

JUSTICIA CONSTITUCIONAL, DERECHOS HUMANOS
Y ARGUMENTO CONTRAMAYORITARIO

Rodolfo Vázquez

La última ola democratizadora en América Latina hizo pensar a muchos que había llegado la hora para transitar —como ya se estaba operando en Europa desde hacía muchos años— de un Estado legislativo o legal hacia un Estado constitucional de derecho. En los últimos años, sin embargo, se percibe en la región, como dijo algún analista político, una «epidemia de poderes especiales» en Venezuela, Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Argentina. Todo indica, como bien decía Zaffaroni, que lejos de enfilarnos desde un Estado legal de derecho a uno constitucional, involucionamos —otra vez— hacia un Estado «decretal» de derecho¹. En este contexto no es raro, como sucedió hace quince o veinte años que la ciudadanía dirija la mirada hacia el poder judicial. La diferencia es que ahora no estamos saliendo de dictaduras, sino que venimos de regreso de la oleada democrática.

En México, en particular, existen condiciones objetivas que explican la expansión del poder de los jueces. Una de ellas es el proceso de democratización y las sucesivas reformas de 1988 y 1994 del sistema judicial, que crearon una atmósfera adecuada para problematizar el tema de la independencia judicial: 1988 resulta un año bisagra en México por la sospecha de fraude electoral y, al mismo tiempo, la generación de condiciones de competencia política; y por la otra, porque las reformas al Poder judicial de 1987, implementadas en 1988, ubican a este último en una relación diferente con el poder político, es decir, convierten a la Corte en un Tribunal Constitucional². Unida a esta condición, comienza a percibirse un papel activo de los tribunales en la medida en que se incrementó

1. E. R. Zaffaroni, «Dimensión política de un poder judicial democrático», en M. Carbone, H. Fix-Fierro y R. Vázquez (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, Porrúa/UNAM, México, 2004, p. 120.

2. Véase K. Ansolabehere, *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, FLACSO/Fontamara, México, 2007, p. 124.

el nivel de contenciosidad a partir de las reformas al artículo 105 constitucional, que contempla tanto las acciones de inconstitucionalidad como las controversias constitucionales. Otra condición objetiva en México es el redimensionamiento del Poder judicial a partir de un cuestionamiento a fondo del principio de división de poderes: de un partido hegemónico a un gobierno dividido en las cámaras que favorece un mayor equilibrio entre los poderes. Finalmente, compartida por muchos países de la región, una creciente desconfianza de la ciudadanía en los partidos políticos que ha reorientado la mirada hacia el Poder judicial como un factor de equilibrio para la gobernabilidad democrática³.

En este marco emergente del poder judicial en contextos democráticos, o mejor, en países en transición democrática, en el que las Cortes presentan el lado oscuro y luminoso de las decisiones, aciertos e inconsistencias y en la que aún no sabe cómo reaccionar frente al debate abierto y público, que en ocasiones ella misma provoca, y reforzada la facultad de estos órganos judiciales para controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas —leyes o decretos, por ejemplo— que dictan los órganos democráticos, legislativo o ejecutivo, la pregunta parece pertinente: ¿debe asumir la Corte este papel tan relevante?

No es sino hasta estos últimos años que el debate sobre la justicia constitucional y el proceso democrático ha cobrado un gran vigor académico e intelectual en los países de habla castellana, y México no ha sido la excepción. Desde la teoría y filosofía jurídicas, el debate ha girado en torno al control judicial de constitucionalidad a partir de la ya célebre «dificultad contramayoritaria». Asumiendo con seriedad esta dificultad, el propósito de este ensayo, es argumentar en favor de la justicia constitucional como condición necesaria, pero no suficiente, para la existencia de un Estado democrático de derecho. Este último entendido bajo una concepción sustantivista de la democracia por la que el reconocimiento, garantía y promoción de los derechos humanos ocupa un lugar central.

1. LA DIFICULTAD «CONTRA-MAYORITARIA»

El debate, como sabemos, se ha planteado entre dos extremos: o la autorrestricción judicial a partir del principio de división de poderes y de una concepción de la democracia formalista (los jueces carecen de legitimidad democrática y son los menos autorizados para controlar la legalidad y constitucionalidad de las normas); o bien, el activismo judicial y el decisionismo sin contrapesos democráticos que, pese a los riesgos, posibilitaría, entre otras cosas, la salvaguarda de los derechos fundamentales —y de manera relevante el de las minorías— consagrados en la Constitución.

3. Véase M. Carbonell, H. Fix-Fierro y R. Vázquez (comps.), *Jueces y derecho*, cit., pp. x-xi.

Tengo la impresión de que cuando se plantea este debate se hace por lo general imaginando las posiciones en estado puro y contraponiendo los antimodelos desde una u otra posición: o el tipo ideal de parlamento *vs.* una «visión apocalíptica de la jurisdicción»; o el parlamento convertido «en verdadera agencia de gestión de intereses corporativos» *vs.* el ideal de juez imparcial e incorrupto⁴. Resulta tan pernicioso hacer valer el argumento contramayoritario en países en procesos de democratización y buscar *in extremis* la legitimidad judicial de origen, digamos por vía electoral⁵, como defender el control de constitucionalidad dando luz verde a un decisionismo judicial reaccionario y aristocrático. Creo, además, que se maneja la falsa idea, como bien lo ha demostrado Courtis, de que la autorrestricción judicial conduce a decisiones de tipo conservador, mientras que el activismo judicial conduce a decisiones de tipo progresista, cuando lo cierto es que nada impide pensar que el activismo judicial tenga tintes conservadores⁶. El debate es de largo aliento y, en sus extremos, constituye un reto para la implementación del modelo de democracia constitucional. En los términos de Javier Couso tal modelo se enfrenta al desafío de la «tentación populista» o al desafío de la «utopía neoconstitucional»⁷.

En Hispanoamérica el debate ha adquirido carta de ciudadanía desde mediados de los noventa a partir de las obras pioneras de Carlos Nino⁸, Roberto Gargarella⁹ y Víctor Ferreres¹⁰. A estos se han incorporado ya un sinnúmero de voces eminentes, algunas de ellas recogidas en el número inaugural de *Discusiones*¹¹. La última versión de la propuesta de Juan Carlos Bayón (2004), tiene razón Moreso, cierra en cierto modo el debate y «a partir de ahora quien quiera referirse seriamente a esta cuestión deberá partir de dicho trabajo y, en este sentido, cierra una puerta y abre

4. Véase J. C. Bayón, «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en J. Betegón, L. Francisco, J. R. de Páramo y L. Prieto Sanchís (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2004, p. 100, n. 92.

5. En un caso insólito, la Nueva Constitución Política de Bolivia, en vigor desde el 7 de febrero de 2009 tras ser aprobada en referéndum, contempla en su artículo 182, párrafo I, que: «Los Magistrados y las Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos y elevados mediante sufragio universal». Para un comentario crítico a la «nueva oleada de reformas [constitucionales] en Latinoamérica», véase R. Gargarella, «Cambiar la letra, cambiar el mundo», en *El País*, Madrid, 13 de octubre de 2008.

6. C. Courtis, «Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales», en M. Carbonell, H. Fix-Fierro y R. Vázquez (comps.), *Jueces y derecho*, cit., pp. 410 ss.

7. J. Couso, «Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional», en *Anuario de Derechos Humanos 2010*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.

8. C. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

9. R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

10. V. Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 1997.

11. Participan en este número J. J. Moreso, R. Gargarella y J. C. Bayón, Bahía Blanca, Argentina, noviembre 2000.

otra hacia una morada más amplia y luminosa»¹². En México, el debate comienza a desarrollarse a partir de algunos textos de Miguel Carbonell¹³ y de Pedro Salazar¹⁴ y ha sido recogido y promovido, con la participación de varios académicos, en la revista *Nexos*¹⁵. Con estos antecedentes me atrevería a decir que este debate es ya parte de la agenda de autores mexicanos y va adquiriendo una especial fisonomía, dadas las circunstancias de nuestros países latinoamericanos en transición o en proceso de consolidación democrática.

Como sabemos, el constitucionalista estadounidense Alexander Bickel advirtió sobre la dificultad contramayoritaria con los siguientes términos:

La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema [...] cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella fuerza la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora. [...] El control judicial pertenece del todo a una esfera diferente de la democracia, y ésta es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático¹⁶.

En palabras del filósofo del derecho Genaro Carrió:

Cómo es posible que una ley sancionada tras amplio debate por los representantes del pueblo democráticamente elegidos, quede sometida o supeditada, en cuanto a su validez constitucional, al criterio de los integrantes de un grupo aislado, no elegidos por procedimientos suficientemente democráticos, no controlados en su actuación por los representantes del pueblo y, en la práctica institucional efectiva, no responsables ante ellos¹⁷.

Las circunstancias de la «dificultad contra-mayoritaria», en términos de Víctor Ferreres¹⁸, podrían resumirse en las tres siguientes:

1. *La menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional.* La ley que hay que enjuiciar proviene de un Congreso elegido pe-

12. J. J. Moreso, «Bayón acerca de los fundamentos del constitucionalismo», inédito.

13. M. Carbonell, *La Constitución en serio*, Porrúa/UNAM, México, 2001; Íd. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009; Íd., *Los derechos fundamentales en México*, UNAM, México, 2004.

14. P. Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE/UNAM, México, 2006.

15. Véase *Nexos* 329 (2005), 332 (2005), 342 (2006), 344 (2006) y 354 (2007). Varios de estos trabajos son recogidos en R. Vázquez (comp.), *Corte, jueces y política*, Nexos/Fontamara, México, 2007.

16. A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1962, pp. 16 ss.

17. G. Carrió, «Una defensa condicionada de la *Judicial Review*», en C. Nino et al., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, CEC, Madrid, 1991, p. 148.

18. V. V. Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, cit., pp. 42-45.

riódicamente por el electorado, por sufragio universal. El juez constitucional, en cambio, no es elegido periódicamente por el electorado por sufragio universal. En México el ejecutivo federal (el presidente de la República) propone una terna al Senado y este elige al futuro ministro de la Suprema Corte entre los miembros de la terna presentada. En esta elección no participa la Cámara de diputados.

2. *La rigidez de la constitución.* El Congreso no puede neutralizar fácilmente (a través de la reforma constitucional) la decisión del juez constitucional de declarar inválida una ley, pues la constitución solo puede reformarse a través de un procedimiento gravoso. En México de acuerdo con el artículo 135 de la Constitución «se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de los legisladores de los Estados».

3. *La controvertibilidad interpretativa de la Constitución.* La interpretación del texto constitucional es problemática (especialmente en materia de derechos y libertades), dada la abundancia de «conceptos esencialmente controvertidos» y de colisiones entre las diversas disposiciones.

Con respecto a esta última circunstancia, vale decir que si se parte de la idea de que el juez solo 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 estos 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?

2. CRÍTICAS AL ARGUMENTO CONTRAMAYORITARIO: DWORKIN, GARZÓN VALDÉS Y FERRAJOLI

Dicho lo anterior, si aceptamos con seriedad la dificultad contramayoritaria, la pregunta a responder sería la siguiente: ¿Qué razones justificarían un papel activo de los jueces en el contexto de un Estado democrático de derecho? Digo aceptando con seriedad esta dificultad, porque existen teorías que la niegan o simplemente minimizan su importancia. Tal es el caso de Ronald Dworkin cuando justifica la necesidad de la justicia constitucional porque son los jueces los encargados de velar por las pre-condiciones de la democracia. Lo que esto supone es que el juez debe acertar en sus decisiones para compensar el costo democrático que supone anular una ley votada por el Congreso. Es claro que Dworkin acepta que los jueces se equivocan, pero se equivocan menos que los congresistas. La pregunta entonces es por qué los jueces se equivocan

menos que los congresistas o por qué aciertan más veces¹⁹. La respuesta a estas preguntas no queda muy clara en la propuesta dworkiniana, menos aún cuando el propio Dworkin, como hace notar Bayón, sostiene que la decisión constituyente acerca de si han de constitucionalizarse derechos como «triumfos frente a la mayoría» debe adoptarse mediante un referéndum, es decir, bajo un criterio mayoritario²⁰.

Otro caso es el de Ernesto Garzón Valdés cuando argumenta que en regímenes democráticos se requiere que el juez «cultive una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema y, por otra, que mantenga una manifiesta imparcialidad con respecto a los conflictos de intereses que tiene que resolver»²¹. El juez adopta frente a las normas básicas del sistema, en términos de H. Hart, un «punto de vista interno», que a diferencia del «punto de vista externo», no se apoya en razones prudenciales de costo-beneficio o de negociación-compromiso. Este último es el ámbito reservado a lo político:

La función de los jueces supremos, continúa Garzón, no consiste en expresar en sus fallos la voluntad popular sino, por el contrario, en poner límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de esa voluntad²².

La pregunta, entonces, es cómo garantizar la independencia judicial si los jueces son designados, finalmente, por el poder político. Garzón menciona, por ejemplo, la elección de los jueces por un periodo determinado sin posibilidad de reelección, y no por vida; o bien, la designación de los jueces con la aprobación de los dos tercios del Parlamento, y podríamos añadir otras disposiciones. Pero el esfuerzo de Garzón se concentra en la noción de *confianza*: «Con respecto a los tribunales supremos, afirma Garzón, en vez de hablar de *responsabilidad democrática* conviene utilizar el concepto de *confiabilidad judicial*». Esta supone el aseguramiento de ciertos límites infranqueables en lo que Garzón ha dado en llamar el «coto vedado», y así, la competencia de control de calidad de los tribunales supremos: «se reduce a aquellas disposiciones que afectan a los principios y derechos de lo que suelo llamar el 'coto vedado' a la discusión y negociación legislativa y/o gubernamental». Para el coto vedado vale la prohibición de reforma. Garzón ejemplifica con el artículo 79.3 de la Ley Fundamental alemana²³.

19. Véase R. Dworkin, «Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise», en *Freedom's Law*, HUP, Harvard, 1996.

20. Véase J. C. Bayón, «Democracia y derechos...», cit., p. 88. Bayón cita a Dworkin en «Constitutionalism and Democracy»: *European Journal of Philosophy*, 3 (1995), p. 10.

21. E. Garzón Valdés, «El papel del poder judicial en la transición democrática», en J. Mallell, J. Orozco y R. Vázquez, *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 129.

22. *Ibid.*, p. 131.

23. E. Garzón Valdés, «El consenso democrático: Fundamento y límites del poder de las minorías»: *Isonomía* (ITAM, México), 12 (2000), p. 24.

La propuesta de Garzón se enfrenta a la «paradoja de las pre-condiciones», sobre la que volveré más adelante, y al hecho de que: «no hay ninguna razón sólida para dar por sentado que los ciudadanos en general y los legisladores en particular actúen *sistemáticamente* movidos por consideraciones de interés propio, y nunca por razones de principio que sean expresión de diferentes concepciones de lo justo»²⁴; tal como lo han puesto de manifiesto, entre otros, Jeremy Waldron y Cass Sunstein. El punto de vista interno no es privativo, entonces, de la actividad judicial.

Finalmente, para Luigi Ferrajoli, los derechos humanos constituyen una «esfera de lo indecible»:

Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecible que* y de lo *indecible que no*; y actúan como factores no solo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones²⁵.

La constitución atrinchera y garantiza tales derechos y no se sujeta al consenso de la mayoría:

Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. [...] El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías²⁶.

A partir de este argumento Ferrajoli justifica la justicia constitucional como garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

De nueva cuenta, nos enfrentamos aquí a la «paradoja de las pre-condiciones» y a la «amenaza de las mayorías». Si esta última se constituye en una amenaza es porque Ferrajoli presupone que los derechos son por definición derechos de las minorías o de los más débiles frente o contra las mayorías. Si bien este argumento tiene su peso, es claro que no tiene por qué ser necesariamente malo que la mayoría sea hostil a las pretensiones

24. J. C. Bayón, «Democracia y derechos...», cit., p. 100.

25. L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2010, p. 24.

26. L. Ferrajoli, «Pasado y futuro del Estado de derecho», en M. Carbonell, W. Orozco y R. Vázquez, *Estado de derecho. Fundamentos y legitimación en América Latina*, Siglo XXI, México, 2002, p. 203.

de una minoría, especialmente cuando esta se manifiesta como injusta y socialmente dominante²⁷.

A la pregunta que se formula Moreso: ¿Está justificada la idea de primacía de la constitución, esto es, la idea de atrincherar determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría?²⁸. La respuesta, estoy de acuerdo con él, debe ser afirmativa y en esta dirección se encaminan los autores que hemos citado. Este atrincheramiento no tiene que ver solamente con los derechos civiles y políticos, sino también con los llamados genéricamente derechos sociales y los derechos comunitarios. En el nuevo constitucionalismo latinoamericano de los últimos veinte años hemos asistido a una expansión de derechos que ha sido severamente cuestionada en términos de su posible exigibilidad judicial, como veremos en el siguiente apartado. Se ha hablado incluso de constituciones «poéticas» o en el mejor de los casos como expresiones de buenos deseos. A este respecto, tienen razón Gargarella y Courtis cuando califican tales juicios de exagerados y en buena medida errados:

[...] dicha crítica no advierte que en algunos países como Colombia o, más recientemente Argentina, estos textos tan exigentes y llenos de derechos no se han convertido en «pura poesía». Por supuesto, la distancia que separa a las aspiraciones y exigencias de estos textos de las realidades hoy existentes en países como los citados, es abrumadora. Sin embargo, también es cierto que, en buena medida gracias al status constitucional que se le ha asignado a algunos reclamos, muchas personas de carne y hueso resultaron reivindicadas en sus demandas por derechos²⁹.

3. POR LA DEFENSA DE UN CONTROL JUDICIAL: ELY, NINO Y ALEXY

Sin embargo, de la respuesta afirmativa a la pregunta por la necesidad de atrincherar los derechos a nivel constitucional: ¿se sigue que está justificado establecer un mecanismo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes³⁰ asumiendo las circunstancias de la dificultad contramayoritaria, en los términos de Ferreres? Para contestar esta pregunta hay que comenzar por aceptar con Gargarella y Bayón, y a diferencia de los autores analizados, que la objeción democrática al constitucionalismo debe tomarse en serio. En términos de Bayón:

27. Véase J. C. Bayón, «Democracia y derechos...», cit., pp. 103-104.

28. J. J. Moreso, «Derechos y justicia procesal imperfecta»: *Discusiones* (Bahía Blanca, Argentina), 1/1 (2000), p. 101.

29. R. Gargarella y C. Courtis, «El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes», documento preparado para CEPAL/ASDI, serie Políticas sociales, 153, Santiago de Chile, noviembre de 2009, p. 32.

30. J. J. Moreso, «Derechos y justicia procesal imperfecta», cit., p. 101.

Hacer frente a la pregunta fundamental de si dos criterios distintos de legitimidad del poder que en principio nos parecen igualmente esenciales e irrenunciables conviven armoniosamente en una relación de complementariedad libre de fricciones o, por el contrario, pueden colisionar y resultar difíciles de acomodar en un diseño institucional coherente.

Adoptar el control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes ordinarias supone un costo democrático por el valor intrínseco de la misma democracia constitucional, es decir, por «el derecho de todos los miembros del cuerpo político a participar en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas»³¹. Por lo tanto, si aceptamos este costo: ¿es necesario sostener la justicia constitucional como relevante para la construcción de un Estado democrático de derecho? Pienso que la respuesta, de nueva cuenta, debe ser afirmativa, contra la opinión de Bayón y de Moreso, pero para explicar el alcance de la misma me gustaría traer a la discusión las propuestas de John Ely, de Carlos Nino y de Robert Alexy.

Un buen intento en favor de una participación activa de los jueces es el de que se constituyan, como propone Ely, en *controladores del mismo procedimiento democrático*. Una concepción deliberativa de la democracia maximizará su capacidad epistémica si se cumplen algunas condiciones como las relativas a la amplitud de participación de los afectados por las decisiones o medidas que se discuten; la libertad para expresarse en el debate y en la discusión; la igualdad de condiciones con que se participa; la exigencia de justificación de las propuestas; etc. Las reglas del proceso democrático deben estar orientadas a garantizar la mejor disposición de estas condiciones.

Ahora bien, son precisamente los jueces quienes están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goce de una presunción de validez que a efectos de justificar una decisión permita al juez poner entre paréntesis su propia reflexión individual. Los jueces, como afirma John Ely, se convertirían entonces en una especie de *referee* del proceso democrático. Cumplirían con una función de «limpieza de canales» que hiciera posible el cambio político y facilitase, entre otras cosas, la representación de las minorías³².

Si alguien preguntara por qué para corregir y ampliar el proceso democrático son mejores los jueces que los órganos democráticos, la respuesta sería que si el proceso está viciado, estos últimos se hallan imposibilitados para arbitrar acerca de su corrección puesto que, como resulta obvio, carecería de valor epistémico. Que los jueces pueden equivocarse, no hay duda alguna, pero el efecto de un control judicial de índole *pro-*

31. *Ibid.*, p. 76.

32. J. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1980. Véase C. S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 694-695.

cedimental consiste en promover las condiciones que otorgan valor epistémico al mismo proceso democrático. Su función sería la de preservar y promover el *proceso* mismo de participación democrática y para este propósito el juez debe asegurar un mínimo, no un máximo, de derechos y libertades individuales; precisamente aquellos derechos que hagan posible el proceso democrático: los civiles y políticos. En esta dirección se encaminan, por ejemplo, las propuestas de Bobbio, Bovero, Pintore y Salazar, liberales todos ellos, defensores de lo que conciben como una concepción «procedimental» de la democracia contrapuesta a una concepción «sustantiva» como la sostenida, por ejemplo, por Garzón Valdés, Ferrajoli, Courtis y Carbonell.

Ely, quizás a su pesar, da otro paso hacia una versión más sustantiva que procedimental de la democracia. Además de los derechos de participación en el proceso político se debe asegurar otro tipo de derecho: el derecho a no ser discriminado. Ely piensa que la democracia se basa en el principio de igual consideración y respeto de las personas. La regla democrática es expresión del principio igualitario, que está en la base de la democracia, y del cual es posible derivar el derecho a no ser discriminado, e incluso, los mismos derechos de autonomía individual: hay una unidad de fondo entre liberalismo y democracia. De esta manera, el procedimiento democrático no se valora meramente por su mayor o menor valor instrumental, sino en sí mismo, es decir, posee un valor intrínseco «para la calidad moral de la vida cívica», en términos de Rawls. El principio de no discriminación, el derecho a no ser discriminado, es una precondition de la democracia, y no parece ser nada controvertible la incorrección que se sigue de excluir a una persona, por ejemplo, por aquellas características raciales o sexuales en cuya posesión no ha mediado acto intencional alguno. La democracia, entonces, descansa sobre una precondition que es necesario asegurar frente a los posibles embates de la mayoría o de una minoría poderosa. Creo que aceptar esta precondition no compromete aún con una concepción sustantiva «fuerte» de la democracia.

De acuerdo con Carlos Nino, el argumento de la custodia de la autonomía de los individuos³³ se sustenta sobre el valor epistémico de la democracia, dado principalmente por la inherente tendencia hacia la imparcialidad que tiene un procedimiento de discusión amplio y con idénticas posibilidades de participación. Según Nino, si aceptamos que existen dos tipos de principios morales posibles: los *intersubjetivos* (públicos), que valoran una conducta por sus efectos en los intereses de otros individuos; y los *autorreferentes* (privados), que valoran una acción por los efectos en la propia vida de acuerdo con ideales de excelencia humana, entonces, el principio de imparcialidad y, por lo tanto, el valor epistémico de la democracia, no se aplica con respecto a las acciones autorreferentes

33. Véase C. S. Nino, «Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad», en *Íd. et al., Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, CEC, Madrid, pp. 97 ss.

o privadas, dado que la validez de un ideal de excelencia humana no depende de que sea aceptable por todos en condiciones de imparcialidad. Siendo así, los jueces no tienen razones para observar una norma jurídica de origen democrático que esté fundada en ideales personales, debiendo revisar y si es el caso descalificar las leyes y otras normas democráticas de índole *perfeccionista* que pretendan imponer ideales de virtud personal. En este sentido, según Gargarella: «La idea, en principio, sería que en las cuestiones de moral privada... ni las autoridades políticas ni los jueces deben tener poder de injerencia», pero si esto es así, se cuestiona Moreso con razón, entonces hay un coto vedado (el de la moral privada), pero ¿quién lo protege?³⁴.

Por último, con respecto a Alexy, piensa este autor que para conciliar el control de constitucionalidad con la representación democrática se debe analizar el concepto de «representación argumentativa» en el marco de un constitucionalismo discursivo. Este empieza con los derechos fundamentales y continúa con la ponderación, el discurso y el control de constitucionalidad³⁵.

Alexy parte de un modelo de democracia no exclusivamente decisorista sino también argumentativa, es decir, de una democracia deliberativa: «la relación entre el pueblo y el parlamento no debe estar únicamente determinada por las decisiones expresadas a través de las elecciones y los votos sino, también, mediante argumentos». A diferencia de la representación parlamentaria, que es al mismo tiempo decisorista y discursiva, la representación del pueblo en el tribunal constitucional es puramente argumentativa. Pero ¿cuáles serían las condiciones de una verdadera representación argumentativa para no caer en idealizaciones y no declarar cualquier argumento como un argumento de representación del pueblo? Para Alexy existen dos condiciones fundamentales:

- (1) la existencia de argumentos correctos y razonables y (2) la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables, por la mera razón de que son correctos y razonables. [...] Si existen los argumentos correctos y razonables, así como, también, personas racionales, la razón y la corrección estarán mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control³⁶.

Una ciudadanía activa, que incluye a los responsables de los medios de comunicación y, por supuesto, a la comunidad académica y universitaria, resulta idónea para la aceptación racional y razonable de la argu-

34. J. J. Moreso, «Derechos y justicia procesal imperfecta», cit., p. 106.

35. Véase R. Alexy, «Ponderación, control de constitucionalidad y representación», en *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 2005, pp. 89 ss.

36. *Ibid.*, pp. 102-103.

mentación judicial. Solo así se garantizaría la legitimidad de la actuación judicial. Las herramientas a disposición de los jueces para lograr tal legitimidad serían, en palabras de Christian Courtis:

[...] la transparencia y publicidad de su actuación, la calidad argumentativa de sus decisiones, la independencia de criterio, el desarrollo de una jurisprudencia sobre derechos fundamentales, y la sensatez de su posicionamiento frente a cuestiones que susciten el debate de la opinión pública. Por lo contrario, la oscuridad o ausencia de fundamentación de las decisiones judiciales, la sospecha de cercanía con los poderes políticos y la notoriedad de la defensa de sus privilegios e intereses corporativos han resultado, tradicionalmente, en la deslegitimación de la actuación del poder judicial, y difícilmente podrían contribuir a mejorar su imagen ante la ciudadanía³⁷.

Es en este reconocimiento de la actividad de los jueces constitucionales, en tanto especialistas en el análisis de los derechos fundamentales sin distracción alguna con otras funciones³⁸, y en tanto obligados a motivar y fundamentar con calidad sus decisiones, que descansa el criterio de corrección que permite determinar por qué se deba presumir que ellos aciertan más que los congresistas y se justifique, así, la justicia constitucional. De esta manera, la legitimidad de la actuación judicial:

[...] 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. En este sentido, el poder judicial no necesariamente expresa valores contramayoritarios en sus decisiones³⁹.

Además, debemos reconocer con Moreso que no todo control de constitucionalidad se ejerce contramayoritariamente:

A menudo los órganos jurisdiccionales de control de constitucionalidad no deciden contramayoritariamente, sino que tratan de determinar cuál es el derecho vencedor en un caso de conflicto de derechos constitucionales (así ocurre muy a menudo con el recurso de amparo en sistemas constitucionales como el español, o como en el mexicano). Esta es una función claramente jurisdiccional y sea el caso fácil o difícil no tienen ninguna decisión a la que mostrar deferencia (como no fuere a las suyas anteriores)⁴⁰.

37. Ch. Courtis, «La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía»: *Nexos* (México), 329 (2005), p. 37.

38. Para una justificación de la independencia judicial, véase J. Aguiló, «Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica»: *Isonomía* (ITAM, México), 6 (1997).

39. Ch. Courtis, «La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía», cit., p. 37.

40. J. J. Moreso, «Derechos y justicia procesal imperfecta», cit., pp. 103-104.

4. LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRECONDICIONES DE LA DEMOCRACIA

Bien vistas las cosas: «la diferencia entre las dos opciones no es sino la mayor o menor extensión del conjunto de derechos que se supone que deben ser concebidos como pre-condiciones de la democracia»⁴¹. Digamos, en otros términos, que el debate no opera en términos de la oposición entre democracia procedimental y democracia sustantiva⁴², sino entre dos versiones de la democracia sustancial: una «fuerte» que extiende la consideración de los derechos hasta incluir los derechos sociales, y otra «débil», que considera únicamente los derechos civiles y políticos. Hecha esta aclaración, entonces, el problema de unos y otros es enfrentarse a la paradoja de las pre-condiciones de la democracia: en el extremo, como sostiene Bayón, «el procedimiento democrático alcanzaría su valor pleno cuando apenas quedaran cuestiones sustanciales que decidir por mayoría»⁴³. A esta paradoja se agrega el carácter controvertible de los derechos que deberíamos considerar «precondiciones de la democracia», su alcance y cómo deberían resolverse los conflictos entre los mismos.

Con respecto a la paradoja de las pre-condiciones no alcanzo a percibir en la crítica de Bayón por qué la misma debe proceder con respecto a la versión sustantiva «débil» de la democracia, como sí parece que debe proceder con respecto a la versión sustantiva «fuerte». La versión sustantiva «débil» comprometería con la justicia constitucional en tanto necesaria para preservar esos prerrequisitos mínimos —los derechos civiles y políticos— pero dejaría un amplio margen para cuestiones sustanciales —precisamente las que se relacionan con los derechos positivos al bienestar económico y social— a decidir por mayoría o mediante el concurso de los parlamentarios con la justicia constitucional. Y la razón me parece obvia: los problemas de justicia distributiva que tienen que ver directamente con el bienestar de la población, especialmente de los más necesitados, no pueden reservarse exclusivamente a los «tiernos favores del poder judicial»⁴⁴. Más aún, como afirma Ackerman:

Incluso si una corte constitucional estuviera dispuesta a tomar en serio tales garantías textuales, los jueces carecerían de la capacidad terapéutica para ordenar las grandes apropiaciones presupuestales necesarias para transformar los «derechos positivos» en realidades sociales. Al final de la jornada, las «garantías» constitucionales de bienestar social no valdrán ni el papel en el cual fueron escritas. Todavía peor, el fracaso de los jueces para

41. J. C. Bayón, «Democracia y derechos...», cit., p. 81.

42. Me parecen concluyentes al respecto las cuatro aporías que presenta Ferrajoli con relación a la concepción puramente procedimental de la democracia. Véase L. Ferrajoli, J. J. Moreso y M. Aienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pp. 76 ss.

43. *Ibid.*, p. 80.

44. Véase B. Ackerman, *La nueva división de poderes*, FCE, México, 2007, pp. 119 ss.

hacer cumplir los derechos positivos puede desmoralizar sus esfuerzos para proteger derechos más tradicionales de libertad negativa. [...] En este escenario, el orgulloso esfuerzo activista por constitucionalizar la libertad positiva puede de hecho ser contraproducente, legitimando un abandono a gran escala del proyecto de protección liberal de los derechos⁴⁵.

En esta misma dirección se encaminan los argumentos de Francisco Laporta:

Una rígida protección jurisdiccional de ese tipo de derechos sociales* abocaría al poder judicial a decidir explícita o implícitamente sobre la conformación y desarrollo del proceso de producción o distribución de recursos, y ello —dejando a un lado las cuestiones de eficiencia que plantearía esta más que discutible «elaboración judicial del presupuesto»— entraría directa o indirectamente en contradicción con el principio democrático. Sería la superposición de ciertos derechos sociales al procedimiento democrático, el establecimiento de ciertos límites de política económica a la capacidad de sufragio como instrumento de diseño y puesta en práctica de un programa económico apoyado en la mayoría de los ciudadanos⁴⁶.

Las advertencias de Ackerman y de Laporta son correctas, pero reitero, no deben llevarnos a la conclusión de que más valdría no contemplar los derechos sociales en la carta constitucional. Su inclusión es necesaria para demarcar el «coto vedado» a la decisión de la mayoría y para excluir que el legislador los ignore. Lo que importa destacar es que la garantía de estos derechos debe ser una tarea compartida por el poder judicial y por el órgano de representación popular⁴⁷. Para estos derechos

45. *Ibid.*, p. 121.

* El autor se refiere en este párrafo —y la distinción me parece pertinente— a los derechos sociales como derechos prestacionales, distintos a los derechos sociales como libertades. Con respecto a estos últimos, como el derecho a afiliarse libremente a los sindicatos o el derecho de huelga, su reconocimiento en el texto constitucional, al igual que con los derechos civiles y políticos, va acompañado por la atribución a los titulares, cuyo derecho ha sido violado, de un procedimiento jurídico especial (un recurso de amparo, por ejemplo) ante una jurisdicción también especial.

46. F. Laporta, «Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema», en J. Betegón, F. Laporta, J. R. de Páramo y L. Prieto Sanchís, *Constitución y derechos fundamentales*, cit., p. 317.

47. La exigibilidad judicial de los derechos socioeconómicos se justifica en términos de la salvaguarda de un mínimo social al que toda persona debería tener acceso. Con respecto a ese mínimo, como afirma Marcelo Alegre: «opera una consideración de urgencia, que justifica que los jueces intervengan prohibiendo que se viole ese mínimo, u ordenando que se adopten medidas tendientes a su satisfacción. En cambio, el ideal más amplio de la igualdad relacional, que opera por encima de ese mínimo, es un ideal cuya implementación debe estar a cargo, en forma protagónica, por los órganos democráticos» (*Igualdad, derecho y política*, Fontamara, México, 2010, p. 108). No creo que Alegre esté en desacuerdo con la idea de que para determinar las medidas tendientes a la satisfacción de los mínimos, en tanto supone una decisión de carácter presupuestal, pueda ser una tarea compartida con los órganos de representación popular, si bien en este caso el protagonismo corresponda a los órganos judiciales.

el control abstracto de inconstitucionalidad de la ley emanada del legislador no debe concluir *ipso facto* en la declaratoria por parte del órgano constitucional de la invalidez e inaplicabilidad de la misma. Esquemas como los adoptados por Canadá en términos de un reenvío o el de Nueva Zelanda⁴⁸ y la posibilidad de un diseño institucional que contemple la creación de algún órgano autónomo no judicial que se ocupe de la protección efectiva de los derechos sociales parecen ser alternativas más compatibles con las demandas democráticas. En el ámbito de una democracia deliberativa, Roberto Gargarella, siguiendo a Dennis Thompson, no excluye la revisión judicial de constitucionalidad como un posible arreglo institucional, pero los jueces pueden actuar razonablemente de manera respetuosa con el legislador ensayando alternativas posibles (*experimentalismo judicial*):

Pueden decidir, en un caso determinado, bloquear la aplicación de una ley expedida por el Congreso, forzándolo así a repensarla; pueden declarar que cierto derecho ha sido violado, sin imponer a los legisladores una solución particular; pueden establecer que una violación de derechos debe corregirse en un tiempo determinado sin ocupar el lugar del legislador al no decidir cuál solución particular debe adoptarse; pueden asimismo sugerirle al legislador una serie de soluciones alternativas, dejando así la decisión final en sus manos⁴⁹.

Estos «arreglos» entre jueces y legisladores permiten «institucionalizar prácticas ya conocidas» en las que se deben «priorizar los recursos políticos, institucionales y económicos a objetivos urgentes y cruciales» y ofrecer una alternativa más realista a las ambiciones de un neoconstitucionalismo poco proclive a priorizar derechos y con una «pulsión» a constitucionalizarlo todo; o bien, a las veleidades de una democracia radical populista, de izquierda o de derecha, que apuesta por el «sacrificio de las instituciones para obtener un resultado inmediato» con la terrible

48. En Nueva Zelanda, desde 2001, el *Human Rights Review Tribunal* puede emitir «declaraciones de incompatibilidad» de una ley con el *Bill of Rights*, sin invalidarla ni inaplicarla.

49. R. Gargarella, «¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?», en R. Arango (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/CESO, Bogotá, 2007, pp. 393-394. El caso *Verbitsky* en Argentina (3 de mayo de 2005), en torno al problema de la sobrepoblación carcelaria, es un buen ejemplo de compatibilidad y mutuo compromiso entre la facultad de control de constitucionalidad y la actividad del gobierno para decidir la política pública, para el caso, en materia carcelaria. La Corte Suprema de Justicia ordenó al estado provincial de Buenos Aires que adecuará (orden de adecuación) la política carcelaria actual a los marcos constitucionales: al Poder legislativo que sancione una ley que tienda a reducir la cantidad de presos con prisión preventiva; al Poder judicial provincial, que instrumentara las medidas necesarias para que los jueces se limitaran a aplicar la prisión preventiva exclusivamente en los casos en los que no fuera posible evitarla; y al Poder ejecutivo, que implementara una mesa de diálogo con la demandante, en este caso una ONG de derechos humanos, y con aquellas organizaciones que presentaron *amicus curiae* para que juntos acuerden una política carcelaria que se acomode al mandato constitucional (art. 18 de la Constitución argentina).

consecuencia de que «se hipoteca la posibilidad de un desarrollo político y económico sustentable en el tiempo»⁵⁰.

Por lo que toca al carácter controvertible de los derechos, me parece que ha tendido a exagerarse, llevando a Kelsen, como sabemos, al extremo de defender una constitución de detalle y no de principios abstractos. Pienso con Moreso que aún los denominados «conceptos esencialmente controvertidos» disponen de casos de aplicación clara. Las concepciones que no atribuyan la cualidad de «buen jugador» de fútbol a Pelé, o de «soneto profundo» a algunos de los sonetos de Shakespeare, o de «pintura metafísica» a algunos de los cuadros de Giorgio de Chirico, ejemplifica Moreso con razón, pueden ser tildadas de concepciones equivocadas⁵¹. Cuando se piensa en los derechos y libertades exigibles para asegurar el procedimiento democrático no veo el carácter controvertido, por ejemplo, del «derecho a votar en secreto» cuando se quiere significar que un ciudadano sin aparente coacción se dirige hacia una urna e introduce una papeleta, con su preferencia electoral, a resguardo de la vista de terceros. Digamos una vez más con Moreso:

[...] el ámbito de los desacuerdos no ha de ser exagerado. Nadie puede razonablemente defender que es correcto moralmente torturar a los niños para divertirse o traicionar a los amigos. El desacuerdo solo es inteligible, en moral y en otros ámbitos humanos, en el contexto de un trasfondo de acuerdo⁵².

En síntesis, a la pregunta: ¿cuál es el grado de deferencia hacia el legislador por parte del órgano encargado del control? Respondemos: si partimos de la defensa de una democracia sustantiva «débil» y entendemos que el puro y simple mayoritarismo, que niega toda pre-condición de la democracia, resulta totalmente implausible⁵³; si distinguimos entre el ámbito de lo privado y lo público y situamos en un coto vedado los derechos derivados de la autonomía personal; si entendemos que los derechos de participación política suponen una precondición fundamental que es el derecho a no ser discriminado; y entendemos que tales derechos debemos atrincherarlos constitucionalmente para hacer posible el proceso democrático, entonces la custodia de los mismos supone —con una comprensión adecuada de la independencia judicial— un control judicial rígido y una intervención activa de los jueces que con base en ella, favorezca, ahora sí, el diálogo institucional incrementando la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones.

50. Véase J. Couso, «Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina», cit., pp. 43 ss.

51. J. J. Moreso, «Derechos y justicia procesal imperfecta», cit., p. 103.

52. J. J. Moreso, «Bayón acerca de los fundamentos del constitucionalismo», cit.

53. Véase *ibid.*, pp. 80-81.

5. UN CASO CONTROVERTIDO EN MÉXICO

Si aceptamos las conclusiones anteriores, pienso que en la situación límite en la que el órgano reformador de la constitución introduzca en esta una norma *inconstitucional*, que ponga en riesgo el mismo proceso democrático —y que se accione a la justicia por la vía del amparo con efectos *erga omnes* o de la acción de inconstitucionalidad— corresponde al órgano límite en su calidad de Tribunal Constitucional dirimir el conflicto tanto en sus aspectos procedimentales, como con respecto al fondo mismo del problema y, en su caso, expulsar la norma del ordenamiento.

En 2007 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que eran inconstitucionales algunos artículos de la Ley Federal de Radio y Televisión que permitían: la expansión automática, sin trámite alguno, de los concesionarios hacia las telecomunicaciones y además sin pago de contraprestación; el refrendo automático de concesiones de radio y TV; la subasta (y no el concurso) como mecanismo para la asignación de las concesiones; y el plazo fijo de veinte años para las mismas. Lo interesante del caso es que el proyecto de reforma de Ley fue aprobado por unanimidad en la Cámara de diputados; pasó a la Cámara de senadores y en esta logra la mayoría con la inconformidad de un grupo minoritario de senadores. Esta situación provocó una gran polémica en la opinión pública y comenzó a destaparse el *lobby* intenso de las dos cadenas televisivas más importantes del país con diputados y senadores. Se evidenció a un Congreso supeditado a los poderes fácticos en pleno periodo electoral.

De acuerdo con el artículo 105 la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes federales puede ejercerse, entre otros, por el 33% de los integrantes del Senado. Se alcanzó ese porcentaje y se procedió a la acción. Contra todo lo esperado el ministro ponente hizo público su proyecto, y en el Pleno de la Corte se decide transparentar todo el proceso: los ministros reciben a las partes interesadas, escuchan a expertos en la materia y debaten frente a las cámaras del canal judicial votando punto por punto en varias sesiones plenarias. Este procedimiento inusual de la Corte generó una avalancha de artículos periodísticos y comentarios televisivos y radiofónicos justificadamente elogiosos. Uno de los artífices de la transición democrática en México expresó, después de la decisión de la Corte: «Nuestra germinal democracia creó las condiciones y requiere de una Corte constitucional. La SCJN ha empezado a transitar por esa ruta»⁵⁴. Lo que quedó en claro después de todo este proceso fue la actitud oportunista de todos los partidos políticos en el Congreso y, al mismo tiempo, la necesidad de salvar ese déficit democrático depositando la confianza en los ministros de la Corte⁵⁵. El legislador procedió a rea-

54. J. Woldenberg, «La Corte en democracia»: *Reforma* (México), 14 de junio de 2007.

55. Para un seguimiento puntual y crítico de la resolución de la Corte, la respuesta del Congreso a través de la reforma constitucional en materia electoral, los amparos interpuestos y el

lizar las reformas constitucionales correspondientes, pero quedaba claro el conflicto existente entre los poderes fácticos y el interés institucional para una necesaria consolidación democrática.

En tal contexto, el 27 de agosto de 2007, y después de un crispado periodo, durante y posterior a las elecciones de 2006, el Instituto Federal Electoral (IFE) entregó al Senado una serie de propuestas de reformas en material electoral. El 12 de septiembre la Cámara alta avaló el uso de los tiempos oficiales para difundir la propaganda de los partidos, vetando la contratación de espacios comerciales por parte de los partidos políticos y de los particulares, y facultado solo al IFE para realizar la distribución de los espacios en medios de comunicación electrónicos. Las reformas tocaban directamente los intereses económicos del duopolio televisivo. Como era de esperar, comenzaron a sucederse los amparos promovidos por varias organizaciones sociales y algunos ciudadanos (los llamados «intelectuales»), en contra, puntualmente, de la adición al artículo 41 constitucional, promulgada junto con otras reformas el 13 de noviembre de 2007. En ella se establece que, además de los partidos políticos, «Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero». Los amparos se fundamentaron, básicamente, en la violación de las reformas al mismo artículo 6 de la Constitución que consagra el derecho a la libertad de expresión. Finalmente, en sesión plenaria del 28 de marzo de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió desestimar el juicio de amparo promovido contra las reformas constitucionales de 2007. Por siete votos contra cuatro, sin entrar al fondo del asunto e instalada en formalismos rancios, determinó que el juicio de amparo no es la vía idónea para ejercer el control de las reformas constitucionales porque no teniendo efecto *erga omnes* se abrirían las puertas a un régimen de excepción⁵⁶. Con todo, si bien tal decisión pone un freno a las demandas de los poderes fácticos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación perdió la oportunidad de deliberar y argumentar sustantivamente sobre contenidos normativos de tanta relevancia para nuestra incipiente democracia.

Para efectos de este ensayo, me interesa subrayar que el debate abierto en México en torno al conflicto entre los derechos a la libertad de expresión y a la equidad en las contiendas electorales, ambos consagra-

estado de la cuestión actual, véase S. López Noriega, *Democracia, poder y medios de comunicación*, Fontamara/Fundación Konrad Adenauer, México, 2009, especialmente «Posdata: México y sus ogros mediáticos», pp. 299-348.

56. Es de notar que cuatro ministros se manifestaron en contra del proyecto y por revisar la reforma constitucional tanto por lo que hace al procedimiento como al contenido de la misma.

dos en la Constitución, pone de manifiesto una tensión de fondo entre dos propuestas filosóficas distintas dentro del mismo paradigma liberal: o la versión libertaria que defiende a ultranza la libertad de expresión, o la versión igualitaria que busca garantizar la imparcialidad en la contienda democrática como condición *sine qua non* para el ejercicio político de la libertad ciudadana.

Para los libertarios existe algo así como una equiparación entre la libertad del mercado y la libre expresión de las ideas. Sin embargo, tal equiparación es una mera ilusión. Como sostiene Victoria Camps:

Dicho brevemente, el mercado real no es democrático. No hay igualdad de oportunidades en el mercado, como no la hay tampoco en ningún escenario imaginable para la libre expresión y confrontación de ideas. En el mundo que conocemos, solo quienes tienen poder económico, tienen a su vez capacidad real para expresarse y dominar el universo mediático e incluso el político. ¿Quién ha hecho a Berlusconi varias veces presidente del gobierno italiano más que el poder mediático que él mismo ostenta? ¿Cómo hubiera podido Ross Perot, si alguien se acuerda aún de él, convertirse en candidato a la presidencia de los Estados Unidos si no hubiera tenido medios para financiarse la campaña? El poder de utilizar ese derecho universal que es la libertad de expresión no está equitativamente repartido en la sociedad real. Hablar de un libre mercado de ideas es puro engaño⁵⁷.

Para John Stuart Mill, uno de los defensores clásicos de la libertad de expresión, esta no debía concebirse como un fin en sí mismo, sino como un medio para mejorar a la sociedad. Así lo comprendió James Madison al señalar que la Primera Enmienda de la Constitución americana debía leerse dentro del conjunto de valores constitucionales y democráticos; y el mismo juez Louis Brandeis, que la entendió como un medio para mejorar a la democracia. Esta es la tesis central de dos de los pensadores contemporáneos más citados sobre el tema, y con los que compartimos nuestro acuerdo, Cass Sunstein⁵⁸ y Owen Fiss⁵⁹.

En el marco de un Estado constitucional, liberal igualitario de derecho, la equidad electoral es una precondition «mínima», pero insoslayable, de la democracia, que necesita ser garantizada por el máximo Tribunal en un ejercicio sólidamente argumentado de ponderación⁶⁰. Es una

57. V. Camps (ed.), *Democracia sin ciudadanos. La construcción de ciudadanía en las democracias liberales*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 155 ss.

58. C. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press, Nueva York, 1993.

59. O. Fiss, *The Irony of Free Speech*, HUP, Cambridge-Londres, 1996.

60. Existen antecedentes conocidos de tribunales límite, que han considerado inconstitucional una reforma constitucional. El ejemplo más citado es el de la Corte Constitucional de Alemania, que justifica su actuación en el mismo artículo 79 de la Ley Fundamental alemana, que en su fracción tercera establece la conocida «cláusula de intangibilidad»: «No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federa-

prueba de fuego para medir el talante de nuestros jueces si deciden entrar al fondo del problema⁶¹. Nada más, ni nada menos; pero de ninguna manera se trata de asumir funciones de legislador puesto que el órgano judicial no tiene facultades «iniciativas» sino solo «controladoras» (siempre resuelve conflictos); ni tampoco se trata de abrir las puertas al intuicionismo o al decisionismo, como he intentado mostrar en este trabajo.

ción en *Länder*, o el principio de la participación de los *Länder* en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20» (Southwest State Case [1951], Article 117 case [1953], Klass case [1970], Electronic eavesdropping case [2004]); también deben citarse los fallos del máximo tribunal irlandés por lo que hace al control del procedimiento de reforma establecido en la misma Constitución (State [Ryan] v. Lemmon [1935], Riordan v. An Taoiseach [1999]); y paradigmáticamente, en nuestra línea de reflexión, a la Corte Suprema de la India, a partir del concepto de «estructura básica» de la Constitución (Golak Nath v. State of Punjab [1967], Kesavananda Bharati v. State of Kerala [1973], Minera Mills Ltd. v. Union of India [1980]).

61. Cuando digo «entrar al fondo del problema» me refiero, como bien ha sostenido Dworkin, a que: «los jueces deben entender que los conceptos que utilizan en sus sentencias (responsabilidad, significado, intención, igualdad, libertad y democracia, por ejemplo) son conceptos *difíciles*, que estamos muy lejos de clarificar plenamente o de resolver del todo cuál es su mejor y más adecuada comprensión...». De la misma manera que los jueces han comenzado a familiarizarse con la economía o la historia constitucional para ofrecer decisiones consistentemente argumentadas «no sería irrazonable esperar, continúa Dworkin, que los jueces y abogados por igual tuvieran cierta familiaridad con, al menos, las principales escuelas contemporáneas de la filosofía jurídica, moral y política, lo cual parece indispensable para obtener una apreciación adecuada de cualquier argumento filosófico sobre el que deban meditar» (R. Dworkin, «Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?»: *Isonomía* (ITAM, México), 32 [2010], pp. 25 ss.).