

La legitimidad de la justicia constitucional en un sistema democrático¹

Marisol Peña Torres²

Introducción

Mis primeras expresiones, esta tarde, son de alegría y de gratitud. De alegría, porque esta Conferencia Iberoamericana es una nueva oportunidad de reencontrar a quienes hacen de la justicia constitucional una realidad palpable en cada uno de nuestros países y, porque siempre miramos con esperanza estas reuniones que nos permiten no sólo actualizar afectos creados hace ya bastante tiempo, sino que, también, compartir experiencias sobre los dilemas y desafíos que enfrenta nuestra misión de jueces constitucionales.

Debo expresar, asimismo, mi gratitud, muy sincera, al Tribunal Constitucional de República Dominicana –el más nuevo entre nosotros- y, particularmente a su Presidente, Magistrado Milton Ray Guevara, por el honor que me ha conferido, al invitarme a reflexionar, junto a ustedes, acerca de uno de los problemas más tradicionales de nuestros Tribunales: la permanente crítica referida a la falta de legitimidad de sus decisiones en el contexto democrático.

Estoy consciente que todos nosotros, en mayor o menor medida, nos hemos ido interiorizando de la naturaleza y alcance de esas críticas, que empezaron a levantarse desde el mismo momento en que Hans Kelsen difundió su pensamiento, especialmente, en “La garantía jurisdiccional de la Constitución”,

¹ Ponencia presentada en la X Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, realizada en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, el 14 de marzo de 2014.

² Profesora Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Presidenta del Tribunal Constitucional de Chile.

desde donde enfrentó, a su gran contendor intelectual, Carl Schmitt, en torno a la interrogante: ¿Quién debe ser el protector de la Constitución?

Luego, nada más pertinente que esta Conferencia, convocada bajo el lema “Normativa y supremacía jurídica de la Constitución”, destine algunos momentos a la reflexión de la llamada “objeción democrática” a la actuación de los Tribunales Constitucionales –llamados también “poderes contramayoritarios”- si, precisamente, la razón que ha inspirado tanto el surgimiento del control difuso como del control concentrado de la constitucionalidad de la ley ha sido la necesidad de defender la suprema norma rectora de la convivencia o, como leemos en la Constitución de Filadelfia de 1787, “el supremo derecho de la tierra.”

Desde esta perspectiva, mi intención, el día de hoy, no es volver, una a una, sobre las críticas que ha despertado la actuación de las Magistraturas Constitucionales, sino que invitarlos a entender por qué –pese a esa objeción- el rol de los Tribunales Constitucionales sigue siendo crucial en la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho en nuestros respectivos países.

Me parece que este planteamiento es de toda lógica si recordamos que el profesor francés Dominique Rousseau, nos recuerda que el siglo XIX fue el siglo de los Parlamentos, mientras que el siglo XX –y agregaríamos lo que va corrido del siglo XXI- están llamados a ser los siglos de la justicia constitucional³.

Una visión de contexto

El siglo XIX, en el que la mayoría de nuestras naciones se transformaron en Estados independientes de sus colonizadores, fue el siglo de los Parlamentos, porque la necesidad de dotar de una organización a esas incipientes formas

³ ROUSSSEAU (2002), p. 3.

estatales requería la actividad intensa de quienes pudieran dar vida a la normatividad general y obligatoria indispensable para sentar las bases de esa organización. Como sabemos, eran tiempos en que quienes accedían a las Asambleas Legislativas lo hacían sobre la base de un sufragio censitario, asociado a la posesión de cierto capital o de propiedades, que les permitieran dedicarse con holgura a la cosa pública.

Sólo los inicios del siglo XX, asociado a los diversos movimientos sociales que lo caracterizaron, permitieron que las bases de la representación se ampliaran favoreciendo el acceso a los Parlamentos de personas que no necesariamente formaban parte de las elites sociales de nuestros países. Podría decirse, entonces, que el siglo XX, de la mano de esos movimientos que reivindicaban una preocupación por los más desfavorecidos y que fue testigo, al mismo tiempo, de la substitución del sufragio censitario por el sufragio universal, resultó determinante para el fortalecimiento de la democracia representativa en nuestros Estados latinoamericanos.

Por otra parte, nuestros Códigos Civiles, al menos, en el caso de mi país, suelen definir a la ley como *“una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”* (Art. 1°). Esa expresión –“de la voluntad soberana”- tiene, según recordamos, una fuerte raigambre en el pensamiento de Juan Jacobo Rousseau, para quien, la ley es, justamente, expresión del “pacto social” que da origen a nuestras comunidades políticas y que, entre otras características, reviste la calidad de “infallible”, esto es, no se puede equivocar. A quién no ha impactado la frase de Rousseau, según la cual ¡quién no sigue la voluntad de la mayoría, expresada en la ley, está equivocado y sólo le cabe plegarse a la voluntad de la mayoría!

Nuestras democracias representativas, entonces, se desarrollaron bajo el imperativo de dotar a la ley de la potestad soberana necesaria para organizar a nuestros Estados, pero, asimismo, con un sello de infalibilidad que tornaba imposible cualquier posibilidad de error en la legislación. De esta manera, si cabía algún tipo de control sobre ella era el denominado “control político”, esto es, el que ejercía el propio Parlamento para corregir algún eventual error en su obra. Ejemplificador resultó, en este sentido, el artículo 164 de nuestra Constitución de 1833 que indicaba: “*Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos.*”

A su vez, y en lo que atañe al rol que los jueces podían ejercer frente a la legislación, se acuñó la clásica frase de Montesquieu, según la cual, “*los jueces de una nación no son (...) sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; son seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley.*”⁴

En este contexto, la legislación no sólo gozó de una infalibilidad incuestionable sino que, además, fue acompañada de credenciales democráticas que, hasta nuestros días, son irrefutables. Primero, porque las leyes gozan de una indiscutible legitimidad de origen, en la medida que provienen de quienes han sido electos directamente por los ciudadanos. Segundo, por el carácter plural y deliberativo que se atribuye al procedimiento legislativo⁵ que asegura que, aunque se imponga la voluntad de la mayoría, ello se hace escuchando y respetando los puntos de vista de las minorías y, muchas veces, incorporándolos a los consensos adoptados.

⁴ CAPELETTI (1986), p. 21.

⁵ LOPERA MESA (2001), p. 231.

Esta tradicional concepción de la ley y de su rol trascendente en la organización de nuestros Estados y en la configuración de nuestras democracias se ha visto desafiada, a través del tiempo, por fenómenos a los que me quiero referir, aunque sin ánimo exhaustivo:

1. Por el desarrollo de la noción de Estado de Derecho o “*rule of law*” que predica que las normas obligan por igual a gobernantes y a gobernados y que, entonces, no es posible que ninguna autoridad –ni siquiera el legislador- se sitúe por sobre la norma que de él emana. Con mayor razón, cuando Capeletti ha señalado que el siglo XX nos ha brindado una enseñanza: que la idea de Rousseau sobre la infalibilidad de las leyes parlamentarias no era sino otra ilusión que ha sido desvirtuada por el hecho de que el Poder Legislativo también puede cometer excesos. Agrega que “*esa posibilidad de abuso legislativo ha crecido enormemente con el crecimiento histórico de la legislación en el Estado moderno.*”⁶
2. Por la substitución del paradigma del Estado Liberal de Derecho por otro que proclama un Estado Social de Derecho, donde ya no sólo el valor de la libertad centra la preocupación normativa, sino que es necesario también promover el valor de la igualdad, particularmente en su dimensión de igualdad material o sustancial. Ante este desafío, los Parlamentos han resultado superados debiendo volverse la mirada hacia los Ejecutivos que, en virtud de legislación delegada o de medidas de excepción, han debido hacerse cargo de satisfacer esos imperativos de igualdad sustancial que el engorroso proceso legislativo no era capaz de abordar.
3. Por el impacto negativo que ha rodeado la actividad de los Parlamentos como consecuencia de la llamada “crisis de la democracia representativa”

⁶ CAPELETTI (1986), p. 27.

que hace que aquel elemento esencial de la relación entre el elector y su representante –la confianza- se haya debilitado por diversas razones, una de las cuales suele atribuirse a la mediación de un tercer agente en esa relación dual que es el partido político. Así lo plantean académicos como Angel Garrorena en España.

Llaman la atención, en este sentido, las mediciones efectuadas periódicamente por la ONG que edita la encuesta Latinbarómetro en nuestro continente donde la afirmación de que “*la democracia puede funcionar sin Congreso Nacional*” registra el mismo porcentaje de respuesta que en el año 1997: un 27% de los encuestados. Es decir, cerca de un tercio de los encuestados parece inclinarse por la prescindencia de los Congresos y su reemplazo por alguna otra expresión democrática.

Estas y otras razones que también se podrían agregar a este diagnóstico han llevado a debilitar la infalibilidad y el prestigio democrático que rodeó a los Parlamentos en el siglo XIX y buena parte del siglo XX. Ahora bien, como “errar es humano”, ése no constituiría un problema mayor, de no ser porque algunos errores de apreciación de las Asambleas Legislativas suelen repercutir en los valores y principios que constituyen la médula de organización de la sociedad. Hemos escuchado algún interesante ejemplo expuesto por el Presidente de la Corte Constitucional de Colombia en este sentido, en el día de ayer. Por ejemplo, si bajo la fórmula cada vez más extendida del Estado Social de Derecho, el legislador sigue actuando bajo una óptica de igualdad “formal” más que “sustancial”.

Asimismo, las presiones que se ejercen sobre nuestros parlamentarios por grupos y entidades del más diverso orden ha rodeado a la actividad de las Asambleas Legislativas de acusaciones vinculadas a favoritismos de unos por sobre otros. No es de extrañar, en este sentido, que la preocupación por regular

ese tipo de influencias, haya llevado a que nuestros diversos países concentren denodados esfuerzos por evitar las actividades de lobby que carecen de debida transparencia favoreciendo el clientelismo y la desigualdad.

Lo anterior resulta relevante si, como viene planteando un sector de la doctrina, *“la democracia es algo más que regla de mayorías, pues cifra sus méritos en el camino deliberativo que conduce a la toma de decisiones y, ante todo, en los valores que a través de éste se busca promover”*.⁷

Si la democracia es hoy, por esencia, un medio para la plena defensa y promoción de los derechos de las personas y grupos, la tradicional objeción democrática a la actuación de los Tribunales y Salas Constitucionales se va debilitando, por sí misma, pues el constitucionalismo de hoy ya no sólo puede ser mirado como una técnica para favorecer la limitación del poder, sino que, por sobre todo, como un mecanismo esencial para la defensa de los derechos en democracia. Por eso ya se afirma que *“existe un punto de encuentro importante que ofrece una vía para superar la contradicción que se plantea entre constitucionalismo y democracia.”*⁸

A estas alturas podríamos preguntarnos ¿Cuál es el límite a la actuación del legislador democrático? O ¿si es el mandato de confianza que recibe de la ciudadanía una especie de cheque en blanco para proceder de cualquier forma?

No es ésta la ocasión para indagar en los problemas que hoy presenta la democracia representativa tradicional y cómo ella se ha ido abriendo a una suerte de equilibrio con las fórmulas de democracia semi-directa que permiten la

⁷ LOPERA MESA (2001), p. 232.

⁸ Ibidem.

participación de la ciudadanía en las decisiones que más directamente la afectarán y que no se limita a la periodicidad de la expresión del sufragio.

La democracia de nuestros tiempos

Más bien, nos dedicaremos ahora a verificar cómo podemos ir superando la objeción a la actuación de nuestros tribunales en un contexto democrático que presenta las siguientes características esenciales:

En primer lugar, se trata de una democracia global, lo que no reviste ya ninguna novedad. Lo que ocurre es que, con la globalización, el mundo entero se ha vuelto más cercano para las personas, lo que favorece una mayor visibilidad de los problemas –como la crisis de Crimea- y también de las soluciones –la forma como Europa ha enfrentado solidariamente el impacto de las crisis económicas y sociales que han afectado a alguno de los miembros de la Unión Europea-. ¿Ello acarrea nuevos problemas constitucionales? Por supuesto. A la Comisión de Venecia, aquí representada por su Presidente y el Jefe de la División de Justicia Constitucional, han llegado consultas referidas a medidas para rebajar el sueldo de los jueces, como forma de enfrentar la recesión económica en ciertos países, sin que ello comprometa la independencia con que estos deben desempeñar su función.

En segundo lugar, la democracia global ha favorecido el surgimiento de un nuevo tipo de ciudadano, más empoderado. En la medida que la información está mucho más al acceso de todos, los procesos de *accountability* o de rendición de cuentas se tornan indispensables, pues este nuevo ciudadano exige actuar como co-agente, co-partícipe y co-responsable con el Estado en las decisiones que lo afectarán. De allí que las nuevas Constituciones –como la de Ecuador- hayan

debido hacerse cargo, de una manera mucho más profunda y sustancial, de regular la participación ciudadana como una nueva función del Estado.

En el mismo sentido, esta nueva concepción de la ciudadanía, propia de la democracia global, ha dado origen a una tesis conforme a la cual la realización de las provisiones constitucionales adquiere su legitimidad y su efectividad como producto de un diálogo progresivo entre los jueces y los diversos actores sociales. Como afirman Post y Siegel, *“a través de las movilizaciones sociales y de la expresión de las posiciones políticas por parte de grupos no institucionales, las personas realizan demandas concretas sobre lo que esperan que sea constitucionalmente amparado o prohibido, sobre la validez que legisladores y jueces deben darle a un significado particular de la Constitución, y sobre los cambios que debe tener el derecho constitucional para responder a un mundo permanentemente interconectado y en permanente cambio.”*⁹

Obviamente, esta tesis del “constitucionalismo democrático” adolece, a mi juicio, del inconveniente que significaría hacer de la Constitución la expresión de aquellos que se expresan mejor o más fuerte, lo que llevaría a una inseguridad jurídica sin límites, pero, en todo caso, conviene tenerlo presente, pues hoy este tipo de concepciones se ha convertido en una presión sobre nuestra labor de jueces constitucionales.

En tercer lugar, y como complemento de lo anterior, la democracia de hoy es profundamente pluralista. La misma visibilidad que ha traído consigo la globalización ha llevado a que sectores o grupos que carecían de la fuerza o de los medios para expresarse, hoy puedan hacerlo recurriendo, por ejemplo, a las redes sociales. El punto es que esas expresiones no se agotan en la descripción de la situación que los afecta sino que plantean exigencias de cambios

⁹ POST y SIEGEL (2013), pp. 19-20.

sustantivos que, usualmente, tienen impacto constitucional. De allí, por ejemplo, que las nuevas Constituciones de América Latina, como las de Bolivia y Ecuador, hayan debido hacerse cargo de la realidad multicultural y pluriétnica de sus respectivas sociedades.

Sin embargo, esa revaloración que está experimentando el pluralismo, como elemento consustancial a la democracia, no necesariamente encuentra asidero en nuestras Cartas Fundamentales, lo que ha conducido las miradas hacia nuestros Tribunales Constitucionales para forzarlos a adoptar decisiones que el Poder Constituyente aún no ha asumido. Lo anterior, fundado en que las prescripciones constitucionales son, en la práctica, suficientemente abiertas o indeterminadas como para dar margen a una interpretación extensiva de la Ley Suprema.

He aquí una tentación peligrosa para nuestras judicaturas. Peligrosa, porque nos impulsa a suplantar la labor del Constituyente Derivado o, incluso, del legislador democrático. La pregunta que surge entonces es si debemos resignarnos a suplir el déficit democrático de los poderes del Estado haciendo realidad esa suerte de “gobierno de los jueces” que a muchos les preocupa con justificada razón. Pareciera que hasta el prestigioso profesor Peter Häberle coincidiera con esta perspectiva cuando sostiene: *“El Derecho procesal constitucional se abre a la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”; se transforma en un “médium”, sobre todo allí donde el Parlamento ha fallado.”*¹⁰

La legitimidad democrática de los Tribunales Constitucionales

Quisiera plantear esta tarde que, en mi modesto concepto, no podemos construir la legitimidad democrática de nuestros Tribunales y Salas

¹⁰ HÄBERLE (2005).

Constitucionales sobre la base del déficit democrático del legislador o del resto de los poderes del Estado. Ello podría contribuir a desperfilar nuestras misiones esenciales que siguen siendo tres: a) Defender la supremacía de la Constitución; b) Proteger los derechos fundamentales y c) Resolver aquellos conflictos entre los poderes del Estado que pueden llegar a comprometer gravemente el regular funcionamiento del orden constitucional.

Se dirá, no obstante, que la segunda de esas misiones –la protección de los derechos fundamentales- nos obliga a asumir un rol particularmente activo frente a las desigualdades sociales y a la injusticia en general que reina en nuestras sociedades. Pero pareciera que no hay que confundirse.

Como nos ha dicho, con mucha claridad, el Magistrado González Trevijano, en el día de ayer, es indiscutible que la Constitución ya no es sólo una “carta de navegación” (en el sentido más político de la expresión), sino que es una norma jurídica directamente vinculante, de modo que, en la Constitución, no pueden existir ya disposiciones programáticas. Ello nos obliga a dar plena vida a todas las normas constitucionales –pienso especialmente en los derechos sociales-, pero no podemos, a partir de allí, formular directamente las políticas públicas reemplazando a quienes están obligados directamente a hacerlo. Ciertamente, podemos orientar a esos responsables, a través de nuestras sentencias interpretativas y exhortativas, pero no sustituir la voluntad de los poderes elegidos directamente por el pueblo, pues, probablemente, ello sólo haría fortalecer la crítica democrática hacia nuestra actuación.

¿Cómo reforzar, entonces, nuestro rol de jueces constitucionales en la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho?

Sin ánimo de agotar una respuesta, quisiera proponer, al menos, tres vías que debieran ayudarnos en ese propósito.

La primera es la revisión permanente del sistema de nombramiento de los jueces constitucionales que, independientemente de la cultura jurídica de cada Estado, exige asegurar que quienes acceden a nuestras Magistraturas lo hagan obedeciendo a un único señorío: el de defender a cabalidad la supremacía constitucional a partir de la expresión que el pueblo soberano se ha dado en un momento determinado sin intentar substituir la labor del Constituyente Derivado y sin que ello implique, necesariamente, razonar apegados estrictamente a las razones de los “padres fundadores”. Pienso, sinceramente, que ello puede contribuir a difuminar el conocido argumento de que no hemos sido elegidos popularmente, con la excepción de los magistrados que integran el Tribunal Constitucional de Bolivia aquí presentes, desde la vigencia de 2009.

La segunda es adoptando la posición que ayer nos sugería el Magistrado González Trevijano en el sentido de que nuestra posición frente a la defensa de los derechos fundamentales debe ser acorde a su doble naturaleza: por un lado, como derechos subjetivos inherentes a un titular, pero, por otra, como elementos fundacionales de todo el ordenamiento jurídico, en una perspectiva objetiva. Ello permitirá la adecuada irradiación de los derechos fundamentales a las diversas ramas del Derecho en lo que se ha denominado la “constitucionalización del derecho” proyectando verdaderamente un rol no sólo de protectores de la Constitución sino que de promotores de su vigencia integral.

En tercer lugar, y tal vez el más importante, es el rol de la argumentación jurídica. El año pasado tuve la oportunidad increíble de escuchar, en esta misma ciudad, y con ocasión del primer aniversario de vida del Tribunal Constitucional dominicano al profesor Manuel Atienza, quien ha dedicado estos últimos años de

su vida de investigador jurídico, al tema de la argumentación. Al escucharlo, en un apasionado debate con Juan Antonio García Amado, pensaba en el tremendo valor que ha adquirido la ponderación en el control concreto de constitucionalidad, pues se trata de un juicio que, parte de la base que no existen principios (o derechos) más importantes o trascendentes que otros sino que lo importante, frente a la decisión de un caso particular, es no favorecer a tal punto un determinado derecho que el otro que se encuentra en aparente pugna con aquél termine siendo anulado. De allí que la remisión a los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto suelen lograr una convicción incluso en quien pierde el pleito.

El empleo de la técnica de la ponderación ante eventuales conflictos de derechos fundamentales me parece que elimina o, al menos, reduce la impresión de arbitrariedad en la decisión del juez. Ello, en la medida que la solución a la que arriba la sentencia se encuentra fundada en un juicio bastante lógico y difícil de rebatir.

Todo lo anterior debe enmarcarse, naturalmente, en el contexto de una Constitución compleja donde ya nadie discute que las reglas –aquellas que no ofrecen otra posibilidad que cumplirse o no- se encuentran acompañadas de valores y de principios, de gran amplitud, que contribuyen a interpretar la Constitución en un sentido que, sin vulnerar –como he dicho- el imperativo de respetar la labor del Constituyente democrático acerque la Carta a la idea de esa Constitución viviente o “living Constitution” que nos refiere Bruce Ackermann¹¹. En esta línea, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la de nuestros propios tribunales han derivado principios hermenéuticos de gran valor –como el principio *pro homine o favor persona*-, de valores tan

¹¹ ACKERMANN (2007).

tradicionales como la dignidad humana que contribuyen, por cierto, en este complejo desafío.

Lo que he querido expresar a través de estas ideas es que el cuestionamiento a la falta de legitimidad democrática de nuestros Tribunales Constitucionales, por no haber sido originados en la elección popular, tiende proporcionalmente a disminuir en la medida que aumenta el prestigio de nuestras Cortes y Salas Constitucionales acercándonos a un modelo como el del Tribunal Constitucional alemán. Para que ese prestigio crezca, respetando el principio de separación de funciones del Estado con adecuados “checks and balances” es necesario renovar nuestros esfuerzos en una argumentación o *ratio decidendi* que decante tan lógicamente en la parte declarativa de la sentencia que la decisión resulte incuestionable o, al menos, tolerable.

Pienso, sinceramente, que en ese “deber ser” el diálogo entre nuestras jurisdicciones constitucionales debe fortalecerse crecientemente, pues es empíricamente comprobable que los conflictos que unos decidimos suelen reproducirse, al poco tiempo, en otra Magistratura hermana.

Tal vez convendría finalizar con la reflexión de Gustavo Zagrebelsky, en su famoso artículo sobre “Jueces Constitucionales”¹² cuando decía que, al final, la justicia constitucional es más un tema de la república que de la democracia queriendo significar, con ello, que no necesariamente podemos aspirar al pleno respaldo de las mayorías ciudadanas frente a nuestras decisiones sino que, más bien, a la preservación de esa institucionalidad que la Constitución ha promovido y en la cual estamos convencidos que los derechos de cada persona tienen la mejor posibilidad de ser respetados y promovidos .

¹² ZAGREBELSKY (2006), p. 321.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMANN, Bruce (2007). *The Holmes Lecture: The Living Constitution*. Faculty Scholarship Series, Paper 116. http://digitalcommons.law:yale.edu/fss_papers/116.
- CAPELETTI, Mauro (1986). ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “Justicia Constitucional”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, N° 17, mayo-agosto, pp. 9- 46.
- HÄBERLE, Peter (2005). El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 9, pp. 113-139.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia (2001). La problemática legitimidad de la justicia constitucional. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 5, pp. 227-256.
- POST, Roberto y SIEGEL, Reva (2013). *Constitucionalismo democrático*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- ROUSSEAU, Dominique (2002). *La justicia constitucional en Europa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2006). Jueces constitucionales. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 6, julio-diciembre, pp. 311-324.