

Regla de la mayoría y democracia constitucional

Jesús Antonio Camarillo *

I.- PRELIMINARIA

En este trabajo se analiza la construcción teórica que reduce la expresión “democracia” a una simple regla de la mayoría. Se asume que dicha perspectiva que vincula la regla de la mayoría con un sistema de ejercicio del poder o, aún más, con un sistema político fundacional, irrumpe de manera tardía, pues el sentido originario de dicha regla no expresa sustancia o un sentido axiológico, sino más bien, la idea de un método.

Esa idea de la democracia como simple camino procedimental alimenta la noción de una democracia mínima en la que la figura del control judicial de la constitucionalidad es prescindible. No así en la noción de “democracia constitucional”, en la que tanto el atrincheroamiento de ciertos derechos como la revisión judicial de la constitucionalidad constituyen imprescindibles mecanismos en la defensa de las libertades y los derechos básicos, entendidos éstos no solamente bajo la tradición liberal, sino también bajo la perspectiva del reconocimiento jurídico de las diferencias que los sistemas han venido desarrollando en la sede jurisdiccional.

* Profesor-investigador de tiempo completo adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas. Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

II.- DESARROLLO

Para los críticos del control judicial de la constitucionalidad y del constitucionalismo ambas instituciones son figuras sustancialmente anti-democráticas. La primera, porque, se ha dicho con frecuencia, deja

en las manos de un grupo de élite, carente de representación y de responsabilidad, el proceso controlador de los actos de los otros poderes, especialmente el de los actos del Legislativo, poder que, se presupone, encarna la voluntad popular. En el caso del segundo, porque se parte de la idea de que el constitucionalismo atrinchera un catálogo de derechos fundamentales y de decisiones políticas que se retiran del influjo de las decisiones mayoritarias. En ambos casos, la concepción que se tiene de la democracia es la que reduce su noción a la regla de la mayoría.

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

El mismo Aristóteles asume que la cuestión mayoritaria no define un tipo de régimen, ya que constituye un simple instrumento, un procedimiento, que es compatible con cualquier forma pura de gobierno, prueba de ello es que en las oligarquías es principio fundamental que la decisión de la autoridad es la de la mayoría de los gobernantes. Para Aristóteles es un accidente el que los pocos o los muchos tengan el poder, unos en las oligarquías y otros en las democracias. Los asuntos de orden numérico, bajo el esquema aristotélico, no pueden constituir una diferencia esencial, pues en lo que verdaderamente difieren entre sí la democracia y la oligarquía es en la pobreza y en la riqueza.² En este sentido, lo que distingue a una forma de gobierno de otra no es el número, sino la condición social de quienes gobiernan, no un elemento cuantitativo sino uno cualitativo.³ De modo que el régimen de decisión mayoritario no es una característica exclusiva de las democracias sino un medio para otorgarle validez a la deliberación realizada por un grupo de personas que, siendo libres e iguales, toman parte de los asuntos públicos.

En tal vertiente, la visión del mundo de los ciudadanos puede ser descrita por la posición que ésta ocupa en una dimensión única, orde-

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

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

3 Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

nada. Para Aristóteles, la dimensión es la riqueza o la clase. Además la posición del ciudadano en esta dimensión determina cuál es la acción de gobierno que más le agrade.

La decisión de conceder el voto a grupos diferentes cambia la distribución de las preferencias en la *polis* y esta distribución modifica la constitución política de la sociedad, según Aristóteles. Así, la democracia es un gobierno en el que los pobres son numerosos y se les faculta para votar; en cambio, un gobierno en el que sólo votan los ricos constituye la oligarquía. Pero ninguna de estas sociedades es realmente compatible con la virtud, pues ni son justas ni son estables.⁴

Tampoco en Roma aparece con claridad una idea sobre la importancia de la mayoría, ya que en el derecho romano, mayoría y minoría no funcionan como dos partes enfrentadas en la defensa de unos derechos contrapuestos dentro del todo que es la corporación. Tal como lo destaca Norberto Bobbio, en el derecho romano la regla de mayoría fue concebida como el procedimiento necesario, o el más idóneo, para la formulación de una decisión colectiva en las *universitates*, esto es, asociaciones de personas en las que la unión de los individuos produce un sujeto colectivo diferente de sus partes y superior a ellas.⁵

En la Edad Media, las técnicas electorales inicialmente aplicadas, no provenían de los griegos, sino de las órdenes religiosas y de los monjes enclaustrados en sus conventos-fortalezas que para elegir a sus superiores lo hacían por medio del voto. En este sentido, por lo que esto entrañaba, al elegir a un jefe absoluto se recurría, por primera vez, al voto secreto, así como a reglas de tipo mayoritario.⁶

En la misma Edad Media, a partir del siglo XII, y por la influencia del derecho romano, se acoge la ficción de que la mayoría representa a todos y éstos a su vez, a la persona jurídica, pero es el derecho canónico quien empieza a transformar ese criterio mayoritario incluyendo el aspecto cualitativo al ya existente aspecto cuantitativo. Así las cosas, bajo el nuevo planteamiento canónico no es suficiente contar las voluntades sino que éstas deben ser pesadas, llegándose al caso en que las minorías numéricas podrían llegar a decidir atendiendo a la *melior pars* y no a la *maior pars*.

Por otra parte, es necesario resaltar que en el proceso de construcción jurídica medieval de la regla de la mayoría se utilizaron inicialmente como paradigmas los conceptos de *universitas* y de corporación al hilo de la glosa del *Habeas iuris civiles*. Los glosadores retomaron por tanto la *fictio* romana, aunque la depuraron en gran medida, precisando en esta línea el modo de aplicación de la regla: convocatoria, quórum, etc. Es precisamente en esta época en donde se ensaya por primera vez la

4 Cfr. Hinich, Melvin y Munger, Michael. *Teoría analítica de la política*, Gedisa, Barcelona, 2003.

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

6 Sartori, Giovanni. *op.cit.*, p. 140.

Empero, reducir la idea de la democracia a un procedimiento en el que se privilegia la regla de la mayoría, como lo siguen haciendo hoy en día algunos de los críticos más importantes del constitucionalismo y de sus dos elementos básicos, como lo son la rigidez constitucional y el control judicial de la constitucionalidad encuentra severas objeciones.

delimitación del ámbito de validez de los acuerdos obtenidos en relación con los derechos y libertades individuales.

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

“[p]ues cuando un número cualquiera de hombres, con el consentimiento de cada individuo, ha formado una comunidad, ha hecho de esa comunidad un cuerpo con poder de actuar corporativamente; lo cual sólo se consigue mediante la voluntad y determinación de la mayoría. Porque como lo que hace actuar a una comunidad es únicamente el consentimiento de los individuos que hay en ella, y es necesario que todo cuerpo se mueva en una sola dirección, resulta imperativo que el cuerpo se mueva hacia donde lo lleve la fuerza mayor, es decir, el consenso de la mayoría”.⁷

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

⁷ Locke, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, op.cit, p. 112.

“.. Así, lo que origina y de hecho constituye una sociedad política cualquiera, no es otra cosa que el consentimiento de una pluralidad de hombres libres que aceptan la regla de la mayoría y que acuerdan unirse e incorporarse a dicha sociedad. Eso es, y solamente eso, lo que pudo dar origen a los gobiernos legales del mundo”.⁸

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

Empero, reducir la idea de la democracia a un procedimiento en el que se privilegia la regla de la mayoría, como lo siguen haciendo hoy en día algunos de los críticos más importantes del constitucionalismo y de sus dos elementos básicos, como lo son la rigidez constitucional y el control judicial de la constitucionalidad encuentra severas objeciones.

La primera, porque los teóricos de la democracia como regla mayoritaria parecen derivar una legitimidad axiológica del mero recuento de votos. Hay una especie de sobrevaluación de la dimensión axiológica del voto. El argumento se reduce a lo cuantitativo. Es una suma de cosas iguales, dice Sartori, igual voto, iguales derechos, esto se convierte en una situación que genera “mayor derecho”.⁹ Pero los números pueden generar fuerza pero no legitimidad. “Una mayoría es siempre y únicamente una cantidad, y una cantidad no legitima nada”.¹⁰ Sobre la imposibilidad de justificar el principio de mayoría atendiendo al aspecto meramente cuantitativo, también se pronunció Hans Kelsen:

“Sería imposible justificar el principio de la mayoría diciendo que más votos tienen mayor peso que menor cantidad de ellos. De la presunción puramente negativa de que uno no vale más que otro, no puede deducirse positivamente que deba prevalecer la opinión de la mayoría. Si se tratase de inferir el principio de la mayoría de la sola idea de la igualdad, se le daría el carácter mecánico y ausente de espiritualidad que le reprochan los partidarios de la autocracia. Sólo sería la expresión pobremente formulada de la realidad de ser superiores los muchos a los pocos, y la afirmación de ser la fuerza antes que el Derecho, sólo quedaría superada por convertirla en principio jurídico”.¹¹

8 *Ibidem*, p. 114.

9 Sartori, Giovanni. *¿Qué es la democracia?*, *op.cit.*, p. 141

10 *Idem*.

11 Kelsen, Hans. *Esencia y valor.. .op.cit.*, p. 23

“La existencia de una tensión irreconciliable entre constitucionalismo y democracia es uno de los mitos centrales del pensamiento político moderno”.

Pero además, anteriormente señalamos que la regla de la mayoría, en su concepción originaria, era solamente un instrumento, pero a partir del advenimiento del pensamiento moderno, la regla mayoritaria ostenta inclusive un carácter fundacional. El reencuentro con su sentido originario expresaría que la regla de la mayoría es solamente una técnica, o si se quiere un método, pero no expresa ni pretende expresar un sentido axiológico.

Ahora bien, si acercamos la débil noción de democracia entendida como un simple mecanismo mayoritario a la existencia de una carta constitucional que suele atrincherar una serie de bienes y valores jurídicos que dejan de estar a disposición de la voluntad de las mayorías y que además incorpora la existencia de un órgano encargado de ejercer un control jurisdiccional sobre los actos, que emanados del Legislativo, vulneren o restrinjan las propias disposiciones de la carta constitucional, aparece la idea de una “democracia constitucional” a la que se le ha concebido como un *oxímoron*, es decir, la combinación en una misma estructura sintáctica de dos palabras o expresiones de significado opuesto, que origina un nuevo sentido.

Por ende, irrumpe el dilema de optar por la democracia o por la constitución. Bajo esta vertiente, hablar de una democracia constitucional implicaría una contradicción que difícilmente podría ser superada si seguimos sosteniendo la definición de democracia como un sistema en el que las decisiones fundamentales se toman en base a la regla de la mayoría, pues como Stephen Holmes lo dice: “La existencia de una tensión irreconciliable entre constitucionalismo y democracia es uno de los mitos centrales del pensamiento político moderno”.¹²

Esta tensión irreconciliable, desde nuestro punto de vista, subsiste en las teorías que sobre la democracia han vertido algunos de los más importantes teóricos del derecho. Es el caso de Hans Kelsen, quien como ya se dijo, pese a marcar la imposibilidad de justificar el principio mayoritario por medio de una regla estrictamente cuantitativa, la considera un instrumento que, a nivel parlamentario, resulta adecuado para evitar la hegemonía de una clase y conciliable, además, con los derechos de las minorías.¹³ Según Kelsen, las ventajas que ofrece el principio de mayoría dentro del sistema parlamentario como principio de transacción y elemento de equilibrio entre los términos políticos opuestos, resultan apreciables a simple vista en la práctica parlamentaria.¹⁴ En ese sentido, Kelsen define a la democracia del Estado moderno como una democracia mediata, parlamentaria, en la cual la voluntad colectiva que prevalece es la determinada por la mayoría de aquellos

12 Holmes, Stephen. “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, (comp.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 219.

13 Kelsen, Hans. *Esencia y valor...*, *op.cit.*, p. 81.

14 *Ibidem*, p. 86.

que han sido elegidos por la mayoría de los ciudadanos.¹⁵ Puede apreciarse entonces que la noción kelseniana sobre la democracia califica a ésta como un simple método de adopción de las decisiones colectivas. Método que como tal, no involucra la adopción de aspectos sustantivos en el orden social, económico o axiológico.

Ahora bien, otro de los más connotados teóricos del derecho que en sus últimos trabajos se ocupó decididamente por el concepto de democracia es el profesor Norberto Bobbio. En este caso se trata, cuando menos en algunas de sus partes, de una concepción formal o procedimental. Este autor, al proponer lo que él mismo denomina una definición mínima de democracia, la caracteriza como un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos.¹⁶ Al priorizar en esa definición mínima el quién y el cómo, la regla fundamental de la democracia, según Bobbio, es la regla de la mayoría, es decir, “la regla con base en la cual se consideran decisiones colectivas y por tanto obligatorias para todo el grupo las decisiones aprobadas al menos por la mayoría de quienes deben de tomar la decisión”.¹⁷

Pero según Bobbio, esta definición mínima requiere de otra condición, o precondition, si se quiere, y que hace residir en el hecho de que quienes estén llamados a decidir se planteen alternativas reales y estén en condiciones de elegir entre una alternativa y otra. Es aquí donde el profesor Bobbio tiene que recurrir al garantismo de ciertas libertades básicas, como la libertad de opinión, de expresión, de reunión y de asociación. Los derechos, en suma, bajo los cuales emerge el Estado liberal.¹⁸ Al incorporar este tipo de condiciones, la asunción de Bobbio se torna ambigua. O aludimos a la democracia como una simple vía, un procedimiento, un método que como un conjunto de reglas del juego indican el quién y el cómo se pueden tomar las decisiones colectivas, como lo llegó a sostener expresamente.¹⁹ O la democracia está supeditada a una serie de condiciones que quedan fuera de la discusión democrática, lo que aproxima a la noción de una democracia sustancial.

El otro problema que presenta la concepción de la democracia de Bobbio radica en que, en su búsqueda del fundamento ético de la democracia, lo hace consistir en el reconocimiento de la autonomía del individuo. Ahí

15 *Ibidem*, p. 47.

16 Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 24.

17 *Ibidem*, p. 25.

18 *Ibidem*, p. 26.

19 Cfr. Bobbio, Norberto. *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2003. pp.459-460. En esta obra Bobbio expone: “Una definición mínima es, precisamente porque es mínima, realista. Una vía, un método. Se denomina habitualmente concepción procedimental de la democracia: pone el acento sobre las llamadas reglas del juego, el conjunto de reglas que deben servir para tomar decisiones colectivas, las decisiones que interesan a toda la colectividad, con el máximo de consenso y el mínimo de violencia”.

*... en el Estado
Constitucional de
Derecho el legislador es
una instancia acotada,
sujeto a límites y
restricciones. La noción
de la representación
se relativiza y las
características de
omnipotencia y
omnipresencia del
legislador desaparecen
para dar pauta
a la "esfera de lo
indecidible".*

radica, dice Bobbio, la fuerza moral de la democracia. Y su justificación, agrega, se encuentra en el presupuesto de que el individuo, como persona moral y racional, es el mejor juez de sus propios intereses.²⁰

Pero entonces, se explicita la tensión, puesto que no queda claro en la teoría de Bobbio si la existencia de los derechos "liberales" fundamentales incorporados en las cartas constitucionales podría constituir o no una limitación a la autonomía política de los individuos. Por lo tanto, el problema subsiste.

Sin embargo, considero que el aparato conceptual que permite superar tal situación es el que se separa de la tradicional noción de Estado de Derecho y accede a la estructura del Estado Constitucional de Derecho. En la noción típica del Estado de Derecho prima la figura del legislador y su voluntad. Del mismo modo, el producto normativo del legislador, la ley y el proceso del cual emana, la legislación, ocupan un estatus primordial.²¹ En cambio, en el Estado Constitucional de Derecho el legislador es una instancia acotada, sujeto a límites y restricciones. La noción de la representación se relativiza y las características de omnipotencia y omnipresencia del legislador desaparecen para dar pauta a la "esfera de lo indecible", es decir, aquella porción de decisiones políticas fundamentales que se sustraen del alcance del poder legislativo.

Ante tal escenario, el concepto de democracia, que bien podríamos identificar como un concepto de democracia eminentemente formal, concebido como un método para tomar decisiones públicas mediante el principio de las mayorías y que únicamente suele hacer referencia al quién y al cómo de las decisiones, deja de ser prioritario, para dar paso a una concepción de la democracia de corte sustancial en la que son los

²⁰ *Ibidem*, p. 457.

²¹ Tal como nos ilustra uno de los máximos representantes del realismo jurídico escandinavo, el profesor Alf Ross, quien en su obra más conocida *Sobre el derecho y la justicia*, publicada por primera vez en 1958, señala: "La fuente más importante en el derecho de Europa continental de hoy está constituida, sin duda, por las normas sancionadas por las autoridades públicas. De hecho, los jueces se sienten obligados, en alta medida, por las declaraciones de la legislatura, y la doctrina ideológica oficial expresa que el derecho legislado (en sentido amplio) tiene fuerza obligatoria absoluta". En la obra del célebre iusfilósofo la Constitución forma parte de la "legislación en sentido amplio". Dice Alf Ross: "Toda sanción en ejercicio de una competencia es conocida bajo el nombre común de legislación. Tomada la palabra en un sentido amplio, la legislación comprende no solo la constitución (si es escrita) y las leyes del Parlamento, sino también todo tipo de normas sancionadas subordinadas y autónomas, cualquiera sea el nombre con que se les designe: órdenes del Consejo, reglas y órdenes estatutarias, reglamentos de autoridades locales, de corporaciones autónomas, de iglesias, etc.". Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1970, pp. 76-77. Asimismo, gran parte de la ideología que enroniza al legislador y su producto se encuentra en el pensamiento exegético, según la cual el derecho es siempre creado por el legislador. el derecho se encuentra en el código y es creado de una vez y para siempre, con pretensiones de plenitud, coherencia y completa unidad.

derechos fundamentales los vínculos tanto negativos como positivos impuestos a la democracia constitucional. Los primeros, entendidos como vínculos generados por los derechos de libertad que ningún tipo de mayoría puede restringir o excluir, y los segundos, concebidos como vínculos relativos a lo que la misma Constitución, en el ámbito de sus prescripciones fundamentales considera como tareas que el legislador debe cumplir, sobre todo, en el ámbito de los derechos sociales.

En este contexto, alejado de la democracia como mera regla o principio de las mayorías, la legitimidad de las instituciones públicas aparece vinculada a la tutela y efectividad de los derechos fundamentales. En esta dimensión, los actos del legislativo, presupuestamente representante típico de las mayorías, deberán sujetarse a los derechos fundamentales y a las garantías de los mismos puestas regularmente en la Constitución.

La concepción del Estado Constitucional de derecho, en el que lo medular, a riesgo de redundar, es el respeto a los derechos fundamentales y donde la lectura de las restantes reglas del ordenamiento debe hacerse a partir de la existencia de los mismos, permite delinear la posibilidad de una legitimación democrática del juez constitucional. Claro está, sería imposible aludir a una legitimidad democrática de dicha figura si tenemos en mente la idea de la democracia como la regla de la mayoría, pero si por el contrario, concebimos la idea de la democracia vinculada al respeto de derechos fundamentales básicos, es posible delinear el reforzamiento del juzgador constitucional a partir de cierta noción de republicanismo que destaca la limitación del poder y entroniza la opción por los principios inherentes a las libertades básicas de los individuos.

Es pertinente en este punto recordar las consideraciones planteadas por el profesor Luigi Ferrajoli, quien al aludir al viejo paradigma del Estado de Derecho sostiene que la sujeción del juzgador con relación a la ley ya no se agota en la sujeción a la letra de la ley, cualquiera que sea éste su significado, “sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”;²² Y esta sujeción a la Constitución, diríamos nosotros, implica, cuando menos en el panorama del constitucionalismo contemporáneo, la sujeción de la ley a las libertades y derechos fundamentales de los individuos.

La Constitución que se tiene en mente hoy, representa un conjunto de normas jurídicas que no solamente justifican su carácter constitutivo en el establecimiento, diseño, organización y relaciones mutuas de los poderes públicos,²³ sino en la incorporación de un catálogo de derechos

²² Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 2006.

²³ Este tipo de conceptos que fijan como contenido esencial de una Constitución el aspecto orgánico, prevalecieron durante mucho tiempo en las doctrinas constitucionales tradicionales, a partir del influjo de obras como la de Georg Jellinek que señala que la Constitución de los Estados comprende “...los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la

fundamentales básicos que, por regla general, quedan excluidos de la dimensión participativa del concepto tradicional de la democracia.

Si bien el significado de la expresión de “derechos fundamentales” es una expresión difícil de significar,²⁴ siguiendo a Luigi Ferrajoli, son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “estatus” la condición de un sujeto, prevista por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.²⁵

Es precisamente en su faceta de garante de los derechos fundamentales donde es posible configurar un aspecto positivo en la problemática de legitimidad del control judicial de la constitucionalidad. En la aproximación de la jurisdicción constitucional al rubro de los derechos fundamentales puede adquirir el juez constitucional una legitimidad propia, sobre todo en el contexto de las exigencias

.....
situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado”. Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, Oxford, México, 1999, p. 302. En el mismo sentido, el profesor Felipe Tena Ramírez señala: “Crear y organizar a los poderes públicos supremos, dotándolos de competencia, es, por lo tanto, el contenido mínimo y esencial de toda Constitución”. Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1990, p. 22.

- 24 Sobre la equívocidad del término, Antonio Pérez Luño, divide en tres grupos los usos que la doctrina en general realiza sobre los derechos fundamentales. En primer lugar, algunos autores utilizan la expresión para referirse a los derechos humanos positivizados en las constituciones estatales; otros designan con ella los principios que contienen la cosmovisión que inspira cada ordenamiento; y unos terceros aluden a la síntesis de las garantías individuales contenidas en la tradición de los derechos públicos subjetivos y las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional del derecho. Barranco, María del Carmen. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, 2010.
- 25 Ferrajoli, Luigi. *op.cit.* p. 37. Nos adherimos a la definición de Luigi Ferrajoli sobre los derechos fundamentales pues consideramos que se separa del esencialismo al que se orientan muchas de las definiciones de cuño iusnaturalista que consideran a los derechos fundamentales como derechos emanados de una supuesta “naturaleza de las cosas”, con contenidos ahistóricos, eternos, inmutables y trascendentes. Ferrajoli caracteriza su propia definición, primero, como una definición teórica —no dogmática— pues aun estando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por las leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia de hecho de que tales derechos se encuentren formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan enunciados en normas de derecho positivo. En segundo término, como definición formal o estructural, en el sentido de que prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación. Y en tercer término, se trata de una definición ideológicamente neutral, en cuanto es independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados por los derechos fundamentales.

que el constitucionalismo social impone a la agenda de la jurisdicción constitucional contemporánea, acostumbrada solamente en el pasado a tomar conocimiento, por un lado, de las disputas orgánicas por la distribución del poder político, y, por el otro, a tener cierta injerencia en la protección de las denominadas libertades negativas de los ciudadanos.

Hoy ese paradigma ha sufrido cambios, al extenderse la materia fundamental de los derechos a los derechos económicos y sociales —de segunda y tercera generación— que implican el goce de las libertades positivas consagradas en el constitucionalismo social. Esto expande el tradicional papel de la justicia constitucional hacia la definición del alcance de las prestaciones sociales del denominado Estado de bienestar.

Es el juez constitucional el que se encuentra legitimado bajo esta concepción de la democracia constitucional para pronunciarse a favor de los derechos inalienables e indisponibles a la voluntad de las mayorías. No es el legislador el que en este panorama sea capaz de propiciar la mejor defensa a los derechos fundamentales de los gobernados. En la defensa de lo que no se puede decidir y de lo que no se puede no decidir, facetas negativas y positivas del coto vedado, la representación, la voluntad general y el influjo mayoritario pudieran representar un riesgo y un retroceso en la lucha histórica por los derechos fundamentales. La regla de la mayoría, excluida de un escenario dirigido por los objetivos ceñidos a una práctica política y social sustantiva que privilegie derechos fundamentales básicos se reduce a una versión numérica del poder del más fuerte. Y un sistema mayoritario puro no susceptible de sujetarse a condiciones sustantivas mínimas puede establecer, ante el simple recurso a su fuerza mayoritaria, cualquier tipo de contenido en las disposiciones fundamentales.

De la evolución de la incorporación de los derechos fundamentales a las cartas constitucionales se puede apreciar como, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, los ordenamientos jurídicos occidentales cuentan con Constituciones que han introducido un gran número de principios básicos relativos no solamente a derechos de libertad, certidumbre e igualdad sino, también derechos sociales básicos que imponen a los Estados acciones de intervención en la sociedad, de forma que, las instituciones políticas no pueden limitar su comportamiento al ámbito de la no interferencia de los derechos de libertad de los ciudadanos, sino que tendrían que desplegar acciones positivas tendientes a aminorar la brecha existente entre validez y efectividad de las normas.

Los derechos sociales de cuya protección también la jurisdicción constitucional contemporánea tiende a ocuparse cada vez en mayor medida, pueden constituir, en algunos casos, auténticos presupuestos para que los derechos a las libertades básicas puedan ser ejercidos por los individuos de manera plena.

Sin embargo, estamos conscientes de que uno de los grandes problemas que enfrentan los derechos sociales es el de sus garan-

tías, puesto que ni siquiera en sistemas políticos de amplio desarrollo estos derechos están asegurados para toda su población. En ese sentido, el tratamiento que la jurisdicción constitucional debe proporcionarles haría énfasis en el progresivo desenvolvimiento de los alcances de su ejercicio.

Por ende, este enfoque hacia la legitimidad de la actuación de los jueces constitucionales implica que, hoy en día, el papel de dichos operadores no debe concebirse como un mero legislador negativo, como en los orígenes del control judicial de la constitucionalidad europeo fue diseñada su función, sino como un auténtico legislador positivo que, sin caer en el activismo judicial desbordado y arbitrario, desempeñe la función de garante de la Constitución cuidando no solamente la coherencia del propio ordenamiento al detectar las posibles contradicciones entre actos legislativos ordinarios y normas constitucionales, sino también expandiendo su papel a la búsqueda de la reducción de la falta de completitud del ordenamiento, sobre todo, en el desarrollo de la idea de los derechos fundamentales de la libertad y en el ámbito de los derechos sociales consagrados regularmente en las Constituciones con diversos grados de ambigüedad y vaguedad.

Esta tutela de la jurisdicción constitucional sobre los derechos fundamentales hasta antes de la segunda posguerra resultaba una atribución competencial inexistente, sobre todo en los sistemas de control constitucional concentrado, enfocado muchas de las veces hacia disputas sobre la competencia de los órganos del Estado y los ámbitos espaciales de su actuación, desplegando pues, una jurisdicción constitucional que no terminaba de entender su papel como garante de los derechos materiales básicos de los individuos.

El garantismo de los derechos fundamentales que hoy pueden ofrecer los tribunales constitucionales se podría equiparar, en el contexto de una sociedad democrática contemporánea, con la importancia que tiene la incorporación de los derechos fundamentales en las cartas constitucionales, pues esos derechos sin garantías que los sustenten, no significarían algo más que una abstracción artificiosa.

Cabría preguntarse entonces qué rol desempeña la jurisdicción constitucional en el contexto de una democracia mínima o procedimental y qué papel desenvuelve en el escenario de una democracia constitucional. En ese sentido, se podría afirmar que en una democracia mínima o estrictamente procedimental su papel se reduce al de una figura heterocompositiva que busca superar el conflicto en la lucha por la competencia orgánica de los distintos rubros del poder público; en cambio, la jurisdicción constitucional aparece, en la democracia constitucional como uno de los más importantes mecanismos en la defensa de las libertades y los derechos básicos.

En la democracia constitucional, tanto el atrincheramiento de los derechos fundamentales como el control judicial de la constitucionalidad

son elementos imprescindibles. En la democracia mínima ni uno ni otro de estos elementos son necesarios. El ejemplo más evidente de este último escenario puede ser Inglaterra, país que no cuenta con una carta constitucional en la que se establezcan de manera explícita los derechos fundamentales, así como tampoco cuenta con mecanismo de control judicial de la constitucionalidad. Pero los ejemplos de sistemas políticos que carezcan de control judicial de la constitucionalidad son aislados y, donde aún perduran, se trata de naciones caracterizadas por altos niveles de eficacia y eficiencia de sus normas, así como una acentuada cultura de la legalidad y un respeto a las libertades de los ciudadanos. En esos sistemas la democracia tiende a funcionar mediante otros mecanismos de control y equilibrio entre los poderes, así como por medio de instancias de representación efectiva. No sucede lo mismo en sistemas donde la democracia representativa²⁶ es demasiado frágil y tanto los intereses como las demandas de los grupos y los individuos no encuentran un

26 La crítica al principio de la representación es antiquísima pues solamente basta recordar el escepticismo de Rousseau frente al mismo: "La soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada: consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa; o es ella misma, o es otra: no hay término medio. Los diputados del pueblo no son, pues, ni pueden ser sus representantes, no son más que sus delegados; no pueden acordar nada definitivamente. Toda ley que no haya ratificado personalmente el pueblo es nula; no es una ley. El pueblo inglés se cree libre, y se equivoca de parte a parte; sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento; en cuanto lo ha elegido, es esclavo, no es nada." Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*, M.E. Editores, Madrid, 1993, p.130. Asimismo, es pertinente traer a colación la crítica de la representación que se esboza a partir de una perspectiva marxista reconstruida por el profesor Carlos de Cabo Marín, quien sostiene que la teoría de la representación constituye un montaje teórico que desempeña un papel muy concreto en la operación ideológica de ocultamiento de la realidad, de presentación puramente aparental de la misma que tiene lugar a través de múltiples y complejos procesos: "El de referencia es bien conocido: desde los supuestos de libertad e igualdad, en el concreto sentido en que son necesarios a las relaciones propietario-trabajador, se proclama la libertad e igualdad abstractas; de esta forma, homogeneizada la sociedad mediante su reducción a un conjunto de hombres 'libres e iguales', se configura ideológicamente la unidad sociopolítica 'nación'; a partir de esta unidad aparental se construye el supuesto legitimador de la soberanía nacional, soberanía que sólo adquiere expresión unitaria y entidad operativa concreta a través de las instituciones estatales y mecanismos descritos. Y todo esto ¿qué supone? Supone, ni más ni menos, que las clases no aparecen, en virtud de este proceso ideológico, por ninguna parte; que se desconocen, que se actúa como si no existieran, que se trata en definitiva de evitar su penetración política: y precisamente las teorías de la representación y sus correctivos son las encargadas de hacer finalmente operativa esta defensa en la última y definitiva fase del proceso; contribuyen, pues, a lograr el llamado 'efecto aislamiento' de las relaciones económicas, típico del Estado capitalista, y a la vez a construir su unidad, que no es sino la reconstrucción a nivel político de la clase o clases dominantes. La representación, pues, utilizada primero para evitar los peligros de la democracia directa, ha servido después para evitar los peligros de las clases". De Cabo Martín, Carlos. *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, pp.132-133.

encauzamiento efectivo por esa vía. Como Pérez Tremps lo dice, puede constituir un lugar común pero es pertinente considerar que en muchos países latinoamericanos existe, en mayor o menor medida, una crisis de legitimidad de las instituciones y que responde a un cúmulo de razones entre las que se encuentra, entre otras, la propia crisis de los partidos políticos, abusos sistemáticos del poder, elementos estructurales de tipo económico, prácticas de corrupción política, etc.²⁷

III.- A MANERA DE CIERRE

Al establecerse una ecuación identificativa entre democracia y regla de la mayoría, el dualismo “democracia y Constitución” es insostenible, pues la simple existencia de una carta constitucional supone que un conjunto de derechos quedan a salvo del vaivén mayoritario. Las concepciones mínimas o meramente procedimentales de la democracia no logran superar la tensión entre ésta y el constitucionalismo.

Ante esta irreductible tensión, es necesario transitar del paradigma del Estado de Derecho, caracterizado por la omnipresencia del legislador y su producto normativo, hacia un Estado Constitucional de Derecho donde la legislación es una figura acotada y relativizada en virtud de la preeminencia de la Constitución y donde la legitimidad de las instituciones se encuentra íntimamente vinculada a la tutela, expansión y efectividad de los derechos fundamentales, derechos que no pueden quedar reducidos a los derechos típicos de la concepción paleoliberal correlativos a la obligación que el Estado tiene de no interferir en su esfera primordial, sino extenderse a los derechos sociales que, a su vez, imponen a los Estados acciones de intervención en la sociedad.



²⁷ Pérez Tremps, Pablo. *Escritos sobre justicia constitucional*, Porrúa, México, 2005.