

EL PAPEL DE LOS JUECES EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

“La elaboración Judicial del derecho que reduce la brecha entre el derecho y la sociedad debe ser consistente no sólo con los valores básicos de la sociedad, sino también con la percepción fundamental que la sociedad tiene de la función del Judicial.” (Barak 2009: 9)

Por Juan Jaime González Varas

2014

RESUMEN: El presente ensayo pretende describir el papel de los jueces en una democracia constitucional, a partir de su comportamiento como entes políticos, su relación con otros poderes y su función jurisdiccional. Se estima que aunque tradicionalmente se habla de “una expansión del Poder Judicial”, lo cierto es que no se debe apreciar como una situación de superación por y sobre los demás poderes, sino como un desarrollo evolutivo de equilibrio institucional a favor de los derechos humanos. El papel del juez ha evolucionado de un mero aplicador de la norma, a un intérprete y guardián de la constitución y la democracia. En ese sentido todos los poderes están llamados a velar por los derechos humanos y la consolidación de la democracia. Las figuras de creador (legislativo), ejecutor (ejecutivo) y aplicador (judicial) han quedado superadas por principios y valores fundamentales en torno a la persona humana.

SUMARIO: *(I) Introducción, (II) A manera de preámbulo: El papel del Juez y del Poder Judicial en una democracia. ¿Cuestión política o jurisdiccional?, (III) El comportamiento político de los órganos judiciales, (IV) La relación de las cortes con otros poderes, (V) El comportamiento jurisdiccional respecto de la democracia (la paradoja contramayoritaria)*

RESUMEN: *El presente ensayo pretende describir el papel de los jueces en una democracia constitucional, a partir de su comportamiento como entes políticos, su relación con otros poderes y su función jurisdiccional. Se estima que aunque tradicionalmente se habla de “una expansión del Poder Judicial”, lo cierto es que no se debe apreciar como una situación de superación por y sobre los demás poderes, sino como un desarrollo evolutivo de equilibrio institucional a favor de los derechos humanos. El papel del juez ha evolucionado de un mero aplicador de la norma, a un intérprete y guardián de la constitución y la democracia. En ese sentido todos los poderes están llamados a velar por los derechos humanos y la consolidación de la democracia. Las figuras de creador (legislativo), ejecutor (ejecutivo) y aplicador (judicial) han quedado superadas por principios y valores fundamentales en torno a la persona humana.*

PALABRAS CLAVE: *Jueces, Tribunales Constitucionales, Democracia, Política y Derecho, Paradoja contramayoritaria.*

* * *

Introducción

La relación entre política y derecho ha tomado un nuevo cause debido a la creciente importancia que adquiere la actividad judicial al intervenir y procesar conflictos políticos (Ansolabehere, 2005); sin embargo, en los países con democracias jóvenes la politización de la justicia no constituye un fenómeno

homogéneo, pues las diferencias en los modelos dependen directamente del tipo de relaciones que se dan entre las Cortes Supremas de Justicia y las instancias inferiores del poder judicial, e –inclusive- tampoco existe un término unívoco sobre lo que se entiende propiamente por politización de la justicia. Al respecto, precisa que en su opinión, dicho concepto hace referencia al cambio en tres tipos de funciones que cumple el poder judicial: **(i)** salvaguardar la constitución frente a las decisiones políticas, **(ii)** la de árbitro en conflictos en torno a los alcances y límites del poder político; y, **(iii)** la fiscalización de la tarea de los políticos (Ansolabehere, 2005:41).

Sin embargo, las posturas sobre los roles que debe cumplir el poder judicial en una democracia son variadas, desde quienes aceptan una intervención judicial máxima, hasta quienes niegan la intervención del poder judicial en cuestiones que atañen al ámbito de los político, o bien, de lo propiamente legislativo.

En este sentido es importante detenernos en analizar, ¿cuál es el comportamiento jurisdiccional respecto de la democracia?, ¿cuál es el comportamiento político de los órganos judiciales?, y ¿cuál es la relación de las cortes con los otros poderes? Por cuestiones de metodología de los planteamientos se propone lo siguiente: En primer lugar se pretende describir a la Corte como un órgano político (y no eminentemente jurisdiccional). A partir de ello, se puede comprender su interrelación con otros poderes; y finalmente, la necesidad de su intervención o participación en la consolidación de una democracia.

* * *

A manera de preámbulo: El papel del Juez y del Poder Judicial en una democracia. ¿Cuestión política o jurisdiccional?

Para Aharon Barak (2009:1) las dos grandes funciones –simultáneas y complementarias- que lleva a cabo un tribunal constitucional para consolidar la más amplia acción correctiva de todo un sistema son: cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad y proteger la democracia. En ese sentido el autor sostiene que la labor de los jueces consiste en disminuir la distancia que hay entre la sociedad (basada en una realidad objetiva y cambiante) y el derecho equilibrando la necesidad de cambio y la necesidad de estabilidad considerando para tal efecto: la coherencia del sistema;

los poderes y limitaciones del Poder Judicial; y, la forma en que se percibe su función (Barak 2009: 3 y 4).

En ese sentido, hoy en día resulta claro –en mayor o menor medida- que la labor de un juez no queda limitada al pronunciamiento de sus sentencias en las que conste la aplicación e interpretación de las Leyes (Constitución) en las que se resuelve un determinado caso concreto, pues, sus criterios van más allá de tal suerte que se fijan lineamientos para el correcto ejercicio del poder público; es decir, su influencia tiene una doble acción: correctiva y de cambio social, que en esencia desembocan en la defensa de la Constitución, los derechos humanos y por ende, en la construcción y consolidación de una democracia.

Conforme lo anterior, hay autores como Shepsle y Bonchek (2005: 388-393) que se preguntan qué son los tribunales, para cuyo análisis, proceden a en primer lugar tratar de determinar el tipo de funciones que llevan a cabo, dotando de cierto énfasis a su carácter jurisdiccional: **(i)** Solución de conflictos; **(ii)** coordinación, pues, sus decisiones permiten a los particulares forjarse expectativas racionales y coordinar acciones previniendo posibles disputas; y **(iii)** interpretación de normas, porque determinan lo que significan ciertas disposiciones jurídicas (normas y principios judiciales) y cuál de ellas es aplicable al caso¹.

Así las cosas, en opinión de Shepsle y Bonchek (2005: 397 y 398) toda decisión judicial comprende, al menos en parte, que el juez se pronuncie por alguna de las partes, esto implica un tipo de votación, pero, también decide explicando los motivos que le han llevado a tomar dicha decisión, lo cual lleva implícito un

¹ Mencionan que para determinar quiénes son los jueces y qué quieren, es necesario conceptualizar la acción de juzgar y otros comportamientos similares como respuestas racionales al medio ambiente legal y político. Un aspecto de este modelo de análisis es aquel que se denomina analogía con actividad sin fines de lucro, porque el juez no busca su mayor beneficio económico, sino que tiene otro tipo de motivaciones como el prestigio, la popularidad o la reputación (Shepsle y Bonchek 2005: 394- 396). Otra forma de observar la función que lleva a cabo el juzgador de acuerdo a Ponseres citado por Shepsle y Bonchet (2005: 1) consiste en “el juez como espectador”, donde el punto de vista no es el de alguien pasivo, sino más bien como el de alguien activamente comprometido con el drama que tiene el lugar, que se identifica con uno o más de los participantes y da vueltas a las ambigüedades morales que plantea el drama.

pronunciamiento con base en ideas y conceptos respecto a hechos, principios, razonamientos legales y valores morales.

Por su parte, otros autores como Helmke y Staton (2010: 519-520) sostienen que la importancia de las Cortes en América Latina se centra –entre otras cosas- en asegurar la solvencia del Estado y el orden democrático, alentar el crecimiento y desarrollo, así como en proteger los derechos humanos; es decir, si bien no dejan de observar el carácter jurisdiccional, enfatizan las finalidades últimas del despliegue de facultades; y consideran “tres cuellos de botella” en los procesos de judicialización: las decisiones individuales para imponer demandas legales, las decisiones de los Jueces y las respuestas del gobierno.

Finalmente, autores como Dhal (2008) enfatizan el carácter político de las Cortes (observando el caso estadounidense) considerándolas como verdaderos entes creadores de políticas nacionales.

Corolario de lo anterior, y a manera de conclusión preliminar, es viable decir que el papel del Juez Constitucional o bien de las Cortes (como tribunales constitucionales) en una democracia puede ser estudiado desde una perspectiva política o bien desde su carácter eminentemente jurisdiccional, pero aun considerando en un extremo el carácter político y en el otro enfatizando su labor jurisdiccional y los maticen que se encuentran entre un extremo y otro, parece haber un consenso sobre su función (en mayor o menor medida) en la consolidación de una democracia constitucional.

* * *

El comportamiento político de los órganos judiciales

Robert Dhal (2008:141) al referirse a la Corte Suprema de Estados Unidos, señala que considerarla como una institución estrictamente jurídica es subestimar la importancia que tiene para el sistema político estadounidense, así la describe como un ente creador de políticas nacionales al referirse a la toma de decisiones en una democracia. Lo anterior, toda vez que en la mayoría de los casos que llegan ante la

Corte, los estudiosos se encuentran en desacuerdo, la Constitución resulta demasiado general, vaga o ambigua y es posible –inclusive- encontrar precedentes en diversos sentidos; por tanto, aunque generalmente existe un grado de acuerdo considerable en cuanto a las alternativas, existe un desacuerdo en cuanto a las consecuencias y las probabilidades sobre el sentido de una decisión. Finalmente, concluye que la Corte (refiriéndose a la estadounidense), en su mejor faceta, funciona para conferir legitimidad, no simplemente a las políticas particulares y parroquiales de la alianza política dominante, sino también a los patrones básicos de comportamiento que se requieren para que una democracia funcione (Dhal, 2008: 161).

Personalmente comparto en gran medida las consideraciones que para tal efecto formula Dhal; sin embargo, me gustaría mencionar que –en mi opinión- los órganos judiciales son órganos políticos por naturaleza. La política en cuando “administración del poder” se encuentra inmersa en el sistema de gobierno y, por tanto, hace partícipe a cualquier interlocutor o factor de poder que interviene en él. Restar su importancia política, es –inclusive- restar importancia a los alcances jurisdiccionales y su posible efecto transformador. Por ello, el comportamiento político de un órgano judicial está dado por los siguientes factores: **(i)** En un primer nivel (orgánico) por su propia relación con otros poderes y la necesidad de interrelación, diálogo y coordinación; y en un segundo nivel (sustantivo) por **(ii)** los alcances y efectos de sus resoluciones jurisdiccionales (que pueden tornarse en verdaderas decisiones políticas), y, **(iii)** relacionado con el punto anterior, su labor interpretativa.

Ahora bien, en mi opinión, el comportamiento político de las Cortes en muchos casos ha sido satanizado, fundamentalmente –y con razón- porque se le vincula con un problema de independencia judicial como si dicho comportamiento se redujera a un estudio de las resoluciones de los jueces con apego o desapego a la “línea gubernamental” encausada generalmente por el poder ejecutivo. Pero el comportamiento político judicial, no siempre es malo, y en algunos casos me atrevería a mencionar que es hasta deseable.

Al respecto, considero que hay que diferenciar dos circunstancias: **a)** Lo que llamaré el carácter político lícito y deontológico de las Cortes; y por otro lado, **b)** La desnaturalización de la política judicial (que es precisamente un comportamiento

que responde a intereses individuales y antidemocráticos de los agentes como por ejemplo el apego a una determinada línea gubernamental). Es por ello, que para efectos del desarrollo del presente apartado, preciso que considero deseable aquel comportamiento político –lícito y deontológico- que tiende a la construcción de la política pública y social en pro de los derechos humanos a través de los alcances de las resoluciones jurisdiccionales.

Conforme lo anterior, Helmke y Staton (2010: 538) se plantean la siguiente interrogante: ¿Por qué los jueces apoyan o confrontan al gobierno? Para dar respuesta a ello, clasifican a las Cortes en expansivas (que cuestionan las políticas públicas del gobierno y asumen los costos por la acción); limitadas (no confrontan las decisiones ni las políticas del gobierno); y, partidistas o partidarias (que comparten las preferencias políticas del gobierno). En mi opinión aquellas que llaman expansivas o limitadas pueden responder al carácter político lícito y deontológico, en el entendido de que una corte limitada se encuadrará en un “comportamiento político prudente o pasivo”; es decir, no se hace más allá de lo estrictamente necesario; y una Corte expansiva será en mayor medida portuaria de un “comportamiento político activo”. Y por otro lado, aquellas que denominan partidarias, no pueden ser sino aquellas que responden a lo que he llamado la desnaturalización de la política judicial.

Pero si el comportamiento político de una Corte es aceptado, luego entonces, ¿cuál es el problema? Partimos de la base de que el comportamiento de los jueces también se ve influido por factores institucionales, temporales y por las decisiones de otros actores, y en ese sentido se sostiene que las preferencias institucionales consideradas por los juzgadores al momento de impugnar o no una política pública, se relacionan con la reacción que pueda originarse tanto en los litigantes como en los políticos, e incluso en la reacción del público que podría o no respaldar esa decisión (Helmke y Staton, 2010).

Para dar respuesta a lo anterior mencionaremos lo que sostiene Robert Dahl (2008:142) al decir que “lo que es crítico es la medida en la cual una corte puede tomar, y toma, decisiones de política apartándose de los criterios legales establecidos en los precedentes, las leyes y la Constitución”; pues, por mucho que se manipule la teoría democrática no se puede ocultar el hecho de que un sistema en

el cual las preferencias de la política de las minorías se imponen sobre las mayorías se contraponen a los criterios tradicionales que sirven para distinguir una democracia de otros sistemas políticos (Dhal, 2008: 147). Es por ello que siguiendo a Barak (2009:5), considero que resulta indispensable que se garantice la consistencia en las decisiones judiciales la cual implica: que los jueces deban argumentar las razones (motivar) por las que se apartarán de un determinado precedente; y, que en casos similares el juez actúe de forma similar, a menos que haya una razón para hacer una distinción garantizando así la congruencia de todo el sistema de forma evolutiva y no revolucionaria (Barak 2009: 6).

Con base en lo anterior, se puede concluir que el comportamiento político de los órganos judiciales, siempre y cuando se conduzca de manera lícita y ética, es un factor determinante en la consolidación de una democracia. No pasa desapercibido que para el estudio del comportamiento político de un determinado órgano judicial es importante considerar diversos factores relativos a su conformación institucional y su capacidad de control (al interior, y al exterior). No obstante lo anterior, lo que se pretende en estas líneas es llegar a una primera aproximación sobre la naturaleza intrínseca de carácter y comportamiento político de las Cortes en un sistema de gobierno determinado.

* * *

La relación de las cortes con otros poderes

Una vez determinado el carácter político de las Cortes, y siguiendo la metodología argumentativa reseñada para el presente ensayo, es claro que si los órganos judiciales constitucionales como “Poder Judicial” se encuentran inmersos en un sistema de pesos y contrapesos de coordinación, y por tanto, se tengan diversos puntos de contacto (o relación) con los otros poderes, a saber, ejecutivo y legislativo.

Respecto del poder legislativo, Aharon Barak sostiene que es el primer actor que debe reducir la brecha entre la sociedad y el derecho (en lo que las leyes se refiere); y por tanto, pueden existir dos posturas respecto al papel que el juez desempeña en esa tarea (relación judicial-legislativa): a) Un modelo de sociedad (apoyado por el autor) donde el juez comparte la función de creación e implementación de leyes aunque de manera limitada; y, b) un modelo de agencia,

donde el juez tiene que actuar conforme a las instrucciones de la legislatura como un funcionario inferior limitado (Barack 2009: 10).

Al respecto, Posner citado por Shepsle y Bonchec (2005: 400 a 403) idealiza a los jueces como “legisladores con toga”, pues, al igual que los legisladores, tienen preferencias políticas, y, aunado a ello sus decisiones dan forma al ámbito legal en el que interactúan particulares y autoridades, siendo de suma importancia para la estructuración y ejecución de las políticas públicas; por lo que es claro que los tribunales forman parte de las relaciones intergubernamentales, especialmente en el ámbito de las políticas públicas; es decir: el legislador formula las políticas; el ejecutivo las implementa a través de diversos procedimientos administrativos; y, finalmente el judicial –cuando así se requiera- dictamina si la política formulada e implementada se ajusta a la Constitución y a la ley (Shepsle y Bonchet 2005: 403).

Por su parte, Helmke y Staton (2010: 528-529) desarrollan una teoría de los “choques entre poderes” con base en diversos argumentos que se han desarrollado en la doctrina sobre las relaciones entre las distintas ramas de un Estado de derecho. Así las cosas, combinan las siguientes características: **(i)** Al igual que los modelos existentes sobre política judicial se explora el conflicto entre poderes dentro del contexto de interacción estratégica en un mundo incierto; **(ii)** Se toma en serio la idea de que los jueces pueden intercambiar control sobre resultados políticos inmediatos a fin de beneficiar una estrategia de largo plazo para el fortalecimiento institucional; **(iii)** pero también se considera cómo los actores reducen la incertidumbre a través de la repetición del juego, y cómo este proceso impacta los incentivos de los actores para revelar información privada sobre sus preferencias; **(iv)** finalmente, se asume que los jueces se guían más por preferencias que por resultados políticos públicos, pero también se ocupan de intereses institucionales².

2

Actores	Modelo Ideal (Los jueces disfrutan de independencia)	Modelo Empírico (Los jueces carecen de independencia)
Los jueces	Impugnan la decisión del gobierno	Son prudentes y se repliegan estratégicamente (inclusive completamente serviles con el gobierno)
Los litigantes	Deciden acudir a la Corte	Deciden no acudir a la Corte
Los políticos	Respetan las decisiones de la Corte y no son capaces de imponer sanciones.	Son capaces de imponer castigos, y los Jueces se repliegan estratégicamente ex ante.

Así las cosas podemos apreciar, que la relación de las Cortes con otros poderes también se puede ver desde un comportamiento político (posibilidad de diálogo, interacción o coordinación) o desde las características propias del “rol del Poder Judicial” (control constitucional judicial de leyes y sus efectos). Es importante mencionar, que ambas circunstancias son dos caras de una misma moneda, y que no todo es negro ni blanco, pues, la relación con otros poderes con base en un control judicial puede circunscribirse en situaciones de comportamiento político.

Ahora bien, dentro de las posibilidades de relación de las Cortes con otros poderes encontramos lo que Linares (2008: 200) llama “posibilidad de diálogo” que en sentido general supone una forma de comunicación en al menos tres fases: opinión, respuesta y réplica. Por otro lado, agrega dos elementos más aplicables al diálogo interorgánico (entre las distintas instituciones del poder público como las Cortes y el Congreso) que son: Que el diálogo tiene que ser libre y centrado en principios que cualquier persona pueda razonablemente suscribir; y, que cada parte ofrezca razones en apoyo a su decisión (Linares, 2008: 220-221). En ese sentido, estima que un diálogo genuinamente democrático se caracteriza por el contexto de inclusión y participación en pie de la igualdad en que se desarrolla la comunicación entre los participantes³ (Linares, 2008: 221). Este tipo de diálogo interorgánico que refiere el autor se explica en términos propios de control constitucional pero fundamentado en decisiones de eminente carácter político. Al respecto el autor describe una variedad de posibilidades de diálogo, entre ellas la opinión consultiva propia de un modelo robusto de revisión judicial (Linares, 2008: 205), la cláusula

³ En cuanto a los Estados que poseen constituciones rígidas y supermayoritarias que sí permiten el control constitucional de las leyes, el diálogo interorgánico se desarrolla del siguiente modo: A. En el sistema europeo cuyo control de constitucionalidad tiene efectos generales las posibilidades de diálogo se reducen al máximo, cuando la Corte declara inconstitucional una ley. Una vía alterna de comunicación es la interpretativa, surge sólo si la Corte no invalida la norma y opta por otro tipo de sentencia (aditiva, sustitutiva, interpretativa, etc.) (Linares, 2008: 202-203) B. En el sistema americano cuyo control de constitucionalidad tiene efectos particulares existe una posibilidad de diálogo puesto que la ley se sigue aplicando. El Congreso puede responder a los argumentos señalados por la Corte, lo que propicia un tipo de comunicación que se perfila con el desarrollo de jurisprudencia (Linares, 2008: 204).

notwithstanding o “no obstante los derechos” propia de sistemas con una constitución rígida.

No obstante lo anterior, no comparto del todo la afirmación de Linares en el sentido de considerar que cuando el Congreso tiene la última palabra en el diálogo interorgánico, la decisión tendrá características democráticas pues prevalece la opinión que emana del procedimiento que respeta mejor el derecho de participación en pie de igualdad; por el contrario, si la decisión final queda en manos de la justicia constitucional, entonces gozará de títulos democráticos más débiles. Lo anterior, fundamentalmente porque el diálogo interorgánico debe ser un proceso de retroalimentación, de argumentación, fundamentación debate y persuasión; pero no en esencia –aún con la tensión propia de la división de poderes- un proceso de contradicción y de posturas absolutas. Por otro lado, la situación sobre la legitimidad de uno u otro poder con relación a la democracia, no puede aceptarse como dogma la calidad democrática de un poder electo a otro que no lo fue; pero precisamente dicha circunstancias será materia de estudio en el siguiente apartado.

* * *

El comportamiento jurisdiccional respecto de la democracia

Finalmente nos queda un punto a desarrollar. Ya se describió de manera breve el comportamiento político, y a partir de ahí se explicó brevemente la relación de las Cortes con otros poderes. Cuando se describió las relaciones interorgánicas entre poderes, también se preciso que en mi opinión dichas relaciones podían analizarse desde una óptica más política o más jurisdiccional. Por tanto, dentro de dicha óptica jurisdiccional, resta estudiar precisamente el comportamiento jurisdiccional respecto de la democracia (o control de constitucionalidad en estricto sentido). Veamos.

Ansolabehere (2005: 42-45) nos habla de una paradoja sobre la consolidación de la democracia: su advenimiento nos conduce a su propia despolitización; por tanto, en los gobiernos democráticos, el poder judicial controla y revisa las acciones

del poder político, de manera tal que se constituye en un actor clave del juego político.

Conforme lo anterior, se pueden analizar dos posturas. La posición del poder judicial máximo donde se sitúa al juez como una garantía de moderación y prudencia frente a los excesos de la política. Y por otro lado, posiciones que denominadas partidarias de un “poder judicial mínimo” donde sin desconocer la importancia de la impartición de justicia, se considera que en un régimen democrático no es deseable que la última palabra la tengan funcionarios no electos como son los jueces (Ansolabehere, 2005: 43-44).

Aquellas posiciones a las que Ansolabehere ha denominado partidarias de un “poder judicial mínimo”, remontan a la discusión sobre la legitimidad democrática de un juez en un determinado sistema político para invalidar una ley, o bien determinados actos políticos: La paradoja contramayoritaria. En otras palabras, el control constitucional judicial tradicionalmente ha recibido diversas críticas de quienes lo consideran contramayoritario o antidemocrático toda vez que contraviene la voluntad de las mayorías ciudadanas representadas en los parlamentos y en ese sentido resulta cuestionable que un órgano judicial no electo (generalmente bajo criterios de mayoría) ni representativos de la ciudadanía pueda controlar –e incluso invalidar- las decisiones de los parlamentos elegidos democráticamente (Bickel: 1986; Holmes: 1999), y así poner en riesgo a la democracia con comportamientos que se consideran “excesivos” (Garapon: 1999).

Ahora bien, el papel del Juez (o bien del Poder Judicial) ha evolucionado a lo largo de la historia, en ese sentido Jiménez Sánchez (2002: 307-309) nos relata de manera sucinta su desarrollo, desde su concepción mínima o nula -entre los que ubica a Montesquieu, Beccaria y Adam Smith- hasta los primeros esfuerzos de Tocqueville por reconocer la naturaleza del Poder Judicial como un contrapeso del Poder Legislativo lo que produjo un giro en el pensamiento jurídico-político. Si esto es así, la pregunta obligada es ¿hasta dónde debe evolucionar o llegar el Poder Judicial? Tal parece que la discusión sobre la percepción del Poder Judicial en cuanto a “poder” ha sido superada; es decir, difícilmente podríamos encontrar a alguien que hoy en día sostuviera una posición de inferioridad del Poder Judicial respecto de otro y no por lo menos de coordinación en un sistema “democrático”. Sin embargo, la

discusión actual se centra sobre “la intensidad de control constitucional” o bien hasta donde debe llegar el papel del juez.

Muchos son los argumentos en concreto que matizan la paradoja contramayoritaria. Entre ellos, la paradoja de la “tesis originalista” que afirma que la Constitución es la expresión de la soberanía popular, implica que el valor democrático de la Constitución radica en el límite que ésta impone al proceso democrático y que a su vez permite su desarrollo (Salazar 2006: 203).

Sin embargo habrá que precisar como bien señala Salazar (2006:210) que los derechos fundamentales son derechos contra la mayoría y, por lo tanto, ninguna mayoría (ni siquiera la unanimidad) puede decidir su reducción o abolición; es decir, el fundamento democrático del pacto constitucional sobre los derechos fundamentales no radica en el hecho de que nadie haya sido excluido de su celebración sino en el hecho de que éste no contemple la exclusión de ninguno⁴. Conforme lo anterior, el grado de democratización de un determinado ordenamiento constitucional no depende de la forma o de los sujetos que participaron en el contrato, sino de sus contenidos: los derechos fundamentales son el parámetro para valorar la igualdad jurídica y ésta representa la dimensión sustantiva de la democracia (Salazar 2006: 210).

Por lo que se refiere a las objeciones que cuestionan la tesis que defiende el valor democrático de la constitución tenemos que destacan tres principalmente: a) la objeción a que sea históricamente cierto que en los países democráticos constitucionales la constitución haya sido aprobada por un poder constituyente

⁴ Como sustenta Salazar (2006: 213 – 215 y 251) existen diversas tesis sobre **el contenido de las decisiones y la forma en que son adoptadas en el modelo democrático constitucional**. Así tenemos –entre otras- las siguientes posturas: **(i)** La legitimidad democrático-constitucional de una decisión depende de su contenido, la esfera de lo indecible, y no del procedimiento por el que fue adoptada (Luigi Ferrajoli); **(ii)** La participación es indispensable y en ese sentido, la legitimidad del contenido de una decisión depende del proceso mediante el cual fue adoptada (Santiago Ninó); y, **(iii)** La representación democrática sólo está justificada si respeta los derechos de las personas a los bienes primarios y procura la satisfacción de los deseos secundarios (Ernesto Garzón Valdés).

democrático; b) la réplica que afirma que constitución rígida implica inevitablemente la tiranía de los antepasados sobre los ciudadanos del presente; c) la tesis que sostiene que la teoría del vínculo preventivo, defendida entre otros por José Juan Moreso, adolece de justificación democrática.” (Salazar 2006: 232 y 233)

Por su parte, entre las tesis que destaca Salazar (2006: 252- 259) sobre el control de constitucionalidad señala las siguientes: **(i)** Waldron defiende la importancia de los derechos fundamentales pero considera que la constitución pretende ignorar los desacuerdos que hay entre las personas, por lo tanto rechaza todo mecanismo jurídico que se haya diseñado para proteger la Constitución; **(ii)** Santiago Nino reconoce la supremacía constitucional, se opone al coto vedado pero se mantiene dentro de la teoría del constitucionalismo y justifica en ciertos casos el control de constitucionalidad; y, **(iii)** Hart Ealy propone una defensa del constitucionalismo fuerte con una defensa de la democracia, por esa razón considera que el control de constitucionalidad es un medio para proteger la forma democrática de gobierno.

Como se puede apreciar, la naturaleza contra-mayoritaria del control de constitucionalidad es polémica. Pero en mi opinión, el problema fundamental es considerar a la democracia en términos estrictamente mayoritarios. La paradoja de la paradoja contramayoritaria es precisamente esa: Si se privilegia el carácter mayoritario de la decisión política como factor determinante de la calidad democrática, se corre el riesgo de ponerla en riesgo. Democracia no es igual a elecciones, ni tampoco es igual a mayoría. Inclusive la propia legitimidad “democrática” de los órganos legislativos resulta cuestionable por una crisis de representatividad –en la que no se profundizará por el momento- pero, ¿de verdad se representan los intereses ciudadanos? La legitimidad de un órgano jurisdiccional constitucional está dada por diversos factores, y no necesariamente a través del ejercicio del voto.

Así las cosas, considero que el control de constitucionalidad es una herramienta indispensable en un estado democrático, pues, de alguna manera se tiene que limitar y controlar el ejercicio del poder político. Pero por todo lo anterior, recalco con convicción la ciudadanización de los procesos políticos tanto a nivel legislativo, como de control jurisdiccional-judicial, como al momento de la

implementación y ejecución de políticas (ejecutivo); esto es, el fortalecimiento de mecanismos de participación a favor de los ciudadanos y de rendición de cuentas (por parte de los tres poderes). La democracia se debe medir precisamente conforme al debido reconocimiento, ejercicio y garantía de los derechos humanos de los ciudadanos. La verdadera paradoja (ahora fáctica) es esa: La discusión y el debate se centrará en un problema de tensión –de pesos y contrapesos- entre poderes (para ver quién puede más y quién puede menos); o la discusión debe versar sobre mecanismos de coordinación entre poderes pero donde el centro del debate siempre sea la persona y los derechos humanos.

* * *

BIBLIOGRAFÍA:

1. Aharon Barak, (2009). “Un juez reflexiona sobre su labor: El papel de un tribunal constitucional en una democracia”. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp.1-38 (Capítulo I).
2. Ansolabehere Karina, (2005) “Jueces, Política y Derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia”, Isonomía No. 22, (Abril 2005), pp. 39-60.
3. Ansolabehere Sesti, Karina (2007) . La política desde la justicia : cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México / Karina Ansolabehere. México : Fontamara : Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede México, 2007. 276 pp.
4. Bergallo Paola, “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, Mimeo, pp. 1-30.
5. Bickel, Alexander M. (1986), “The least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics”. New Haven, CT: Yale University Press.
6. Charles Sabel y William H. Simon, (2004), “Derechos desestabilizadores”, Gajet, Argentina. Leer todo el texto que consta de 16 páginas.
7. Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional (1o. : 2008 may. 14-17 : Cancún, Quintana Roo, México). El juez constitucional en el siglo XXI /

coordinadores Eduardo Ferrer Mac-Gregor, César de Jesús Molina Suárez.
México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de
Investigaciones Jurídicas : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009. 2 t.

8. Dhal, Robert 2008 [1957] “La toma de decisiones en una democracia: la Suprema Corte como creadora de políticas nacionales”, en “Tribunales Constitucionales y Democracia”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, pp. 141- 161.
9. Doménech Pascual, “Descentralización administrativa y experimentalismo democrático”, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, no. 52/53, pp.43-67.
10. Garapon, Antoine (1999). “Juez y Democracia: Una reflexión muy actual, Flor del Viento, 1999, 288pp.
11. Gretchen Helmke y Jeffrey K. Staton, (2010). “El rompecabezas de la política judicial en América Latina: una teoría sobre el litigio, las decisiones judiciales y los conflictos entre poderes” en “Tribunales Constitucionales en América Latina”, coordinadores: Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 517-562.
12. Holmes, Stephen (1999). “Constitucionalismo y la paradoja de la democracia”. Jon Elster y Rune Slagstad (eds.) Constitucionalismo y Democracia. México: Colegio Nacional de Ciencias Penales y Administración Pública- Fondo de Cultura Económica. Capítulo 2 (pp. 89-110).
13. Jiménez Sánchez, José Joaquín (2002), “La legitimidad del juez constitucional”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, año 2002, núm. 36, p. 307.
14. Kenneth A. Shepslee y Mark S. Bonchek, 2005. “Las formulas de la política. Instituciones, racionalidad y comportamiento”. México: Tauros y Cide, pp.387-412. (Capítulo 15).
15. Linares Sebastián, 2008. “La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes”. Madrid: Marcial Pons, pp.199-239 (Capítulo V).
16. McLachlin, Beverley, 1943- . . Ser juez en una democracia constitucional / Beverley McLachlin. México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002. 32 p.
17. Salazar, Pedro (2006) en La democracia constitucional una radiografía teórica, México FCE, pp. 197-263 (Capítulos IV y V).

