

La participación de la sociedad civil en la jurisdicción constitucional. Una razón en contra del argumento contramayoritario

Miguel de J. Neria Govea¹

Christian Norberto Hernández Aguirre²

Introducción

Desde su origen, una de las principales funciones del constitucionalismo es limitar el poder político (Caenegem, 1996)³ (estructurar, regular y contener el poder político) eso hace que el Derecho constitucional sea un estudio de diferentes tipos de relaciones que pueden entrar en tensión (Verdú, 2000)⁴. Como señala Maurice Hauriou (2003), el fin del régimen constitucional es establecer un equilibrio fundamental entre distintas fuerzas de acción:

¹ Profesor Investigador de la Universidad Autónoma de Baja California en la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales. Doctor en Derecho, miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

² Profesor Investigador de la Universidad Autónoma de Baja California en la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales. Doctor en Derecho, miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

³ 'Constitutionalism' refers to a legal tradition based on the idea that the exercise of political power ought to be restricted by a fundamental pact between the governors and the governed, safeguarding the rights of the latter and defining the tasks and power for the former.

⁴ En palabras de Pablo Lucas Verdú: "las Constituciones escritas establecen, en su articulado las conexiones que median entre las instituciones y sus correspondientes órganos al servicio de los tres poderes dentro del Estado-aparato y, además la reciprocidad de éste con el Estado-comunidad".

orden, poder y libertad. El presente capítulo se centra en la tensión de dos pilares fundamentales del Estado constitucional (Vega, 1999): el principio democrático y la supremacía de la Constitución a través del control que realiza la jurisdicción constitucional.

El argumento, dirigido en contra de la función jurisdiccional de control constitucional, es la falta de legitimidad democrática, o lo que también es conocido como el argumento contra-mayoritario. Un poder no elegido democráticamente, puede revisar y anular los actos de otro poder que sí tiene una legitimidad democrática, y que tradicionalmente se entiende expresa la voluntad del pueblo, lo que genera una tensión (Stern, 2009)⁵. En una visión de democracia monista, cualquier control jurisdiccional sobre la voluntad mayoritaria del congreso sería antidemocrática (Ackerman, 1993)⁶.

Por otro lado, en palabras de Christian Curtis (2005), la legitimidad de la actuación judicial también está vinculada con la aceptación de sus resultados por la ciudadanía. La ausencia de legitimidad electoral de los jueces no constituye un impedimento para generar legitimidad de ejercicio frente a la ciudadanía. Lo anterior, mediante su calidad argumentativa, independencia, imparcialidad⁷ (Rossen, 1990), objetividad y opinión pública que se puede generar mediante lo anterior y a través de una justificación interna y externa de sus decisiones, frente a la problemática que se

⁵ Como señala Klaus Stern (2009) sobre esa tensión constitucional entre la Jurisdicción Constitucional y la función legislativa: “nos encontramos ante un problema generalizado de los Estados constitucionales con pleno desarrollo de un Tribunal Constitucional, por lo que la solución de esta relación de tensión tan sólo puede buscarse circunscrita en la concepción fundamental de la estatalidad constitucional”.

⁶ At its root monism is very simple, Democracy requires the grant of plenary lawmaking authority to the winners of the last general election-so long, at least, as the election was conducted under free and fair ground rules and the winners don't try to prevent the next scheduled round of electoral challenges. This idea motivates in turn, a critical institutional conclusion: during the period between elections, all institutional checks upon the electoral victors are presumptively antidemocratic.

⁷ No debe confundirse la independencia judicial, en el sentido estricto, con imparcialidad o neutralidad, pues mientras que aquélla es una institución jurídica con la que se pretende eliminar toda subordinación objetiva del juez, tanto de otros poderes como jurídicamente en la teoría que obre en sus actuaciones, la imparcialidad o neutralidad, contrariamente, es un parámetro o modelo de actitud, pero en ningún caso categoría jurídica. Dicho de otro modo, la independencia del juez no es sinónimo de imparcialidad y objetividad. Aunque contribuye a la concreción de la virtud materia de este estudio, ya que un juez dependiente difícilmente actuará con la objetividad esperada.

puede generar hacia la garantía de derechos fundamentales. Esto, más que ser visto como una virtud judicial, puede ser visto como un vínculo entre Estado de derecho y Estado democrático en que viva una sociedad, es decir, la argumentación constitucional puede servir para el juzgador de una concepción que puede dar vida a los derechos fundamentales, incluso en contra de la mayoría.

La composición actual de la sociedad no es tan simple para poder reducirla en dos grupos, mayoría y minoría. La composición plural de las sociedades, genera la necesidad de la organización de la sociedad civil, para dar voz a diferentes minorías y reivindicar espacios de libertad y ejercicio de derechos. Debemos recordar que “las organizaciones y asociaciones de la sociedad civil asumen diferentes formas, pero tienen en común la característica de ampliar las voces de los intereses particulares y abogar naturalmente a favor de los grupos excluidos e invisibles” (Vilhena, 2004, p. 59). La sociedad civil tiene un papel fundamental en la reivindicación de derechos humanos de grupos vulnerables, y no sólo en una esfera política a través de la deliberación y consensos democráticos, sino a través de la jurisdicción constitucional.

Así, cuando la sociedad civil accede a la justicia constitucional, participa en la función de dar sentido al texto constitucional, mas, si es considerada la Constitución como un orden de valores, con un lenguaje de textura abierta, la jurisdicción constitucional tendrá la función de determinar el contenido y alcance de la dimensión axiológica, con el riesgo de imponer su predilección política o valorativa, que no necesariamente comulgue con la mayoría.

De tal manera, nuestro objeto de investigación es justificar que la participación de la sociedad civil dentro de la justicia constitucional debilita el argumento contramayoritario, al fortalecer en un Estado constitucional la participación de grupos vulnerables para lograr la protección de Derechos Humanos. Esto lo vemos así, debido a que, por un lado, la sociedad civil organizada a través de cauces políticos impulsa políticas públicas y modificaciones legislativas por labor de gestión política; y, por otro, a través de la jurisdicción constitucional logra la protección de sus derechos en contra de posibles configuraciones normativas que los mantengan en un estado de vulnerabilidad. De tal manera, la jurisdicción

constitucional accionada por la sociedad civil, contribuye a una democracia material.

En el primer apartado se analizará el principio democrático desde la perspectiva del Estado constitucional, donde se parte de una distinción entre democracia formal o procedimental de una democracia material; después, se revisa la función jurisdiccional en el Estado constitucional, haciendo énfasis del juicio de amparo que, a través del interés legítimo, la sociedad civil tiene mayor participación en la justicia constitucional. Por último, se analizan algunos posibles límites de la función jurisdiccional para no afectar al principio democrático. Todo esto con el hilo conductor de la sociedad civil.

El principio democrático en el Estado constitucional

En el Estado constitucional debemos partir de una concepción de democracia no formal. La democracia formal o procedimental, es la que se “se identifica únicamente sobre la base de las formas y de los procedimientos idóneos para garantizar la voluntad popular... independientemente de sus contenidos, cualesquiera que ellos sean” (Ferrajoli, 2016). La democracia debe ser entendida no sólo como reglas para la toma de decisiones colectivas, sino desde una perspectiva material que Bobbio (1986, p. 46) define como:

[...] aquel régimen que permite tomar decisiones con el máximo de consenso de los ciudadanos, fundado sobre los principios de libertad de modo que los ciudadanos puedan elegir a sus gobernantes, y, al mismo tiempo, fundado sobre el principio del Estado de derecho, que es lo que obliga a los gobernantes a no exorbitar su poder y ejercerlo en el ámbito de un sistema de normas escritas.

El autor a la postre agrega que la democracia está vinculada con la tradición liberal entendida como los límites del Estado “en los derechos naturales, inviolables e imprescriptibles del hombre”. Esa democracia material sólo puede ser protegida por la función jurisdiccional, al preservar el orden de valores dado por la Constitución a través de los derechos reconocidos; por lo tanto, hay una relación directa entre la función jurisdiccional y el principio democrático en un Estado constitucional.

En ese sentido, Waldron (2012, p. 65) explica la idea de *well-ordered society*, tomada de John Rawls, como aquella sociedad cuya estructura básica está regulada por ciertos principios de justicia y compuesta por personas que conocen y aceptan las mismas ideas de justicia, vamos a poder identificar un tipo de sociedad en que puede ser visible el compromiso general de toda la sociedad a fundamentos de justicia y dignidad, como parte de una cultura democrática. Es importante esta cuestión, porque una sociedad de este tipo debería ser considerada una sociedad con libertades aseguradas.

Es decir, si la realización o limitación de los derechos fundamentales sólo dependiera de la decisión de la mayoría, no podríamos hablar propiamente de derechos fundamentales, bastaría un acto de voluntad general para negarlos a un grupo minoritario o a un individuo. Por ello, en las democracias tales derechos funcionan como corazas protectoras de las minorías (Chinchilla, 2009). Aun así, tiene razón Gargarella (1997, p. 26) al aducir que “del hecho que los jueces no representen a las mayorías, numéricamente hablando, no se deriva que los mismos representen (o, más bien, tengan una motivación especial para defender) a la infinita diversidad de minorías que existen en la sociedad.”

Stuart Mill (2008) señala que la libertad civil es una libertad entendida a partir de un orden político dado y ejercido en contra de gobiernos tiránicos. Justifica la importancia del tema en relación a la evolución de la relación política entre el poder y los gobernados, primero de dominación, cuando el poder se conseguía por conquistas; luego de subordinación, cuando existía una relación de poder paralelo u opuesto al de los gobernados; después, con la idea de nación a partir de determinar que el pueblo consciente de su capacidad política y poder para autorregularse se da su forma de gobierno, y que los intereses del pueblo son los de la nación, llegamos al autogobierno, que en realidad puede convertirse en el gobierno de mayorías. En este contexto, entra la función jurisdiccional constitucional, en contra de un gobierno de mayorías que puede llegar a imponer su opinión o creencias, que afecten a las minorías o los valores que el orden constitucional quiere proteger.

Una democracia constitucional no consiste en la imposición por parte de los vencedores electorales a la minoría de sus intereses políticos. Una característica importante del Estado constitucional contemporáneo es la ductilidad, en el que se busca a través de valores y principios (no absolutos) el establecimiento de los medios de coexistencia para sociedades tan distintas y coexistentes, como señala Zagrebeky (2007, p. 14): “la asunción del pluralismo en una constitución democrática es simplemente un propuesta de soluciones y coexistencias posibles, y no un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un *a priori* de la política con fuerza propia de arriba hacia abajo”.

México tiene una composición social plural, incluso reconocida esa pluralidad en el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Es precisamente aquí que se resalta la importa de la sociedad civil en el foro democrático, al impulsar diferentes intereses de grupos sociales no hegemónicos, incluso contradictorios (pro vida/ pro aborto). La sociedad civil se sostiene en el fundamento democrático básico de libertad de asociación, cuyo objetivo puede ser político, cultural o social (Powell, 2013).

Otra característica del Estado constitucional es que los derechos constituyen el fin o los fines del colectivo político (proteger, garantizar y desarrollar los derechos fundamentales), como señala Luigi Ferrajoli (2004). Los poderes constituidos son los órganos de la voluntad pública, voluntad colectiva que tiene antes que nada garantizar los derechos humanos. Así, los derechos se conciben como límites a la acción política, la forma que se convierten en límite para el poder político es positivizándolos en la Constitución y hacer un rígido proceso de enmienda para que se puedan oponer incluso a mayorías coyunturales.

De tal manera, los derechos se conciben no sólo como límites a los actores políticos, sino también como el objetivo mismo de los actores políticos. Se entiende que deben interpretarse de forma expansiva. Como consecuencia directa de esto, se reduce el alcance de la acción política y se amplía el alcance del razonamiento normativo o jurisdiccional, lo que genera la tensión entre una posible voluntad popular mayoritaria y las resoluciones de la

jurisdicción constitucional que podrían limitar dicha voluntad mayoritaria.

A continuación, nos enfocaremos en la función jurisdiccional y sus decisiones que ayudan a la protección, garantía, desarrollo de derechos fundamentales; asimismo, a evitar el ejercicio autoritario del poder público, propio de un Estado de derecho.

La función jurisdiccional en el Estado constitucional. Especial referencia al juicio de amparo y la sociedad civil

En el Estado constitucional, la Constitución es el centro de la carga axiológica del sistema jurídico y, a su vez, es considerada como una verdadera norma jurídica aplicable de manera directa. Desde esta última perspectiva, la jurisdicción constitucional es la encargada de que se respete el principio de supremacía constitucional. Cuando un poder constituido exceda su competencia o vulnere el orden constitucional, la jurisdicción constitucional se encarga de declarar el acto como inconstitucional y restablecer el orden vulnerado. Esto, a diferencia del Estado de derecho (Legislativo), en el que la Constitución era un documento más político, compuesto por normas programáticas, delegando a los legisladores el desarrollo de su contenido a través de la Ley; la atención se enfoca más en la función del legislador y la elaboración de las normas legislativas que al orden constitucional.

Una de las diferencias importantes entre el Estado legislativo o Estado de derecho y el Estado constitucional, es la función de la jurisdicción constitucional; como señala García Pelayo (1981, p. 18), el Estado constitucional es una evolución del Estado de derecho, en el que la primacía de la Constitución se ve resguardada por un órgano jurisdiccional –regularmente un tribunal constitucional–, visto como el autor señala, como “una garantía institucional básica del Estado constitucional de derecho.”

En México no existe un tribunal constitucional; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), a través de varias reformas constitucionales ejerce una doble función: como

Suprema Corte y como tribunal constitucional⁸. Después, le siguieron una serie de acuerdos que emitió el Pleno de la SCJN, para evitar esa dualidad funcional que la sofocaba⁹. Actualmente, tiene la función de ser el órgano de cierre en los mecanismos de control constitucional y, en algunos casos, el único competente para desarrollar la función de control constitucional. Dentro del catálogo de medios de jurisdicción constitucional –aparte del control constitucional difuso–, tenemos como mecanismos jurisdiccionales el juicio de amparo¹⁰, acciones de inconstitucionalidad¹¹, controversias constitucionales¹², y control por determinación constitucional específica¹³.

De manera breve, ponemos las notas relevantes del juicio de amparo, para el tema que nos interesa. El juicio de amparo, como señala el artículo 103 de la Constitución, tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite “por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.” También tiene por objeto lo que

⁸ Publicada el 11 de junio de 1999 en el Diario Oficial de la Federación, que en la iniciativa de reforma señala: “con objeto de fortalecer a la Suprema Corte en su carácter de tribunal constitucional, se somete a consideración de esa Soberanía la reforma del párrafo sexto del artículo 94, a fin de ampliar la facultad con que cuenta el Pleno para expedir acuerdos generales y, con base en ello, remitir a los tribunales colegiados de circuito todos aquellos asuntos en los cuales hubiere establecido jurisprudencia, no revistan interés o trascendencia o, en general, la propia Corte estime innecesaria su intervención... En esa virtud, es imprescindible permitir a la Suprema Corte —como sucede en otras naciones— concentrar todos sus esfuerzos en el conocimiento y resolución de aquellos asuntos inéditos o que comprenden un alto nivel de importancia y trascendencia y que, por tal razón, impactan en la interpretación y aplicación del orden jurídico nacional.”

⁹ En el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia y de Estudios Legislativos de la Honorable Cámara de Senadores sobre la iniciativa de reforma del artículo 94 constitucional de 1999 encontramos que un motivo de la reforma es el siguiente: “la facultad que hoy se propone otorgar a nuestra Suprema Corte de Justicia, parte de la consideración de que es necesario permitir a este órgano el dedicar sus energías a resoluciones que contribuyan de modo significativo a mejorar nuestros sistemas de impartición de justicia hoy en día, la Suprema Corte se sigue viendo afectada por la impresionante cantidad de resoluciones que debe de tomar, lo que impide que éstas se tomen oportunamente”.

¹⁰ Artículo 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹¹ Artículo 105 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹² Artículo 105 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹³ Artículos 41 f. VI y 99 párrafo 6º, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

se conoce como amparo soberanía,¹⁴ pero en realidad opera muy poco. El juicio de amparo, en México, reúne toda la protección de *habeas corpus*, *habeas data*, casación y protección de todos los derechos humanos por vía de acción. En el caso del juicio de amparo, la Suprema Corte es órgano de cierre, y reserva pocos asuntos de su competencia originaria para su resolución¹⁵.

El amparo es medio de control jurisdiccional de la Constitución por el que la sociedad puede acudir a la protección de los Derechos Humanos. Con la publicación en el Diario Oficial de la Federación de la reforma constitucional del 6 de junio del 2011, y la publicación de la nueva Ley de Amparo del 17 de junio 2013, el juicio de amparo reconoce el interés legítimo como suficiente para poder acudir reclamando la protección de los Derechos Humanos. Previo a la reforma, se requería que se acreditara el interés jurídico, lo que implicaba verificar la existencia del derecho subjetivo, y el acto de autoridad sobre la esfera jurídica del peticionario de amparo. Esto dificultaba a la sociedad civil acudir a ello para la protección de los Derechos Humanos.

Sin embargo, el interés legítimo sólo se tiene que acreditar cuando:

- a) Exista una norma constitucional en la que se establezca o tutele algún interés difuso en beneficio de una colectividad determinada;
- b) El acto reclamado transgreda ese interés difuso, ya sea de manera individual o colectiva; y,
- c) El promovente pertenezca a esa colectividad¹⁶.

¹⁴ Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la autonomía de la Ciudad de México, y III. Por normas generales o actos de las autoridades de las entidades federativas que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal."

¹⁵ Véase Acuerdo General número 5/2013, de 13 de mayo de 2013, del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a la determinación de los asuntos que el Pleno conservará para su resolución, y el envío de los de su competencia originaria a las Salas y a los Tribunales Colegiados de Circuito.

¹⁶ Tesis: 2a./J. 51/2019 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 64, Tomo II, marzo de 2019, P. 1598. Registro: 2019456. Interés legítimo e interés jurídico. Sus elementos constitutivos como requisitos para promover el juicio de amparo indirecto, conforme al artículo 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esto genera las condiciones para que la sociedad civil busque lo que es conocido como litigio estratégico en materia de derechos humanos. Como señalan Coral Díaz et al. (2010, p. 52):

El litigio estratégico tiene un lugar clave en los sistemas modernos de justicia, de modo que los objetivos alcanzados van más allá de los cambios logrados a través de las disputas entre particulares, pues crea una nueva visibilidad para los grupos humanos menos favorecidos, así como estimula la búsqueda de la realización del derecho.

Así, con el interés legítimo, hasta obstáculos tradicionales para la protección de derechos humanos que estaban estructuralmente institucionalizados en el juicio de amparo se ven matizados. Por ejemplo, la conocida fórmula Otero, o el principio de relatividad de sentencias, conforme este principio, el beneficio de la sentencia de amparo sólo podía recaer sobre el quejoso, el peticionario de amparo, y no en terceros que no fueron partes del juicio de amparo. Esto implicaba que, si los efectos de la sentencia tocaban otras esferas jurídicas adicionales al quejoso, aunque tuviera razón, se sobreseería el juicio¹⁷.

Ahora, la Segunda Sala de la SCJN ha sostenido que:

[...] tanto el interés colectivo como el legítimo, comparten como nota distintiva su indivisibilidad, es decir, no pueden segmentarse. De ahí que, si en los intereses colectivos o legítimos la afectación trasciende a la esfera jurídica subjetiva o individual de quien promovió un juicio de amparo, sería inadmisibles suponer que por esa cuestión se niegue la procedencia del medio de control constitucional, pretextándose la violación al principio de relatividad de las sentencias.¹⁸

¹⁷ Tesis: 2a./J. 36/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro VII, Tomo 2, abril de 2012, P. 1060. Registro: 2000584. Improcedencia. Se actualiza en el juicio de amparo si el juzgador advierte que los efectos de una eventual sentencia protectora provocarían transgresión al principio de relatividad.

¹⁸ Tesis: 2a. LXXXIV/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 58, Tomo I, septiembre de 2018, P. 1217. Registro: 2017955 Sentencias de amparo. El principio de relatividad admite modulaciones cuando se acude al juicio con un interés legítimo de naturaleza colectiva. Véase También Tesis 1a. CLXXIV/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 18, Tomo I, mayo de 2015, P. 440. No. Registro 2009192 Improcedencia del juicio de amparo. No puede alegarse violación al principio de relatividad de las sentencias y, por ello, sobreseer en el juicio, cuando se actualiza la existencia de un interés legítimo en defensa de un derecho colectivo.

De tal suerte, la sociedad civil puede revalorar su participación en la justicia constitucional. Ahora, adicional a los movimientos sociales para presionar el desarrollo de políticas públicas o cambios legislativos, a través de la propia justicia constitucional puede lograr el desarrollo de derechos humanos. Pues basta acreditar interés legítimo, esto es, “a efecto de verificar el interés legítimo que le asiste a una asociación civil para la defensa de los derechos humanos colectivos o individuales, es necesario analizar si existe relación entre aquéllos cuya violación reclama y su objeto social”¹⁹.

Con la participación de la sociedad civil en la justicia constitucional, la función de la jurisdicción constitucional lejos de ser antidemocrática, se vuelve más democrática, al forzar mayor exigencia en la función legislativa. No son suficientes los procesos democráticos para tener como válida una ley, sino su contenido, en especial, el respeto de los Derechos Humanos. Así, la mayoría no queda exenta de control constitucional, y tampoco se le permite ser excluyente de minorías, que afecten canales de deliberación pública²⁰.

¹⁹ Tesis: I.10o.A.7 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 54, Tomo III, mayo de 2018, P. 2585 Registro: 2016932. Interés legítimo en el amparo. Para verificar si le asiste a una asociación civil, es necesario analizar si existe relación entre los derechos humanos colectivos o individuales cuya violación reclama y su objeto social.

²⁰ Véase Tesis: 1a. XXXII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 27, Tomo I, febrero de 2016, P. 679. Registro: 2010971. Interés legítimo en el amparo contra leyes. Normas cuya sola existencia genera una afectación autoaplicativa que lo actualiza. Esta Primera Sala ha determinado que, de manera excepcional, pueden encontrarse en el ordenamiento jurídico normas generales heteroaplicativas, identificables así por su estructura normativa interna, que, no obstante, generan una afectación de tal gravedad para nuestra democracia constitucional, que pueden identificarse como autoaplicativas, por lo que debe tenerse por acreditado el interés legítimo para impugnarlas. El primero de este tipo de normas corresponde al de aquéllas que son estigmatizadoras, es decir, aquéllas que con independencia de que establezcan contenidos condicionados a un acto de aplicación, terminan por proyectar un mensaje discriminatorio contra ciertos sujetos, que resienten una afectación generada por la parte valorativa de la norma, al incluir criterios vedados por el artículo 1o. constitucional. Un segundo tipo de normas en este supuesto, corresponde a aquéllas que se erigen como barreras de acceso al debate público o que inhiben la propia deliberación pública, entendiendo que las condiciones normativas para la generación óptima de esta última se encuentran constitucionalmente protegidas, en tanto que son condiciones de existencia de un espacio público sin el cual un gobierno democrático de naturaleza deliberativa no sería posible. La afectación que producen este segundo tipo de normas no es generada por su parte valorativa, sino por sus repercusiones sobre la apropiada preservación de canales de expresión e intercambio de ideas que deben mantenerse abiertos, por ejemplo, estableciendo impedimentos, requisitos u obligaciones, aún de abstención, que obstaculicen el desenvolvimiento de las personas en el debate público, especialmente cuando se refieran al discurso

Límites de la función jurisdiccional para no afectar el principio democrático

Retomando la tensión que se da entre el principio democrático y la función jurisdiccional, entre las dificultades del argumento contramayoritario por la controvertibilidad de la interpretación de la Constitución, de acuerdo con Rodolfo Vázquez respecto a esta última circunstancia, vale decir que, si se parte de la idea de que el juez sólo se limita a aplicar la Ley o la Constitución sin valorarla, la falta de legitimidad democrática del juez parecería no ser relevante, su actividad sería la de un técnico o la de un científico, y éstos no son seleccionados por el voto mayoritario. Pero, si se acepta que la tarea del juez es sustancialmente valorativa —ponderación de los principios básicos de moralidad social y en los distintos pasos de la interpretación jurídica—, surge la siguiente pregunta: ¿quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones? (Vázquez, 2010).

Las resoluciones que emiten los órganos jurisdiccionales deben basarse en argumentos de principios y no de políticas públicas (Dworkin, 1975). Las resoluciones sostenidas en una directriz decisoria basada en principios, superan dos contraargumentos tradicionales a la creación del derecho por los jueces, a saber: la afectación al principio democrático y la retroactividad de la norma creada en el caso. Esta teoría Dworkiana llamada *Rights thesis* (Dworkin, 1975, p. 1058) supera estas objeciones en virtud de que el juez no pondera sobre el interés colectivo, ni se introduce en la labor de orientar el objetivo o necesidades de la sociedad, sino que se limita a analizar la existencia de un derecho particular que es cuestionado dentro de su jurisdicción. En ese mismo sentido, al no crear un derecho nuevo sino sólo identificarlo, no se genera la retroactividad de la norma creada en la decisión.

Los jueces también son sujetos de responsabilidad política; sin embargo, su enfoque es diferente. Dworkin (1975, p. 1064) se-

político o a quienes se dedican a informar. Ante este segundo tipo de normas, lo relevante para el juzgador no es determinar si la norma impugnada trasciende en la esfera jurídica del quejoso, desde la perspectiva de los actos de aplicación requeridos para su materialización, sino la afectación generada a los canales de deliberación pública.

ñala que la doctrina de responsabilidad política en términos generales indica que “*political officials must make only such political decision as they can justify within a political theory that also justifies the other decision they propose to make*”; es decir, sólo se justifica la decisión en una corrección holística y no puede verificarse de manera aislada una decisión que pueda contraponerse con esa teoría política que encierre principios y políticas públicas. La anterior sujeción a responsabilidad política, va a exigir lo que Dworkin (1975, p. 1065) llama *articulate consistency*; sin embargo, señala que tal exigencia de congruencia es más laxa tratándose de políticas públicas y no de principios. Lo que diferencia la aplicación de la teoría de responsabilidad política a los jueces de otros funcionarios, es que el *articulate consistency* recaerá no sobre la regla que se ha desprendido de la decisión anterior, sino del principio que soporta la regla obtenida en el caso anterior.

En ese sentido, para diferenciar argumentos de principios y argumentos de políticas públicas, Dworkin (1975, p. 1067) con mucha claridad señala que “*arguments of principle are arguments intended to establish an individual right; arguments of policy are arguments intended to establish a collective goal. Principles are propositions that describe rights; policies are propositions that describe goals*”. Esta diferenciación reafirma las razones por las que los jueces, bajo la teoría de *Rights thesis*, no deben aplicar argumentos de *policy*, pues, como Dworkin (1975) menciona, la objeción contramayoritaria del argumento democrático que impide fijar a los jueces los *collective goals*, sí surtiría plenos efectos.

Dworkin (1975, p. 1083) sostiene que la intención legislativa y los principios de *common law* son instrumentos para aplicar el *Political theory* a asuntos controversiales sobre derechos, por lo que aprecia correcto considerar como un juez más filósofo puede desarrollar en casos apropiados teorías de intención legislativa y principios que requiere, y para ello, inventa a un juez que nombra Hércules, un abogado con habilidades superhumanas, aprendizaje y paciencia acumulada, que acepta que las leyes crean y extinguen derechos, y que los jueces tienen la obligación de seguir con los criterios en decisiones pasadas por su corte o superiores, cuya racionalidad es aplicable al caso.

Dworkin (1975, p. 1084) sostiene la autoridad de la Constitución de crear o destruir derechos, en que a través de ella se configura un esquema político general que es suficientemente justo para ser tomado como establecido en equidad, de manera que los ciudadanos al tomar los beneficios de vivir en sociedad, todas las instituciones son formadas y dirigidas de acuerdo a ese esquema, deben tomar también las cargas, en tanto no se reforma el esquema o se sustituya por revolución. De suerte que Hércules debe encontrar ese esquema de principios establecidos, a través del desarrollo de una teoría holística constitucional.

Hay posturas en torno a que la Corte debe tener funciones limitadas, para no afectar el principio democrático en relación con diferentes aspectos. Entre ellos, su alcance en la interpretación constitucional; en el alcance de la jurisdicción constitucional y el control de leyes; también en relación con la reforma constitucional.

Por lo que hace a la función interpretativa de la jurisdicción constitucional, esto implica dar sentido y significado dinámico de acuerdo al contexto y necesidades con límites, como ha sostenido el Tribunal de Israel:

We are concerned with the existing law, which must be given a new meaning. This is the classic role of the court. In doing so, it realices one of its primary roles in a democracy, bridging the gap between law and life. The case before us is a simple example of the many situations in which an old tool does not fit a new reality, and the tool therefore must be given a new meaning, in order to address society's changing needs. It is no different from the many other situations in which courts today are prepared to give a dynamic meaning to old provisions, in order to adapt them to new needs²¹.

En cuanto a la reforma constitucional, siguiendo con la legitimidad del proceso de reforma, la posición de Bruce Ackerman (1993, p. 6) es que tanto los cambios, evolución y aplicación actual de la Constitución, haciendo referencia en especial la de Estados

²¹ L.C.A 3126/00, State of Israel v. A.S.T. Project Management and Manpower, Ltd., 47(3) P.D. 241, 286.

Unidos, es mejor entendida desde una perspectiva de democracia dualista. Es decir, una democracia que distingue dos tipos de decisiones: la tomada por los gobernantes y la tomada por los ciudadanos. Desde la perspectiva dualista, evita que gobernantes alteren las decisiones constitucionales adoptadas por *We the people*, a través de un proceso legislativo ordinario²². En ese sentido, para que los representantes de los ciudadanos, realicen cualquier cambio constitucional necesitarán de una legitimidad democrática adicional a la obtenida en el proceso electoral de su cargo; es decir, de la movilización de la voluntad ciudadana para poder proclamar que *We the people* cambió su opinión y ha decidido, a través de ese proceso agravado de *Higher law making*, reformar su Constitución.

En esta visión constitucionalista, la función de la Suprema Corte es garante solamente de la necesidad de realizar el proceso de *Higher law making*, no de revisar las decisiones tomadas por *We the people*. Es decir, controlará a través del *judicial review* que no se emitan leyes que contravengan o modifiquen los principios constitucionales tomados por *We the people*, pero una vez que ellos hablen, no puede ser revisada esa decisión por parte de la Suprema Corte²³ (Ackerman, 1993, p. 10).

²² The dualist Constitution prevents elected politicians from exaggerating their authority. They are not to assert that a normal electoral victory has given them a mandate to enact an ordinary statute that overturns the considered judgments previously reached by the people.

²³ It follows, then, that the dualist will view the Supreme Court from a very different perspective than the monist. The monist treats every act of judicial review as presumptively antidemocratic and strains to save the Supreme Court from the “countermajoritarian difficulty” by one or another ingenious argument. In contrast, the dualist sees the discharge of the preservationist function by the courts as an essential part of a well-order democratic regime. Rather than threatening democracy by frustrating the statutory demands of the political elite in Washington, the courts serve democracy by protecting the hardwon principles of a mobilized citizenry against erosion by political elites who have failed to gain broad and deep popular support for their innovations

Conclusiones

Estudiar la libertad sigue siendo importante para proteger al individuo contra una interferencia ilegítima por parte de la colectividad. Por ello es que la democracia no puede convertirse en un instrumento para oprimir a minorías, o en un mecanismo formal para la toma de decisiones a través de una voluntad mayoritaria, sin importar el contenido o consecuencias de dicha decisión. Como señala Walter Murphy (1995, p. 180):

[...] consent does not, however, function as a magic wand that can cast a benevolent spell over all political arrangements. A system that denies human worth cannot claim consent as the foundation of its legitimacy, for what is worthless can confer nothing.

Así, la función de los jueces en el Estado constitucional es cuidar el orden constitucional dado, desde una perspectiva de orden de valores y complejo andamiaje institucional; por ello, como señala Michel Troper (2003, p. 222), “lejos de ser una institución antidemocrática, la Corte se muestra como un elemento esencial del sistema democrático. Las leyes constitucionales, en efecto, sólo pueden adoptarse de conformidad con un procedimiento largo y complejo”. Es decir, el control constitucional visto no como instrumento, sino como límite a la democracia y conformado por un conjunto de principios y valores que sirven de directrices.

En el Estado constitucional se pueden plantear argumentos para justificar la jurisdicción constitucional y desvirtuar el argumento contramayoritario a partir de: protección de Derechos Humanos; configuración de las reglas políticas del Estado; protección de la deliberación democrática. El Estado constitucional que se rige por Derechos Humanos y fundamentales no puede entenderse sin una justicia constitucional que atienda reglas y equilibre principios, de acuerdo al contexto que se le plantee en la sede judicial.

La sociedad civil, al ser actores dentro de la justicia constitucional, posibilita diferentes interpretaciones o significados al texto constitucional. Aporta diferentes visiones que le dan sentido al texto de acuerdo a la pluralidad social y axiológica. Todo esto

fortalece la democracia constitucional, y la legitimidad de la Constitución, pues como dice Zagrebelsky (2005, p. 88):

[...] la legitimidad de la Constitución [...] de la capacidad de ofrecer respuestas adecuadas a nuestro tiempo o, más precisamente, de la capacidad de la ciencia constitucional de buscar y encontrar esas respuestas en la constitución. En resumen: la Constitución no dice, somos nosotros los que la hacemos decir.

La participación de la sociedad civil en la justicia constitucional fortalece su legitimidad democrática. La sociedad civil como actor quejoso en el juicio de amparo, da la voz en una deliberación cuya representatividad puede ser opacada por una mayoría que los deja en una situación permanente de vulnerabilidad.

Referencias

- Ackerman, B. (1993). *We the People: Foundations*. Belknap-Harvard.
- Bobbio, N. (1986). *Fundamento y futuro de la democracia*. Edeval.
- Caenegem, R.C. (1996). *An historical introduction to western Constitutional Law*. Cambridge University Press.
- Chinchilla Herrera, T. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?: las nuevas líneas de la jurisprudencia*. Temis.
- Coral-Díaz, A. M., Londoño-Toro, B., Muñoz-Ávila, L. M. (2010). El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. *Vniversitas*, 121.
- Courtis, C. (2005). La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía. *Nexos*, 329.
- De Vega, P. (1999). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente* [4ta reimpresión de la primera edición]. Tecnos.
- Dworkin, R. (1975). Hard Cases. *Harvard Law Review*, 88(6). <https://doi.org/10.2307/1340249>
- Ferrajoli, L. (2016). La definición de "democracia". Una discusión con Michelangelo Bovero. En M. Bovero y L. Ferrajoli (Eds.), *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas*. INE.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (4a Edición). Trotta.
- García-Pelayo, M. (1981). El "status" del tribunal constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1(1).

- Gargarella, R. (1997). Del reino de los jueces al reino de los políticos. *Jueces para la Democracia*, 28, pp. 24-28. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174698.pdf>
- Hauriou, M. (2003). *Principios de Derecho Público y Constitucional* [trad. Carlos Ruiz del Castillo]. Editorial Comares.
- Lucas Verdú, P. (2000). *Teoría general de las relaciones constitucionales*. Dykinson.
- Murphy, W. F. (1995). Merlin's memory: the past and future imperfect of the once and future polity. En L. Sanford (Ed.), *Responding to imperfection, theory and practice of constitutional amendment*. Princeton University Press.
- Powell, F. (2013). *The Politics of civil society* (2a edición). Bristol University Press, Policy Press.
- Rossen, K. S. (2001). *Protección de la Independencia del Poder Judicial en Latinoamérica* (3a edición). UNAM.
- Stern, K. (2009). *Jurisdicción Constitucional y Legislador*. Dykinson.
- Stuart Mill, J. (2008). *On Liberty and other essays*. Oxford World Classics, Oxford University Press.
- Troper, M. (2003). El poder judicial y la democracia. En J. Malem, J. Orozco et al. (Eds.), *La función judicial. Ética y democracia*. Gedisa.
- Vázquez, R. (2010). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, No. 44*. Universidad de Granada.
- Vilhena Vieira, O. y DuPree, A. S. (2004). Reflexiones sobre la sociedad civil y los derechos humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 1(1). <https://www.scielo.br/j/sur/a/NXjt7Yd5KhY7GVXV6kW5xxL/abstract/?lang=es>
- Waldron, J. (2012). *The harm in Hate Speech*. Harvard University Press.
- Zagebelsky, G. (2005a). *El derecho dúctil* (7a edición). Trotta.
- Zagebelsky, G. (2005b). *Historia y Constitución*. Mínima Trotta.