

## Democracia constitucional, ¿qué es?

En la democracia constitucional, la regla de la mayoría se mantiene, pero ciertos temas o decisiones no se someten a la consulta ciudadana porque se entiende que forman parte del ámbito de lo no decidible, del coto vedado; se trata de cartas de triunfo que no están sujetas al poder del voto ciudadano, de los legisladores o del poder revisor de la Constitución de carácter legislativo. En las versiones extremas, de carácter teórico, se excluye a los derechos fundamentales de la deliberación y la decisión popular.

Es una forma distinta de entender la democracia. La liberal representativa se concibió como competencia entre las élites para alcanzar el poder mediante la regla de las mayorías —la concepción pluralista o poliárquica—. Para los teóricos de la democracia constitucional, esta no equivale al poder de la mayoría. La democracia es, ante todo, un arreglo institucional para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos (Ferrajoli, 2010a, p. 25). No puede hablarse de democracia sin una protección fuerte, sustantiva, de los derechos —concepción material y no solo formal de esta—. Se señala que las mayorías ciudadanas y legislativas pueden violar los derechos humanos de las minorías o de una persona. La democracia constitucional también previene en contra del concepto de soberanía, la cual no es asimilable ni a las mayorías ni a las unanimidades, pues tanto estas como las minorías son “fragmentos” de la soberanía. Esta última se diluye, termina o concluye cuando se postula; se trata de una idea regulativa, que propone una noción de salvaguarda de los derechos de todos. La democracia constitucional es, sobre todo, una limitación al poder de las mayorías (Salazar, 2006).

La concepción de la democracia constitucional es un ideal complejo compuesto por dos ingredientes: uno relativo a la distribución del poder (quién y cómo decide) y otro concerniente a su limitación (qué no se puede decidir o dejar de decidir). El primero de los elementos se puede caracterizar como el derecho de

todos los miembros del cuerpo político a participar en la toma de decisiones públicas, lo que implica que cada uno ha de disponer, directamente o por medio de sus representantes, del más amplio poder posible en cuanto a la determinación del resultado de los procesos de decisión, exigencia que se satisface, en parte, con la regla de la mayoría. El segundo ingrediente es el respeto de los derechos que garantizan la autonomía individual y los derechos sociales de las personas (Bayón, 2010, pp. 285-355). En caso de conflicto o tensión entre los dos ingredientes, la regla de la mayoría puede ser derrotada a favor de la vigencia y la prevalencia de un derecho fundamental. El binomio no guarda equilibrio, se decanta a favor de los derechos por encima de la regla de la mayoría, aunque esta sea la vía para poder decidir.

Entre los autores representativos de esta corriente se encuentran Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli y Ernesto Garzón Valdés. La obra de Dworkin (2014) sostiene que los derechos fundamentales son triunfos sobre las mayorías legislativas que se encuentran sustraídos a la deliberación y la decisión que utiliza la regla de la mayoría. La teoría de Dworkin tiene, entre sus fines, criticar la tesis positivista de la discrecionalidad judicial. Para él, aun en los casos difíciles, solo cabe una respuesta correcta. ¿Por qué? Porque ante un caso difícil, el juez consulta a la moral y a la filosofía política, si el sistema jurídico no brinda la solución de entrada. Dworkin piensa que el derecho no solo se integra con las normas formalmente jurídicas, sino también con las normas morales y las teorías de la filosofía jurídica. Así, el ministro de justicia interroga a estos vastos ordenamientos y, mediante su racionalidad, será capaz de encontrar los principios que mejor se adecúen al caso dentro de la tradición institucional del país y, desde el punto de vista ético, ofrezcan la solución más justa. La coherencia de las sentencias requiere de esquemas de prioridad entre los principios para los asuntos a resolver, pero estos se obtienen por medio de razonamientos objetivos y racionales. En Dworkin, la apelación a los principios morales para resolver los casos no es fuente de discrecionalidad, sino un fundamento de unidad, pues siempre es posible encontrar, por medio de la razón, el principio moral adecuado al caso concreto, si se considera la justeza de la decisión. El derecho, en la concepción de Dworkin (1988, p. 193), depende fuertemente de la moralidad, que forma parte de lo jurídico.

Dworkin está convencido de que existe una moralidad objetiva, independiente de cada ser humano, que es captada por la racionalidad cuando se adscriben a un principio moral las propiedades o las características adecuadas. Esta noción la explica por medio de la diferenciación entre conceptos y concepciones.

Los primeros son contenidos morales no sujetos a discusión —absolutos—. En cambio, las concepciones obligan a un análisis racional para determinar, en cada caso concreto, cuál es el significado actual de un concepto, tomando en cuenta las circunstancias jurídicas y sociales vigentes, además de las prácticas interpretativas que mejor provean o se orienten a la solución más justa. Por ejemplo, el debido proceso es un concepto absoluto, que puede tener alcances y significados diversos, dependiendo del tiempo histórico, del contexto y de la práctica social. Las concepciones del debido proceso pueden variar histórica y socialmente, pero el juez, en cada momento, escogerá la significación que sea más justa, de conformidad con la práctica jurídica (Dworkin, 1984, pp. 214-216).

La definición de los derechos, su alcance y profundidad, según Dworkin, corresponde al juez, quien tiene la capacidad de encontrar la solución correcta aun en los casos más difíciles. El legislador, dada la tradición anglosajona, no es un actor fundamental en el sistema jurídico. No tiene la última palabra para definir los derechos en su extensión y profundidad; solo emite normas generales y abstractas, que tendrán que ser concretadas histórica y culturalmente por el juez.

En Ferrajoli, los derechos tutelan a los más débiles —que este autor supone son los más desaventajados de la sociedad, lo que no siempre es así— contra la ley del más fuerte y, en ese sentido, ninguna mayoría o incluso unanimidad puede decidir su reducción o derogación —la democracia, como regla de la mayoría, no tiene cabida en el ámbito de los derechos, porque estos ya fueron reconocidos por el poder constituyente—. <sup>1</sup> Este autor expone que:

Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica. Por ello, su lesión por parte del Estado justifica no simplemente la crítica o el disenso, como para las cuestiones no vitales en las que vale la regla de la mayoría, sino la resistencia a la opresión hasta la guerra civil. (Ferrajoli, 2014, p. 1)

---

<sup>1</sup> Ferrajoli (2014) dice que “podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo” (p. 1).

Ferrajoli sostiene que la democracia implica necesariamente el derecho (Ferrajoli, 2011, pp. 17-18). Este autor dice que puede haber derecho sin democracia, pero no puede haber democracia sin derecho, ya que la democracia es un conjunto de reglas acerca del ejercicio válido del poder, que involucra tanto aquellas que confieren poderes de autodeterminación individual y colectiva como las que imponen límites y vínculos a dichos poderes para impedir su degeneración en formas despóticas y garantizar su ejercicio en tutela de los intereses de todos. Para que una decisión sea válida no debe violar los principios y los derechos fundamentales estipulados en las constituciones, como los límites y los vínculos a las dinámicas del mercado en el mundo de los negocios y los posibles abusos de la mayoría en el ámbito de la política. La democracia es, por un lado, el gobierno conducido por la mayoría, pero también aquel en el que la mayoría no interviene, precisamente en el ámbito de los derechos fundamentales.

Ernesto Garzón Valdés (1993) señala que la autonomía de las personas debe quedar fuera de las deliberaciones parlamentarias y está indisponible para las mayorías legislativas, lo que denomina el coto vedado, que se encuentra integrado con los derechos fundamentales y constituye un límite para las mayorías. Ese coto vedado está integrado por los bienes básicos o necesidades fundamentales, como comer, tener una vivienda, saber leer y escribir, etcétera, y también por bienes que forman parte de los derechos humanos de la segunda y la tercera generación. Respecto de estos últimos, las mayorías legislativas o ciudadanas tendrían que demostrar que esos derechos no responden a las necesidades básicas del ser humano para que pudieran reducirlos o limitarlos. Garzón Valdés (1989) estima que en la democracia constitucional se debe rechazar de manera tajante la dictadura de la mayoría que limite o afecte el coto vedado sin justificación ni prueba alguna. Para comprender la democracia constitucional, es útil entenderla desde el pospositivismo jurídico. Entre los autores de estas corrientes se pueden mencionar —advirtiendo los matices y las diferencias entre ellos— a Peter Häberle, Ernst Wolfgang Böckenförde, Robert Alexy —quien sostiene que no se puede dejar en manos de la mayoría la garantía y la protección de los derechos humanos (Alexy, 1993, p. 412)—, Gustavo Zagrebelsky, Luis Priero Sanchís, Manuel Atienza y Carlos Santiago Nino, entre muchos otros (Carbonell, 2003 y 2010).

En la democracia constitucional existen:

- 1) Métodos de decisión que no solo están basados en la regla de las mayorías, sino en el respeto pleno de los derechos humanos —es una formulación procedimental y, a la vez, sustantiva—.

- 2) Concepción muy fuerte de los derechos humanos como fundamento y fin del Estado y del orden jurídico.
- 3) Reforzamiento de la noción de constitución normativa, porque la carta magna no solo debe reconocer los derechos, sino garantizarlos a plenitud —une el deber ser con el ser—.
- 4) Algunos autores insisten en lograr la inclusión, el igualitarismo y la justicia; es decir, un Estado justo, con una creciente aceptación de los tratados de derechos humanos y de las resoluciones de los organismos supranacionales que los tutelan.
- 5) Importancia destacada del razonamiento judicial y la argumentación jurídica, al grado de que se considere el derecho como una práctica interpretativa.
- 6) Entendimiento de un Estado constitucional que representa un orden jurídico sin soberano y que su papel es expresar la pluralidad de todos los proyectos jurídicos, políticos y sociales existentes (Carbonell y García, 2010b, pp. 11-27).

Este tipo de democracia asume la ductilidad constitucional; es decir, la ley suprema no puede representar un proyecto particular, tanto jurídico como político, pues es un marco que contiene todos los proyectos y los principios de una sociedad pluralista. La norma fundamental acepta principios liberales y sociales, así como individualistas y comunitarios; la libertad, pero también la igualdad; los derechos individuales y los colectivos, etcétera. Por ello, ninguno de los principios, valores o derechos prevalece *a priori* sobre los demás. En caso de conflicto, se acude a métodos de solución jurídica que se aplican caso por caso y para esa situación específica. El principio de proporcionalidad o de ponderación, que es el método de resolución de colisiones entre derechos constitucionales y convencionales, nunca implica que el derecho que perdió en el caso concreto deje de tener relevancia, dado que se tratará de protegerlo en la mayor medida posible, aunque otro sea el ganador. De esta suerte, los principios constitucionales están obligados a convivir y a enfrentarse pacífica e institucionalmente entre ellos, tanto en la arena política como en la jurídica, y dependerá de cada elección democrática o de la resolución de un caso que algunos tengan una significación mayor, pero solo de manera transitoria (Zagrebelsky, 1995, pp. 9-20).

En la democracia constitucional, la ley fundamental es importante porque resuelve las incoherencias y las dificultades que plantea el ordenamiento secundario mediante los principios y los valores que reconoce. Estos representan una vía de unión social y jurídica entre los diferentes grupos de la comunidad que,

aunque son opuestos entre ellos, han dado un respaldo a elementos destacados del sistema jurídico, tales como la libertad, la vida, la igualdad, la seguridad o la propiedad, acerca de los que, al menos en principio, debido a su indeterminación semántica, existe convergencia y consenso. Sin embargo, la unidad que plantea el orden constitucional es pluralista porque no se adscribe a la defensa o la promoción de un principio o segmento de principios respecto de los demás. Es una unidad en tensión entre los principios y los valores que contiene. No se trata de una unidad mecánica y absoluta, sino de una fluida y siempre relativa (Zagrebel'sky, 1995, pp. 39-40).

Las constituciones y los tratados de derechos humanos, tanto de libertad como de igualdad, ocupan un lugar preponderante respecto al resto del ordenamiento jurídico para determinar su validez. Lo que hacen la Constitución y los tratados es reconocer los derechos humanos y expresarlos normativamente por medio de principios y valores. A diferencia del viejo positivismo, las constituciones no otorgan o dan los derechos humanos a las personas, sino que positivizan los derechos inherentes a cada ser humano, preexistentes al Estado y a la carta magna. El ordenamiento jurídico, en su producción, aplicación, interpretación y argumentación, debe ajustarse a las normas superiores del sistema; concebirse conforme al texto constitucional y al de los tratados, y orientarse a la protección más amplia de las personas, en apego a los criterios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. Además, todas las autoridades del Estado deben, en sus actuaciones, promover, garantizar, proteger y, en su caso, reparar las violaciones a los derechos humanos, así como entender que los fundamentos del edificio jurídico son, entre otros, la dignidad humana y la prohibición, por variables injustificadas, de la discriminación.

En la democracia constitucional, los guardianes últimos de la ley fundamental son los tribunales constitucionales y no el legislador democrático —y mucho menos el Ejecutivo—. Ellos tienen la obligación de preservar y ampliar los derechos humanos mediante la interpretación y la argumentación constitucional y convencional. Cada Estado es el encargado de ampliar o reducir las competencias de dichos tribunales, pero no puede obviarse que, si el marco de competencias es mayor, su compromiso con los derechos humanos también deberá serlo. Por eso, debe buscarse que las cortes constitucionales tengan una gran independencia y suficientes atribuciones para garantizar y maximizar la totalidad de los derechos humanos (Häberle, 2001, pp. 159-161). Los tribunales constitucionales suelen plantear el problema de su legitimidad democrática. La tendencia general, en la teoría y en la práctica, es la de valorar su legitimidad por su ejercicio, pero no

por el origen de sus titulares; es decir, se señala que su justificación democrática se determina por la calidad y el contenido de sus sentencias y no por los mecanismos de nombramiento o designación de sus jueces y magistrados.

Además de carecer de legitimidad democrática de origen, las cortes constitucionales pueden expulsar definitivamente del sistema jurídico normas que se oponen a la carta magna o a los tratados, en contra de lo decidido por las mayorías legislativas (Fioravanti, 2014, p. 153). ¿Cómo se resuelve el argumento contramayoritario? (Bickel, 2020).

La respuesta no es sencilla. En principio, se puede decir que estos jueces deben poseer características especiales. Por eso, dice Joseph Raz (1982, pp. 271-272), las normas que se refieren a la independencia del Poder Judicial —métodos de designación de jueces, garantía de inamovilidad, procedimientos de fijación de salarios y otras condiciones de su función— están hechas para garantizar que los ministros de justicia procedan libres de presiones externas y sean independientes de toda autoridad, salvo la del derecho. Dichas normas son, por tanto, esenciales para preservar el Estado de derecho.

Sin embargo, no bastan esas normas, incluso suponiendo que existe la independencia de los jueces constitucionales respecto de los poderes formales y fácticos para salvaguardar el argumento contramayoritario —porque suelen ser designados por el poder político—. Se requiere también, entre otras cosas, que los magistrados no tengan una influencia fuerte y autoritaria en el resto de la estructura judicial, como sucede en México, por medio de la jurisprudencia obligatoria y las facultades disciplinarias del CJF, presidido por el presidente de la SCJN. Es decir, sería necesario que los jueces inferiores sirvieran de contrapeso deliberativo y social al poder de los ministros constitucionales —la jurisprudencia no debería ser obligatoria— (Ansolabehere, 2007, p. 124), lo que en muchos lugares no ocurre y, aunque sucediese, tampoco sería una razón sólida contra el argumento contramayoritario, porque en casi todos los sistemas jurídicos la estructura judicial no es electa por procedimientos democráticos.

Así, el argumento contramayoritario queda sin resolver. ¿Por qué 11 personas no electas —asumiendo que son independientes y sensibles a los reclamos sociales— pueden invalidar leyes o porciones normativas que son aprobadas por las mayorías legislativas elegidas por la ciudadanía, con el argumento de que defienden o garantizan los derechos humanos, siendo que ellas, además, determinan el significado y el alcance de tales derechos? (Bayón, 2010, pp. 285-355; Cárdenas, 2005, pp. 155-199; Ferreres, 2010, pp. 356-380; Vázquez, 2015, pp. 129-161).

Autores como Ferrajoli (2009b, p. 28) presuponen que los derechos humanos protegen a los más débiles, los oprimidos y los excluidos de la sociedad, y, por eso, se legitiman los tribunales constitucionales, porque protegen y garantizan los derechos de los desaventajados, pero esto no siempre es así en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo. En esos lugares, las minorías suelen ser las personas con mayor poder económico, político, mediático o social, y no los más débiles o los excluidos del sistema socioeconómico. Por ello, ese argumento no es aceptable. El razonamiento al que se recurre y que tiene mayor solvencia para superar el argumento contramayoritario es que los jueces de los tribunales constitucionales tienen una representación argumentativa, lo que obliga a dichos tribunales a cumplir con dos condiciones fundamentales, según Alexy:

- 1) Elaborar argumentos correctos y razonables.
- 2) Asumir que existen personas racionales —la sociedad, la comunidad académica y los medios de comunicación— dispuestas a aceptar dichos argumentos (Alexy, 2005, pp. 102-103).

De tal suerte, la legitimidad democrática de los jueces constitucionales descaería en la corrección argumentativa, que es aceptada o coincide con la mayor parte de la ciudadanía.

Carlos Nino (1992), yendo un poco más allá, propone un mecanismo de reenvío del ministro constitucional al legislador para señalarle que el proceso político de elaboración de la ley fue deficiente y para mostrarle que se requieren condiciones de mayor participación y deliberación en la determinación del texto legal, sin que necesariamente exista un pronunciamiento acerca del fondo del asunto. En otras palabras, el juez interactuaría con el legislador en la búsqueda de razones o en el mejoramiento de estas (Nino, 1992, pp. 657-659). Al igual que Ely (2007), Nino piensa que los magistrados constitucionales no deben ser los últimos custodios de los derechos, sino que es el proceso democrático —más deliberativo y participativo— el que debe ofrecer el escudo final frente a las violaciones de tales derechos. Gargarella, en este tenor, propone reformas para que el juez constitucional obtenga legitimidad democrática:

- 1) Introducir el reenvío al legislador para que el juez no tenga la última palabra.
- 2) Estrechar la vinculación entre las minorías sociales y los ministros al implementar nuevos medios de derecho procesal constitucional.

- 3) Una reforma política que acompañe a la judicial para promover un modelo más participativo, deliberativo, transparente y orientado a la sociedad (Gargarella, 1996, pp. 173-176, y 2007, pp. 393-394).

La democracia constitucional implica una manera nueva de entender el ordenamiento jurídico. En este existen distintos tipos de normas, entre ellas, las reglas, los principios y los valores (Dworkin, 1984). Cada tipo de normas tiene significación para su debido tratamiento jurídico, pues no es lo mismo interpretar o argumentar una regla que un principio o un valor. No es casual que, en la democracia constitucional, la interpretación y la argumentación del derecho tengan la importancia que tienen, se considere totalmente superada la vieja equiparación entre interpretación y aplicación y, además, se estime que la interpretación mecánica y silogística —aunque aún presente— no sea ya relevante para la solución de los casos difíciles.

En la democracia constitucional se reelaboran conceptualmente muchas de las categorías tradicionales: la ciencia jurídica; la validez jurídica; la relación entre norma y caso; el papel de los operadores jurídicos; la nueva concepción de la interpretación y la argumentación, y, sobre todo, el carácter cúspide que tienen ahora, en el sistema jurídico, los derechos humanos, sus garantías y los fines y los valores superiores del ordenamiento, que irradian y conforman a todas las instituciones y las normas legales (Prieto, 2013).

Para la democracia constitucional, en semejanza a la tradición anglosajona, son muy importantes los contextos de los casos. Existe una fuerte impronta contextual y hermenéutica en la comprensión del derecho. Ni la norma jurídica ni el ordenamiento son ya los elementos nodales; ahora lo son la argumentación jurídica y los procedimientos deliberativos y pragmáticos que se desarrollan en torno de esta. El derecho es más una práctica interpretativa que un conjunto de normas y de instituciones jurídicas (Dworkin, 1988).

La democracia constitucional recurre a los ordenamientos y las instancias supranacionales de derechos humanos para resolver los conflictos del Estado nación, entre otras cosas, porque reconoce —y, por ende, acepta— la crisis de la soberanía del Estado. No lo hace para indicar la muerte de este, sino para promover la globalización de los derechos humanos en todas las instancias mundiales. Así como en el derecho interno de los países desarrollados existe cierto grado de Estado constitucional, este debe estar vigente en el orden internacional: el Estado constitucional debe ser mundializado (Ferrajoli, 2010b, pp. 303-307), además de constituirse como una realidad en las naciones donde aún no existe.

Se puede decir que la democracia constitucional impulsa una cultura jurídica nueva, un paradigma teórico e ideológico que postula un Estado nación surgido de y para los derechos humanos. En ella, las instituciones y las leyes, así como la actuación de las autoridades y de los ciudadanos, se orientan a dichos fines. Las consideraciones acerca del poder, la población, el territorio, el gobierno y el orden jurídico no tienen relevancia si no son vistas con el prisma de los derechos humanos y de los fines del Estado constitucional.

En conclusión, las bases filosóficas de la democracia constitucional son siempre debatidas y tienen matices diversos, pero aquí se destacan cinco, que se consideran relevantes:

- 1) La consideración de la democracia constitucional que se aparta de las concepciones pluralistas de la regla de la mayoría, ya que la democracia tiene que ver con el respeto irrestricto a los derechos humanos, y las decisiones de la mayoría o unánimes no pueden ir en contra de ellos.
- 2) Las relaciones entre moral y derecho, en las cuales la moral suele tener una trascendencia que en el positivismo jurídico tradicional no tenía.
- 3) El poder de los jueces constitucionales, que tienen las facultades para establecer los alcances y los límites de los derechos humanos, además de resolver caso por caso —aunque a veces de manera general— las colisiones entre los principios constitucionales y convencionales. Sin embargo, dichos jueces no tienen legitimidad democrática de origen, sino que esta —se dice— se construye con sus sentencias.
- 4) El principio de proporcionalidad como método privilegiado para la solución de conflictos entre derechos, que, no obstante, desluce, disminuye y relativiza la fuerza de los derechos humanos.
- 5) Una pretensión o aspiración de globalización constitucional.