucional, los intérpretes constitucionales no tienen razón alguna para permanecer atados a la mano muerta del pasado, sino mostrarse como agentes que asumen un compromiso con su entorno político y social. Ver a la Constitución, pues, como una especie de “árbol vivo”, en constante progresión y sofisticación.

En un sentido amplio, el originalismo podrá entenderse como un tronco común de teorías que comparten varios hilos conductores. El más tópico es la afirmación de que la Constitución puede ser concebida como un documento fundante, que ostenta un significado estable y aprehensible, el cual, se piensa, es establecido al momento de la promulgación y puesta en vigor del propio texto en cuestión.

Para David Lyons,

el modo de interpretación típicamente originalista supone que el contenido doctrinario de la Constitución se determinó completamente cuando fue adoptada, y que las doctrinas constitucionales pueden identificarse plenamente mediante un análisis del texto o de la intención original, siempre que se realice en forma objetiva y libre de valoraciones.⁷

Algunos rasgos distinguen a la tesis originalista de la interpretación constitucional. Estos pueden ser la concepción de que la Constitución posee un significado susceptible de descubrir por el intérprete al que no le es permitido recurrir a elementos que no se encuentren “dentro del texto”. Asimismo, en una de sus versiones, el originalista sostiene que el resultado de la interpretación siempre es unívoco pues tiene como fundamento el recurso a la intención de los redactores del texto *Los padres fundadores*.

Phyllis Schlafly señala que la voz originalismo ha sido introducida en nuestro vocabulario para describir a los jueces que basan sus decisiones

⁷ Lyons, David, *Aspectos morales de la teoría jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 190.

en la Constitución escrita y no con la pretensión de que la Constitución es evolución. “El originalismo no es una nueva idea, como explica el juez Antonin Scalia en un discurso pronunciado en la Universidad de Vanderbilt. El originalismo fue una filosofía dominante hasta hace cincuenta años... La Constitución no es un organismo viviente”.⁸

En esa misma conferencia, el juez Scalia afirmó que contrario a lo que mucha gente piensa, el debate actual ya no es entre conservadores y liberales, sino entre originalistas contra constitucionalistas vivos.

Como protagonistas de ese debate ideológico-jurídico, las corrientes originalistas han ido adquiriendo en los últimos años un marcado protagonismo dentro del debate norteamericano sobre la pertinencia o inviabilidad de la *judicial review*. Debate que evidencia una determinada toma de posición frente al activismo judicial o, en su caso, frente a la restricción judicial, agrupándose las posturas en apologistas y críticos del protagonismo de los jueces constitucionales. Dentro del primer grupo, se ubican precisamente los originalistas, cuya postura surge en el panorama anglosajón, como respuesta crítica a los tribunales progresistas Warren y Burger, estando representada por altos jueces como Scalia, Berger, Bork, o Rehnquist, entre otros.

Los originalistas norteamericanos aducen que sobre todo, a partir de la segunda mitad del siglo XX, algunas de las más importantes decisiones sociales, políticas y económicas han sido llevadas a cabo por los jueces, —y sobre todo, los jueces de la Suprema Corte— en detrimento de las decisiones tomadas por los representantes populares. Y el originalismo intenta reivindicar, en plano deóntico, el papel supuestamente usurpado por el activismo judicial.

En este sentido y ubicada la postura originalista en un plano casi dogmático, se argumenta que las políticas públicas deben ser llevadas a cabo por los representantes electos.

En el lado más acendrado del originalismo se suele explicitar un reclamo a entidades tales como “la nación” y “pueblo” norteamericano quienes no deberían permitir a la oligarquía judicial usurpar el papel de los legisladores.

El rechazo al juzgador que tiende a “reescribir el texto constitucional” bajo el argumento de que realiza un trabajo interpretativo, así como el recurso a ciertos documentos considerados “fundatorios” de la nación, tales

⁸ Schlafly, Phyllis, *The Supremacists*, Dallas, Spence Publishing Company, 2004, p. 11.

como el propio texto constitucional norteamericano que en su artículo 5o. establece el procedimiento para enmendarla, buscan hacer evidente que el Poder Judicial no es parte en este proceso de reforma; así como el recurso a documentos histórico-ideológicos como las líneas de Hamilton, plasmadas en *El federalista*, en el sentido de que el Poder Judicial debería ser considerada siempre la rama menos peligrosa del gobierno porque Hamilton pensó que tenía la menor capacidad para vulnerar o injuriar los derechos constitucionales del pueblo norteamericano.

De la misma forma, en la línea argumentativa del originalismo ideológico se puede apreciar con nitidez el empleo del argumento de autoridad, al utilizar el recurso de personajes como Thomas Jefferson, a quien algunos originalistas consideran un defensor de esta corriente de pensamiento al predicar Jefferson en algunos de sus discursos la obligación de regresar, ante la presencia de problemas de construcción o dudas, al momento en que la Constitución fue promulgada; el deber de recoger el espíritu de los constituyentes manifestado en los debates, en lugar de intentar encontrar que sentido le va a ser asignado fuera del propio texto o de inventar uno en sentido contrario.

De alguna forma también, el recurso a la mano muerta del pasado tiene que ver con la actitud de considerar a la Constitución como una carta que no se puede tocar, cuando menos en sus “núcleos fundamentales”. La reforma al Poder Judicial ha actualizado la discusión por este punto.

En los medios de comunicación todos los días se ventilan los pasos de quiénes, desde la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para abajo, resisten la reforma. Por el otro lado, la jugada más reciente es la aprobación de otra reforma constitucional para que ya no quede duda interpretativa sobre la imposibilidad de promover mecanismos de revisión constitucional sobre reformas constitucionales.

Entre la gente no muy familiarizada con los vocablos y las nociones que diariamente se ventilan en este tema y dada entre los poderes formales, se percibe cierta confusión. La reforma ha traído a la escena conceptos y debates tanto teóricos como doctrinales que no suelen pertenecer al dominio público. Una de ellas, por ejemplo, la misma noción de una reforma constitucional. Otra, la del poder revisor de la Constitución.

Para aludir a la primera, quizá sea conveniente partir de la distinción que estableció e hizo famosa James Bryce. El profesor irlandés distinguió

entre Constituciones rígidas y flexibles, cansado, tal vez, de la simple separación entre Constituciones escritas y no escritas. En suma, una Constitución es flexible cuando se puede modificar o reformar siguiendo un procedimiento legislativo ordinario; en cambio, una Constitución se considera rígida cuando para reformarla se requiera un procedimiento más complejo. La nuestra, teóricamente, se concibe como una carta fundamental rígida, puesto que para su cambio se requiere algo más que la participación del Congreso de la Unión, en este caso, se necesita, de acuerdo con el artículo 135 de la misma, la aprobación de la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas. Por supuesto, pese a su concepción de presunta rigidez, la nuestra es una de las Constituciones más reformadas del mundo.

Un estudio reciente del investigador César Alejandro Giles, del Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, arrojó que, desde su promulgación en 1917 hasta el 1o. de febrero de 2024, se han aprobado 256 reformas constitucionales mediante las cuales se modificaron diversos artículos en 770 ocasiones. Un dato digno de resaltar también es que de los 136 artículos que tiene la Constitución, solamente 19 se han mantenido sin cambios.⁹

Siendo la nuestra una Constitución continuamente reformada, existen prejuicios que hacen ver como peligroso o indeseable la presencia de tanto cambio constitucional. Al respecto, quizá valdría la pena recordar que el cambio constitucional es un mecanismo jurídico y político que permite que las cartas fundamentales no se atrincheren. Envuelve también otros aspectos democráticos, como el convertirse en una herramienta que impide que generaciones anteriores impidan la toma de decisiones y la introducción de valores y principios de las nuevas generaciones. En ese sentido, la presencia de “clausulas pétreas o inamovibles” es también una cuestión altamente debatida en las teorías jurídicas y políticas contemporáneas.

La reforma al Poder Judicial también trajo consigo revivir la disputa sobre si una reforma constitucional puede ser anticonstitucional.

La cuestión gira en torno a quienes sostendrían que una reforma constitucional, como la que modifica el aparato judicial mexicano, puede ser inconstitucional y están buscando los recursos y procedimientos para hacer

⁹ Giles, César Alejandro, “Las reformas a la Constitución en la era de la alternancia, Instituto Belisario Domínguez”, *Notas estratégicas*, Senado de la República, núm. 215, febrero de 2024, disponible en: <https://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/handle/123456789/6152?show=full>.

valer lo que ellos consideran es una realidad. No se puede pasar por alto que ha sido una cuestión controvertida; sin embargo, la temática ya ha sido abordada desde hace muchos años atrás, tanto por la propia jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana, como por lo mejor de la doctrina constitucional tanto nacional como extranjera.

Si nos detenemos en el camino que ha seguido la disputa a nivel de tesis jurisprudenciales emitidas por la Suprema Corte Mexicana, la cuestión ya ha sido zanjada desde hace mucho tiempo. Múltiples tesis que van desde las primeras décadas del siglo XX hasta hace poco tiempo, han enfatizado la facultad suprema del poder constituyente revisor para modificar preceptos sin más límites que ciertos principios que nada tienen que ver con los contenidos de una reforma como la recientemente aprobada. Otras han hecho énfasis en que todas las normas de la Constitución cuentan con la misma jerarquía y ninguna de ellas puede declararse inconstitucional. Otras más han forjado la consideración de que los preceptos constitucionales no pueden ser contradictorios entre sí. En la década de los setenta, ante la disputa que suscitó una reforma llevada a cabo sobre otros artículos de la Constitución, una tesis asentó que

las reformas a los artículos 49 y 131 de la Constitución no adolecían de constitucionalidad, ya que jurídicamente la Carta Magna no tiene ni puede tener contradicciones, de tal manera que, siendo todos sus preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás... La Constitución no puede ser inconstitucional; es un postulado sin el cual no se podría hablar de un orden jurídico positivo, porque es precisamente la Carta Fundamental la que unifica la pluralidad de normas que componen el derecho positivo de un Estado.

Más adelante señala que la Constitución

únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con las disposiciones de la misma que en el derecho mexicano se contienen en el artículo 135 constitucional, y únicamente por conducto de un órgano especialmente calificado pueden realizarse las modificaciones o adiciones, y por exclusión, ningún otro medio de defensa legal como el juicio de amparo es apto para modificarla.¹⁰

¹⁰ Amparo en revisión 8165/62, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vol. 39, 22 de marzo de 1972, p. 22.

Ya existe pues, como se aprecia, una línea de trabajo interpretativo sobre la cuestión. Ahora bien, todo esto nos hace recordar que hace algunas décadas, el gran iusfilósofo norteamericano, Ronald Dworkin, planteó la metáfora de la “novela en cadena”, sobre todo, a propósito de la tarea de los jueces constitucionales. La metáfora es simple: cada nuevo escritor del desarrollo jurisprudencial tiene el deber de respetar la coherencia de la novela como un todo. No se vale, entonces, adicionar capítulos que vayan en contra de la integridad del trayecto jurisprudencial. Para nuestros efectos, eso traería consigo, entonces sí, una crisis constitucional. Las convicciones estrictamente personales derivadas de los propios intereses de los juzgadores resultan contrarias a la materialización de una adecuada novela en cadena.

Bibliografía

- Aristóteles, *La política*, México, Porrúa, 1976.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría General de la Política*, Madrid, Trotta, 2002.
- BURITICÁ-ARANGO, Esteban, “Control de constitucionalidad y tiranía de la mayoría: un análisis crítico de la protección judicial de las minorías en los Estados democráticos”, *Revista derecho del Estado*, núm. 58, 2023.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- GILES, César Alejandro, “Las reformas a la Constitución en la era de la alternancia, Instituto Belisario Domínguez”, *Notas estratégicas*, Senado de la República, núm. 215, febrero de 2024, disponible en: <https://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/handle/123456789/6152?show=full>.
- LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Trotta, 2002.
- LYONS, David, *Aspectos morales de la teoría jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*, Barcelona, Gedisa, 1998.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, México, Taurus, 2003.
- SCHLAFLY, Phyllis, *The Supremacists*, Dallas, Spence Publishing Company, 2004.