

Julio César Muñoz Mendiola*

Universidad Nacional Autónoma de México (Ciudad de México, México)

julioderecho@comunidad.unam.mx

Un replanteamiento a la forma de entender la legitimidad democrática del juez constitucional a través del ejercicio del poder público a su cargo**

*A Rethinking of the Way of Understanding the Democratic
Legitimacy of the Constitutional Judge Through the
Exercise of the Public Power in his Charge*

*Repensar a forma de entender a legitimidade
democrática do juiz constitucional através do exercício
do poder público a seu cargo*

Artículo de investigación: recibido 26/01/2021 y aprobado 29/04/2021

*Licenciado y Maestro por la Facultad de Derecho de la UNAM (México). Abogado constitucionalista y coordinador del Observatorio de Jurisprudencia en el Laboratorio de Derecho y Desarrollo Sostenible. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8769-7984>

** Este artículo nace como parte de la investigación que se desarrolla en el marco del proyecto de investigación "Legitimidad democrática del juez constitucional a través de su función. Análisis de casos paradigmáticos" (proyecto de investigación 896044, 2018-2020) de la Universidad Nacional Autónoma de México (México), financiado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt).

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v19.4608>

Cómo citar:

Muñoz Mendiola, J. C. (2021). Un replanteamiento a la forma de entender la legitimidad democrática del juez constitucional a través del ejercicio del poder público a su cargo. *Precedente*, 19, 79-107. <https://doi.org/10.18046/prec.v19.4608>

Resumen

La legitimidad democrática se relaciona con la elección popular y la representatividad, pues son algunas de las expresiones más robustas del valor del autogobierno. Por tanto, se ha afirmado que un juez constitucional no puede conseguir dicha legitimidad. Así, primero, propongo un replanteamiento a la forma de entender la legitimidad democrática solo desde una dimensión política, mediante lo que denomino *la tesis de la legitimidad democrática constitucional*, que se compone de una dimensión procedimental y una sustantiva, que dan cuenta tanto de procesos de elección y designación como de la evaluación del ejercicio del poder público, para el caso del juez constitucional. Segundo, analizo lo complejo del ejercicio del poder público de un juez constitucional, ya que representa la forma de conseguir su legitimidad democrática sustantiva. Ambas cuestiones desarrollan la hipótesis de que existen dos ámbitos de legitimación democrática del juez constitucional, en donde el ámbito sustantivo de la misma se vincula con su ejercicio del poder público. El trabajo concluye en que la legitimidad democrática sustantiva del juez constitucional a través de su ejercicio del poder público es una cuestión dinámica, plausible y dependiente de diferentes factores y condiciones, por lo que resulta necesario considerarla en niveles.

Palabras claves: legitimidad democrática; tesis de la legitimidad democrática constitucional; juez constitucional; ejercicio del poder público; niveles de legitimidad democrática.

Abstract

Democratic legitimacy is related to popular election and representativeness, as they are some of the most robust expressions of the value of self-government. Therefore, it has been argued that a constitutional judge cannot achieve such legitimacy. Thus, first, I propose a rethinking of the way of understanding democratic legitimacy only from a political dimension, through what I call the thesis of constitutional democratic legitimacy, which is composed of a procedural and a substantive dimension that accounts for both election and appointment processes, as well as the qualification of the exercise of public power by the holders of it; in this case, the constitutional judge. Second, I analyse the complexity of the exercise of public power by a constitutional judge since it represents the way to achieve his substantive democratic legitimacy. Both issues develop the hypothesis that there are two spheres of democratic legitimacy of the constitutional judge, where the substantive sphere of the same is linked to his exercise of public power. The paper concludes that the substantive democratic legitimacy of the constitutional

judge through his exercise of public power is a dynamic issue, plausible, and dependent of different factors and conditions. Therefore, it is necessary to consider it in levels.

Keywords: Democratic Legitimacy; Thesis of Constitutional Democratic Legitimacy; Constitutional Judge; Exercise of Public Power; Levels of Democratic Legitimacy.

Resumo

A legitimidade democrática está relacionada à eleição popular e à representatividade, pois são algumas das expressões mais robustas do valor do autogoverno, portanto, tem sido argumentado que um juiz constitucional não pode alcançar tal legitimidade. Assim, primeiro, proponho repensar a forma de entender a legitimidade democrática apenas a partir de uma dimensão política, através do que eu chamo de tese de legitimidade democrática constitucional, que é composta de uma dimensão processual e uma dimensão substantiva que responde tanto pelos processos de eleição e nomeação, quanto pela qualificação do exercício do poder público dos detentores do mesmo, neste caso, o juiz constitucional. Em segundo lugar, ele analisou a complexidade do exercício do poder público de um juiz constitucional, uma vez que ele representa a forma de alcançar sua legitimidade democrática substantiva. Ambas as questões desenvolvem a hipótese de que existem duas esferas de legitimidade democrática do juiz constitucional, onde a esfera substantiva da mesma está ligada ao seu exercício do poder público. O documento conclui que a legitimidade democrática substantiva do juiz constitucional através de seu exercício do poder público é uma questão dinâmica, plausível e dependente de diferentes fatores e condições, portanto, é necessário considerá-la em diferentes níveis.

Palavras-chave: legitimidade democrática; tese de legitimidade democrática constitucional; juiz constitucional; exercício do poder público; níveis de legitimidade democrática.

Introducción

A partir de la posguerra, la mayoría de los sistemas jurídicos se conformaron bajo el esquema de un Estado constitucional,¹ lo cual representó también una convergencia entre un Estado de derecho en un sentido formal y uno sustantivo.² En tal sentido, los sistemas jurídicos tuvieron diferentes procesos de constitucionalización con distintas características y condiciones.³ No obstante, estos procesos se darían sobre la base de tres factores principales: 1) considerar a la constitución como verdadera norma que vinculara *jurídicamente* todas las esferas del Estado; 2) colocar a las personas como el verdadero fundamento del Estado, ello, a través de la garantía y concretización de sus derechos fundamentales; y 3) replantear la forma de entender a la democracia en el Estado constitucional, es decir, como un centro de gravedad peculiar dentro del concepto de Estado de derecho que, sin negar la existencia de momentos de tensión, representó una vinculación entre derecho y democracia (Böckenförde, 2000, p. 34).

Para el caso, la supuesta separación entre el ámbito político y jurídico del modelo constitucional también enfrentó tensiones entre política y derecho o democracia y constitucionalismo, sobre todo, al considerar a este último como esencialmente antidemocrático, ya que una de sus tesis era la de separar ciertas decisiones del proceso democrático (Holmes, 1999, p. 218). De esta forma, la revisión constitucional se volvería, al mismo tiempo, fundamental y problemática. Fundamental, porque varias constituciones contemporáneas contemplarían explícita o implícitamente esa revisión (Barak, 2008, p. 31); y problemática, porque sería una forma de limitar el carácter cuantitativo de la democracia para preservar su calidad. Esto es, evitar que un sistema jurídico

1 Cuestión que responde, principalmente, a una creación de los juristas que comenzó desde los años sesenta del siglo pasado y que se mantiene como elaboración teórica dominante en los sistemas anglosajones, continental europeo y latinoamericano (Cárdenas, 2017, p. 105).

2 Un sentido débil o formal se refiere a que los poderes públicos están conferidos por la ley y los procesos determinados por esta, significado que en gran medida coincide con el *Rechtsstaat* alemán y, en un sentido fuerte o sustantivo, donde los poderes públicos no solo están limitados por la ley en su conformación, sino también por el contenido de sus decisiones (Ferrajoli, 2007, p. 323).

3 En ese sentido, son diversas las condiciones de constitucionalización de un sistema jurídico, entre otras: los derechos fundamentales incorporados a una constitución rígida, la garantía jurisdiccional de la constitución, la sobreinterpretación del texto constitucional (Guastini, 2011, pp. 153-164). Asimismo, se puede hablar de una constitucionalización del derecho, al considerar tanto la acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional como los mecanismos de difusión de estas normas en el orden jurídico (Favoreu, 2001, pp. 31-43).

funcionara mediante un esquema de mayorías numéricas que pueden hacer lo que sea (Zagrebelky, 2009, p. 102).

Una de las problemáticas en torno a la revisión constitucional sería su legitimidad democrática, cuestión que repercutiría, por lógica, en el juez constitucional.⁴ En tal sentido y sin la intención deliberada de excluir otros temas,⁵ para este trabajo lo controvertido resulta en que la legitimidad democrática se ha centrado exclusivamente en un ámbito político y se ha vinculado solo a la elección popular y la representatividad; por ejemplo, se piensa que solo una asamblea representativa y sus integrantes pueden tener dicha legitimidad, entre otras cuestiones, porque cuentan con una autoridad superior, al representar una amplia asamblea popular y plural que, a fin de cuentas, recrea la idea de que las personas estarán gobernadas por las personas [*el valor del autogobierno*] (Waldron, 2005, p. 62).

Así, la hipótesis que sostengo en este trabajo es que existen dos ámbitos de legitimidad democrática en el Estado constitucional: el que se refiere a una dimensión procedimental, en donde se encuentran los procesos democráticos de elección popular y su correlativa representatividad [*legitimidad democrática en su sentido político*], así como los procesos institucionales de conformación de otros órganos públicos, como el juez constitucional; y otro que se refiere a una dimensión sustantiva, que se centra en el ejercicio del poder público y sus repercusiones. En esta última dimensión es donde el juez lograría su legitimidad democrática mediante su ejercicio del poder público. De esta forma, me planteo tres objetivos principales: 1) proponer un replanteamiento a la forma de entender la legitimidad democrática solo desde una dimensión política, mediante la *tesis de la legitimidad democrática constitucional* (TLDC), la cual sería

4 En adelante, trataré como una categoría unívoca a la revisión constitucional, la magistratura constitucional y el juez constitucional, entre otras cuestiones, por la conexión conceptual que las presupone en conjunto y porque la legitimidad democrática de este operador constitucional repercute también en dicha revisión y magistratura. Asimismo, el análisis al juez constitucional se hará de manera abstracta, en el sentido de que me refiero a la institucionalidad que representan juezas y jueces constitucionales que operan un esquema de jurisdicción constitucional de última instancia.

5 En ese sentido, se pueden señalar las problemáticas que se plantearon: 1) en los célebres debates en *The Federalist Papers* (Hamilton, 1987, pp. 466 y ss.); 2) en las objeciones formuladas por Jefferson a lo decidido en el caso *Marbury v. Madison* (Warren, 1941); 3) en los planteamientos de Bickel (1986) y Ely (1997) a mediados del siglo pasado; y 4) en el activismo judicial de la corte Warren y la ambivalencia positiva y negativa de la Corte Suprema norteamericana (Driver, 2012, pp. 1101 y ss.) (McCloskey, 1965, pp. 1229 y ss.) (Muñoz, 2021, pp. 75-96).

omnicomprensiva de las dimensiones mencionadas; 2) señalar que el ejercicio del poder público a cargo del juez constitucional no se reduce a una función de contrapeso (*contramayoritaria*) únicamente, sino que es complejo y diverso; y 3) señalar algunos factores y condiciones de la legitimidad democrática del juez constitucional a partir del ejercicio del poder público a su cargo.

Para desarrollar los objetivos mencionados y dar algunas conclusiones, la ruta metodológica que seguiré es: 1) analizar las distintas fuentes y ámbitos de legitimidad en el modelo constitucional, con la finalidad de tener una base conceptual para proponer la TLDC; 2) analizar el ejercicio del poder público del juez constitucional, para identificar distintas tareas y funciones a su cargo, así como señalar la importancia de estas para su legitimidad democrática sustantiva; y 3) señalar conclusiones y una línea de investigación por desarrollar sobre lo mencionado en este trabajo.

Finalmente, es conveniente señalar la diferencia de lo que propongo en este trabajo con algunas posturas del canon constitucional que defienden, en algún sentido, la legitimidad democrática del juez o la revisión constitucional. En primer lugar, hay que mencionar algunas posturas que no refutan, del todo, la legitimidad del juez constitucional, como el profesor Waldron, que reconoce otras formas de legitimidad y, en gran parte, se centra más en refutar el grado considerable de autoridad del juez constitucional,⁶ o la de los profesores Post y Siegel (2013, pp. 138 y ss.), que ven una legitimidad en la revisión constitucional, siempre y cuando respete, por así decirlo, “la primera voluntad” de los actores sociales. En segundo lugar, hay posturas que justifican la legitimidad democrática del juez constitucional de diversas maneras. Como los profesores Alexy y Dworkin, que centran, de manera general, a la legitimidad democrática de los jueces constitucionales en un ámbito institucional; es decir, una jurisdicción constitucional que se contempla en el diseño institucional para la protección de los derechos, así como por considerar a las magistraturas constitucionales foros

⁶ La postura *waldroniana* reconoce como fuentes de legitimación: 1) el respeto por la Constitución y la idea del Estado de derecho; 2) la legitimidad institucional, que se entiende como el lugar que ocupa una magistratura constitucional en un sistema jurídico; y 3) la imagen de solemnidad y tranquilidad que acompañan a un juez constitucional, en oposición al estridente populismo de los entes políticos (Waldron, 2018, pp. 12, 18 y ss.).

deliberativos o reflexivos del proceso político y de cuestiones fundamentales que, con la garantía de los derechos, contribuyen a la democracia.⁷

Por otra parte, existen posturas como la del profesor Lawrence (2007, pp. 46-48 y 198-208), que menciona que los jueces se legitiman con base en su contribución a *la justicia política*, o la del profesor Barak (2008, pp. 36-48), que señala que los jueces constitucionales se legitiman con la rendición de cuentas y la confianza pública. En paralelo, el profesor Ferrajoli (2010, pp. 23-28.) firma que la legitimidad democrática del juez constitucional no es solo de tipo formal, sino que es, primordialmente, de tipo sustancial, porque la sujeción del juez a la Constitución, como garante de los derechos constitucionales frente al poder político y las mayorías, sería lo que lo legitimaría. Finalmente, está la postura del profesor Cárdenas (2008, p. 101), que vincula la legitimidad democrática del juez constitucional a la racionalidad y la justificación de sus decisiones.

Todas las posturas mencionadas, si bien relacionan la legitimidad democrática del juez constitucional con el ejercicio del poder público, es decir, con su función de garantizar los derechos fundamentales y su contribución al proceso democrático, en realidad siguen situándose en un ámbito institucional que respalda a la revisión constitucional, además de abordar la cuestión solo de manera teórica. Por el contrario, la propuesta que se defiende aquí, primero, parte de reformular el concepto de *legitimidad democrática* para plantear dos ámbitos de legitimidad del juez constitucional, pues se considera necesaria dicha reformulación para un análisis no solo teórico, sino que también pueda considerarse en la práctica judicial; segundo, considera la legitimidad democrática del juez constitucional a través del ejercicio del poder público, pero no solo de manera teórica y limitada, ya que también pretende analizar las repercusiones

7 Para Dworkin (1986, pp. 200 y ss.), los jueces serían los que institucionalmente se encontrarían mejor situados en relación con otros órganos del Estado para dar una única solución correcta a los derechos, pues vería al derecho como *integridad* y a los tribunales como un foro de principios al servicio de una comunidad política. Así, su visión normativa (*propositiva*), en oposición a una descriptiva, es que los jueces contribuyen a la democracia a través de su intervención, pues el papel de las personas, como agente moral participante de su gobierno, se encuentra mejor protegido si se contempla la intervención de los jueces. Por su parte, Alexy (2000, pp. 35 y ss.) se refiere a que en el Estado constitucional democrático están institucionalizados los derechos; así, el proceso democrático podría garantizar los derechos, pero esa sería una postura *idealista*, por lo que es necesaria la institucionalización de la vinculación del legislador a los derechos (*jurisdicción constitucional*). Por tanto, una magistratura constitucional, como instancia de reflexión del proceso político, se legitimará cuando su argumentación encuentre un eco en la opinión pública y en las instituciones políticas.

de las sentencias constitucionales, mediante el establecimiento de niveles y considerando tanto sus posibilidades jurídicas como fácticas, ya que solo así se podría hablar de una legitimidad democrática sustantiva de este juez.⁸

Legitimidad en el Estado constitucional

Legitimidad política y legitimidad democrática

Es indudable que el concepto de legitimidad democrática tiene una connotación eminentemente política, porque atiende a una legitimidad de los actores políticos frente a las personas que los han elegido como representantes populares; cuestión que repercute en la legitimidad, por ejemplo, de una asamblea representativa. Esto establecerá una distinción entre la elección de sus operadores y la institucionalidad que representa esta asamblea. En tal sentido, el profesor Ferrajoli (2014, pp. 150-151) ha señalado que la omnipotencia de la política se da a partir de un sustento ideológico, esto es, la idea de que la única fuente de legitimación de los poderes políticos es el voto popular. Así, la legitimidad política se centra al aspecto de a *quién* se le otorga el poder político en un Estado que, a su vez, incluirá al conjunto de la comunidad política.⁹

Esa cuestión se presenta problemática desde su proposición, pues se refiere al poder político que se ejerce para hacer normas en un sentido general, pero también para hacer cumplir estas normas (López, 2009, pp. 155-156). Por tanto, la legitimidad política tiende a relacionarse con la soberanía popular, pues la soberanía y el poder se presentan como necesariamente vinculados para un ejercicio del poder público legítimo (López, 2009, p. 156). De esta forma, la soberanía popular se apoya en la idea de que el poder que ejerce el dominio político no es algo que esté simplemente dado o que haya de suponerse, sino que necesita ser deducido mediante una justificación que solo puede partir de las

⁸ Por supuesto, es necesario considerar que este trabajo, al representar solo un avance de una investigación más compleja, no desarrolla el modelo de análisis en donde se consideran las repercusiones de las sentencias constitucionales para el sistema jurídico y su vinculación con distintos niveles de legitimidad democrática del juez constitucional.

⁹ En ese sentido, se da preponderancia a los detentadores del poder y su elección por la comunidad política (Bobbio, 1988, pp. 95 y ss.) (López, 2009, pp. 155-156).

personas; entonces, se configura que la primera y única fuente de legitimación democrática sería política.¹⁰

Así, la legitimidad democrática presupone una legitimidad política a través *del proceso democrático*, cuya validez y justificación depende de las elecciones populares periódicas, las cuales tienen un rol importante desde la dimensión del poder público, porque este poder es legítimo o ilegítimo, y, en esta disyuntiva, solo la comunidad política en sus múltiples manifestaciones puede resolver esta tensión (Ortiz, 2013, p. 12). Por una parte, la legitimidad democrática representa, en sí misma, una decisión colectiva fundamental, en donde su premisa se sustenta en el establecimiento de un gobierno legítimo elegido por las personas, en contraposición a la ilegitimidad o a la ausencia de una elección por las mismas; es decir, un gobierno ilegítimo impuesto.

Por otra parte, la legitimidad democrática también se basa en *la metáfora contractual*, que se caracteriza en una forma de gobierno ideal en donde los representantes populares *elegidos* por las personas tomarán las decisiones colectivas fundamentales basándose en la regla de la mayoría.¹¹ En este punto, la legitimidad democrática se presenta como plástica o simplista si se reduce solo a la representatividad, sobre todo, si se tiene en cuenta que una vez que se da esta legitimación no puede volverse autónoma, sino que se retrotrae y ha de ser responsable ante las personas, ya que el objeto de la legitimidad democrática se extiende a toda la acción estatal (Böckenförde, 2000, p. 55). Para el caso, esa legitimidad se ha entendido como un sistema completo que parte de la atribución de la legislación a las asambleas representativas, en donde se vincula a todos los demás órganos del Estado a través de las leyes (Böckenförde, 2000, p. 62).

Concepción que resultaría incompleta para el modelo constitucional, pues sustentar la legitimidad democrática solo en la elección popular es olvidarse de la integralidad y la diversificación del poder público en dicho modelo.¹²

10 Por ejemplo, mediante las elecciones populares se recrea y concreta el valor del autogobierno y, al mismo tiempo, se realiza el proceso de retrotraer el poder a las personas (Böckenförde, 2000, pp. 48-55).

11 Tanto Hobbes como Locke utilizaron el modelo del contrato social para justificar el origen del poder político en el Estado (Cortés, 2010, pp. 99-132).

12 Sobre esa cuestión, es referirse a un nuevo entendimiento del principio de la división de poderes, en donde la creación de órganos autónomos constitucionales atiende a la realización de tareas constitucionales prioritarias y específicas que las ramas tradicionales no pueden realizar; cuestión que se ha dado desde la teoría y la práctica judicial (Ackerman, 2007) (Guastini, 2000, pp. 299-320). En el ámbito de la práctica judicial constitucional existen varios ejemplos: como la Sentencia C-031-

En este punto, la legitimidad democrática podría entenderse también desde diferentes visiones democráticas, dentro de las cuales interesa resaltar una *visión democrática deliberativa*,¹³ ya que extiende dicha legitimidad más allá de la elección popular y a distintos foros de deliberación. Por ende, un ejercicio deliberativo será acorde con los presupuestos del Estado constitucional, porque la limitación del poder, la concreción de los derechos fundamentales y la realización de la sociedad democrática entrañarán planos de igualdad institucional de los entes estatales, así como una igualdad material en la toma de decisiones para todos los involucrados y un *empoderamiento de la sociedad civil*.¹⁴ Esta es una cuestión importante, si se toma en cuenta que una reducción de la legitimidad democrática únicamente a la representatividad no solo sería insuficiente por la actual crisis de representación política, sino también idealista, al pensar que el poder político no es fluctuante (González, 2017, p. 172).

Legitimidad institucional

Sostener una tesis sobre la insuficiencia de la legitimidad democrática emanada únicamente de la representatividad abrirá, al mismo tiempo, un espectro sobre otras formas de legitimidad que pueden encontrarse en un sistema jurídico. Precisamente, a menudo se habla de que el poder judicial cuenta con una legitimación democrática indirecta o una legitimación institucional, por ejemplo, en la designación de los jueces constitucionales que integran una magistratura constitucional, en donde participan conjuntamente los poderes ejecutivo y

2017, en donde la Corte Constitucional colombiana ha caracterizado a este principio a manera de separación funcional y especializada; la Sentencia SC 0129/2004-R del Tribunal Constitucional Plurinominal de Bolivia, en donde la división de poderes no solo atiende a la limitación y control del poder público, sino también a la defensa de la sociedad mediante una distribución de tareas constitucionales a otros órganos independientes; la Sentencia ADI 3046/2004 del Supremo Tribunal Federal brasileño, en donde se alude a apartarse de una interpretación dogmática o rígida de este principio; la Sentencia CCT 114/2018 de la Corte Constitucional sudafricana, en donde el principio de división de poderes se da mediante una coordinación y complementación entre las ramas y órganos de poder; el amparo 1100/2015 y la controversia constitucional 32/2005, en donde la Suprema Corte mexicana se refiere a los distintos poderes y órganos del Estado encargados de garantizar el principio democrático y los derechos fundamentales, a través de un funcionamiento especializado del ejercicio del poder público.

13 Dentro de esas visiones se pueden encontrar, por ejemplo, la democracia agregativa, deliberativa y de impugnación (Marshall, 2017, pp. 275-299).

14 Sobre esa cuestión, es referirse a una mayor participación institucional de agentes sociales en la conformación y vigilancia del poder público (Benhabib, 1996, pp. 67-94) (Cohen y Andrew, 2000).

legislativo. En ese caso, es correcto hablar de una legitimidad institucional al lado de la legitimidad derivada de la elección popular, sobre todo, porque en un Estado constitucional ambas pasan por procesos constitucionales; es decir, aún las elecciones populares mediante voto *son un proceso constitucional*.

Por lo mencionado, la legitimidad institucional, al estructurarse mediante procesos institucionales, se entenderá como *una legitimidad procedimental* únicamente, ya que realmente representaría un requisito indispensable del diseño institucional y, ante todo, un parámetro de validez formal de la conformación de cualquier poder u órgano estatal. Un ejemplo de lo mencionado son los procesos de designación de los operadores de órganos constitucionales autónomos: como *ombudsmans*, fiscales, consejeros electorales, gobernadores de bancos centrales, entre otros. Al mismo tiempo, esa cuestión resaltaría la ausencia de la elección popular, lo cual no significa una ausencia de participación ciudadana, sino una diversificación de esta, por las características de los órganos que habrán de integrarse. Así, tanto la legitimidad democrática en su dimensión política (*elecciones y representatividad*) como la legitimidad institucional (*designación institucional*) entrañarán una validez constitucional. Esto no puede entenderse como una *cuasi* legitimidad democrática, pues la premisa de la cual debe partirse es que en el Estado constitucional todo poder, órgano y sus operadores deben estar legitimados democráticamente, tanto para realizar sus tareas y funciones como en los resultados del ejercicio del poder público a su cargo.

La tesis de la legitimidad democrática constitucional

90 Antes de proponer un concepto de legitimidad democrática constitucional y para no zanjar la cuestión de la legitimidad democrática en su sentido político, se tomará la definición de uno de los principales críticos de la legitimidad democrática del juez constitucional en la actualidad: Jeremy Waldron. El profesor neozelandés reconoce distintos tipos y niveles de legitimidad democrática, pero defiende una concepción bastante específica y exigente de la misma, al referir que “es la capacidad de un sistema político y jurídico de generar respaldo para la implementación de las leyes y políticas, incluso por parte de aquellos que se opusieron a estas por razones sustanciales” (Waldron, 2018, p. 16).

Esa definición, desde la perspectiva de este trabajo, dotaría a la legitimidad democrática de un sentido omnicomprensivo desde tres aspectos: 1) porque se refiere al sistema tanto político como jurídico; es decir, entrañará la vinculación entre los postulados constitucionalistas y democráticos del Estado constitucional

(*democracia constitucional*); 2) porque entiende que la representatividad solo es un proceso *parcial* para lograr legitimidad democrática; y 3) porque incluye las posiciones *minoritarias* para generar también dicha legitimidad, cuestión que, de alguna manera, indica lo disfuncional de considerar que una mayoría democrática decida sin tomar en cuenta a las minorías derrotadas en el proceso democrático; esto es, apunta a establecer una legitimidad no solo en la elección de *quiénes* habrán de conformar el poder público, sino también en *cómo* habrán de ejercer este poder.

Siguiendo con esa idea, la concepción *waldroniana* de la legitimidad democrática se refiere, cuando menciona “la capacidad de generar respaldo en la implementación de leyes y políticas”, a una legitimidad constante del ejercicio del poder público. Cuestión que se presenta compatible con los presupuestos del Estado constitucional, porque el poder público se legitimará por la realización de los derechos fundamentales y la sociedad democrática, así como por el grado de realización del proyecto constitucional, en oposición a un proyecto político o de gobierno. Esto último refuerza la idea de que la legitimidad pasa también por las minorías que se opusieron a las mayorías democráticas. De esta forma, no interesa *trivializar* el sentido político de la legitimidad democrática; al contrario, interesa conciliar su significado bajo la premisa de que el poder y los procesos políticos pasan por la institucionalización y límites constitucionales.

Ahora bien, la TLDC se conformará por tres sentidos de la legitimidad y una condicionante de realización: 1) por la legitimidad democrática en su sentido político, es decir, los procesos de elección popular; 2) por la legitimidad en un sentido institucional, esto es, por los procesos institucionales constitucionales de conformación de órganos de poder; 3) por la justificación y la calificación del ejercicio del poder público a cargo de sus detentadores y en todo momento, en otras palabras, se refiere a una legitimidad en un sentido funcional que abarca el *cómo y para qué* se usa el poder público, teniendo como parámetro un proyecto constitucional; y 4) por la condicionante de que la TLDC en su sentido funcional no será una cuestión dada o *a priori*, sino más bien una construcción constante que deberá atender a sus posibilidades tanto jurídicas como fácticas. No es óbice mencionar que la TLDC no reduce la *fundamentabilidad* de la legitimidad democrática en su sentido político, sino que más bien reduce la idea del *monopolio* de la elección popular como única fuente de legitimidad democrática en un sistema jurídico. Por tanto, tres argumentos servirán como base para la TLDC.

El primer argumento, denominado *estructural-funcional*, se refiere a que la legitimidad democrática debe trascender a todas las estructuras del poder público, por ende, al funcionamiento de todos los poderes y órganos estatales, porque la democracia es un componente estructural del Estado constitucional, en donde no solo importa quiénes habrán de ejercer el poder público, sino también es trascendente cómo están ejerciéndolo para realizar fines y objetivos constitucionales. Por tanto, resultaría razonable que el ejercicio y el desempeño del poder público respete, en todo momento, los derechos y principios constitucionales, pues el gran proyecto que se pretende realizar y legitimar democráticamente no podría ser otro que el que marca la Constitución.

En paralelo, la forma en que la legitimidad democrática trascendería a todas las estructuras del poder público es a través de los procesos institucionales constitucionales, que contemplarán tanto la elección popular como los procesos que involucran la coparticipación entre poderes y órganos o, inclusive, entre estos y la sociedad, ya que la evaluación y la calificación de la función de los poderes y órganos públicos se dará en la medida en que sean consecuentes tanto con el ordenamiento constitucional como con sus fines y objetivos. Al final, se busca una continua evaluación del trabajo del poder público mediante los mecanismos de control, calificación y vigilancia constitucionales.¹⁵

El segundo argumento, denominado *histórico-evolutivo*, se refiere a tomar en cuenta la actual evolución de los valores democráticos: principalmente el valor del autogobierno. De esta forma, si bien las elecciones son fundamentales en el modelo constitucional para concretizar el valor del autogobierno, también resulta cierto que los mecanismos de control y vigilancia constitucionales contribuirán a hacer posible dicho valor, porque sería disfuncional la idea de que en una verdadera democracia cada ente estatal deba rendir cuentas de la misma manera que los poderes conformados mediante la elección popular (Barak, 2008, p. 34); pues se llegaría al absurdo de suponer que los detentadores del poder elegidos democráticamente ya no son responsables sino hasta las siguientes elecciones.¹⁶

15 Ejemplos de esa calificación y evaluación pueden ser caracterizados en: la fiscalización y rendición de cuentas en el ejercicio gubernamental; la transparencia y la comunicación gubernamental con la ciudadanía; la participación de la sociedad en la toma de decisiones (*parlamento abierto*); la discusión y la evaluación de las funciones y las decisiones de los representantes en diversos foros sociales, como la academia o los medios de comunicación; los mecanismos de control constitucional en sus diferentes ámbitos, entre otros.

16 La falta de responsabilidad política después de las elecciones es un déficit que puede observarse, por ejemplo, en la propensión de mecanismos como la revocación de mandato.

En paralelo, históricamente se ha pensado que la participación de las personas en el ejercicio del poder se da con las elecciones de representantes populares, porque representan la expresión máxima de la soberanía popular. Sin embargo, tendría que considerarse una evolución en la forma de que las personas se involucran y participan en el ejercicio del poder público; por ejemplo, en la apertura de espacios institucionales para la interacción y la participación social. Esos espacios pueden ser vistos como una expresión de la soberanía popular, pues son canales en donde se permite, inclusive, el control del poder público.¹⁷

Lo mencionado descansa sobre la base de una evolución histórica y progresiva consustancial a la democracia, para que exista una mayor participación de la sociedad en asuntos públicos, de manera que pueda dotarse de mayor aceptación y legitimación a las decisiones colectivas fundamentales. En este punto, cabría recordar que una constitución no solo organiza y limita al poder público, ya que ordena que este poder logre fines concretos, pues también es una “carta de buen gobierno” (Fiss, 2003, p. 108). Por tanto, considerar una evolución de la legitimidad democrática para legitimar también el ejercicio del poder público es ser consecuente con la dinámica de la democracia en general y, en específico, con la evolución de sus valores en el modelo constitucional.

El tercer argumento, denominado de la *constitucionalización*, se refiere a que la democracia contemporánea es una democracia constitucional.¹⁸ Por tanto, la legitimidad democrática no podría ser entendida fuera de la institucionalidad que prevé un ordenamiento constitucional, pues el hecho de pensar en procesos políticos *estables*, sin estar contemplados en un diseño institucional, no solo resultaría disfuncional con el propio modelo, sino también idealista para la realidad de las sociedades actuales.¹⁹ En este punto, es necesario recordar uno de los presupuestos del modelo constitucional, en donde el poder se encuentra

17 Por ejemplo, la intención de las prácticas de *parlamento abierto* es, precisamente, tomar en cuenta las opiniones de sectores de la sociedad en algunos temas de importancia colectiva; inclusive, el solo hecho de que existan mecanismos de garantía o tutela jurisdiccional de derechos representará una forma de control del ejercicio del poder público.

18 Lo que Nino (2003, pp. 13 y ss.) denominaba una forma de gobierno superior, caracterizada por la combinación entre el constitucionalismo y la democracia; es decir, la unión de ambos ideales para establecer una forma de gobierno muy superior a una democracia simple o un gobierno constitucional no democrático.

19 Sobre esa cuestión, aun las democracias más avanzadas y consolidadas enfrentan, en la actualidad, el gran reto de sociedades cada vez más pluralistas, es decir, sociedades que recrean al mismo tiempo culturas, agrupaciones, posiciones e ideologías diversas y, en ocasiones, contrapuestas también.

ordenado y limitado bajo el significado de una constitución entendida como norma jurídica, y, si bien el sistema político es parte fundamental de este modelo, también es cierto que dicho sistema, como subsistema, no puede determinar en definitiva al sistema principal (*modelo constitucional*).

De esta forma, la legitimidad democrática en su sentido político también estará constitucionalizada, porque pertenece a la racionalidad de un sistema político constitucionalizado, en donde la legitimidad democrática debe entenderse como un concepto amplio que abarque los procesos de legitimación política e institucional, así como la vigilancia y la calificación del ejercicio del poder público. Lo cual no solo atiende a las exigencias políticas y sociales que en la actualidad se hacen al poder estatal, sino también al diseño institucional que prevé mecanismos e instituciones constitucionales para desarrollar una idea amplia de legitimación (TLDC).

En este punto, la legitimidad democrática que se refiere al ejercicio del poder público será compatible con la idea de que todas las decisiones colectivas fundamentales pasan por un tamiz constitucional, un escrutinio y una calificación pública. De otra forma, si toda la actuación estatal fuera impuesta sin legitimarse mediante razones que encuentren la mayor aceptación social o, si se prefiere, que encuentren un punto intermedio entre la aceptación de las mayorías y las minorías, se estaría en presencia de un sistema que no prevé la legitimidad de su funcionamiento. Consecuentemente, el argumento de la constitucionalización busca integrar los niveles y ámbitos de legitimidad dentro del modelo constitucional bajo una racionalidad sistémica, para no reducirlo a un sistema que funcione mediante distintos niveles y ámbitos de legitimación, sin una convergencia con sus fines y objetivos.²⁰ Con esto se acepta que para las cuestiones políticas y jurídicas se tengan diferentes interpretaciones y planos de actuación desde la Constitución; por ejemplo, tendría que admitirse que un representante popular con legitimidad democrática ya no está sujeto a la Constitución.

En conclusión, la TLDC se centra en establecer una *legitimidad omnicomprendensiva* de las distintas fuentes de legitimación del modelo constitucional. Es decir, un concepto que abarque tanto la legitimidad que generan los procesos de elección popular e institucionales (*legitimidad procedimental*) como la legitimidad que genera

20 En ese sentido, el diseño institucional del Estado constitucional puede verse integrado por instituciones cuya lógica profunda va en el mismo sentido de los objetivos perseguidos (Cálame, 2006, p. 56).

la vigilancia y la calificación del ejercicio del poder público (*legitimidad sustantiva*). Ahora bien, bajo la TLDC un juez constitucional se legitimaría democráticamente desde una dimensión procedimental y sustantiva, en esta última, mediante el ejercicio del poder público a su cargo, por lo que es necesario revisar cuál es el ejercicio del poder público a cargo de este operador constitucional.

La función del ejercicio del poder público del juez constitucional

Adjudicación constitucional y sus tres tareas primarias

Las funciones adjudicativas son fundamentales en un Estado constitucional,²¹ pues refuerzan y sustentan la idea de la revisión constitucional como un presupuesto del modelo constitucional contemporáneo. De esta forma, la adjudicación constitucional se puede entender a partir de tres tareas primarias que se realizan en una magistratura constitucional: 1) la tarea de reconocimiento, que se referirá a cómo se le da un contenido a los derechos humanos que han sido *positivizados* en el sistema o, inclusive, la creación de derechos derivados de otros derechos o principios constitucionales; 2) la tarea de garantía, que se referirá a cuando la magistratura declara que un derecho fundamental debe de ser garantizado por el Estado en abstracto, y por un órgano o poder, en concreto. En otras palabras, se constituye una prerrogativa específica para una persona o grupo de personas mediante una sentencia; y 3) la tarea de concretización, que se referirá a cómo se materializan los derechos fundamentales en la realidad social. Esta tarea representa uno de los retos más complejos en la actualidad.

La tarea de reconocimiento se relacionará con la función específica de interpretación constitucional, pues se refiere a la creación de nuevos derechos o principios derivados de la Constitución, así como al establecimiento de alcances y límites al ejercicio de los derechos fundamentales o, en su caso, si es un sistema en donde opere un sistema regional de protección de derechos humanos; también a la recepción de derechos y jurisprudencia de fuente convencional. Por tanto, aunque los derechos y principios constitucionales están reconocidos

²¹ Sobre ese punto, la teoría constitucional centra las *funciones adjudicativas* dentro de los principios constitutivos de un Estado constitucional y a cargo de los jueces constitucionales. (Valadés, 2011, pp. 1265-1267).

en la Constitución, también es clara la necesidad de su interpretación para identificar y reconocer su contenido concreto o específico.

La tarea de garantía representa una consecuencia de la tarea de reconocimiento que tendrá como finalidad primaria garantizar judicialmente el reconocimiento de los derechos y principios constitucionales mediante una sentencia. Cuestión que se presenta congruente con la estructura de una jurisdicción constitucional, pues una sentencia constitucional constituirá una prerrogativa concreta a favor de una persona o grupo de personas. Por otra parte, cuando se trate de un principio constitucional, constituirá una obligación concreta a un poder u órgano estatal para que garantice un derecho o cumpla un mandato constitucional. En ambos casos, la sentencia garantizará el sentido y el alcance de los derechos y principios, pero también determinará las especificaciones para concretarlos.

La tarea de concretización se vinculará con la función de colaboración de la magistratura constitucional, ya que representa una encomienda-obligación para el juez constitucional, porque dependerá en gran medida del involucramiento y colaboración (*obligada*)²² de otros poderes y órganos estatales, sobre todo, cuando se trate de derechos fundamentales con una dimensión social.

Función de último intérprete constitucional

Como se vio en el apartado anterior, las tareas adjudicativas primarias tienen una conexión con las funciones que realiza un juez constitucional, como la función interpretativa, que se vinculará con la tarea de reconocimiento de nuevos derechos para darles un sentido concreto y un alcance,²³ ya que un juez constitucional también tiene la difícil tarea de limitar derechos fundamentales.²⁴ Por tanto, la interpretación constitucional demandará métodos especiales (Guastini, 2010, p. 53) y una especificidad (Comanducci, 2003, pp. 41 y ss.),

22 En ese sentido, el involucramiento y la colaboración se señalan como obligadas, porque la sentencia de una magistratura constitucional realmente *ordena* al Estado (poderes y órganos involucrados) acciones concretas y generales para materializar un derecho de forma estructural.

23 Sobre ese punto, gran parte de las normas constitucionales, incluidos los derechos, se expresarán mediante principios generales, los cuales exigen: 1) un trabajo de concretización, para ser aplicados a casos puntuales; y 2) un trabajo de ponderación o balanceamiento, siempre que entren en conflicto uno con el otro (Guastini, 2010, p. 73).

24 En ese sentido, si bien los derechos fundamentales pueden limitarse, estos límites tendrán, a su vez, límites. (Barak, 2008, pp. 24-25).

pues una magistratura constitucional de última instancia tendrá a su cargo la coherencia del orden normativo y el ajuste del derecho a la realidad social.²⁵

En ambos casos, esa función interpretativa podría ser vista desde dos perspectivas: 1) como invasora de las decisiones colectivas fundamentales tomadas por un órgano representativo; y 2) como encaminada a dar efecto al propósito de una decisión colectiva fundamental, en otras palabras, como colaborativa de la legislatura en la creación y la implementación de las leyes.²⁶ Lo importante por destacar es que en ocasiones se cree que un juez constitucional interpreta solo para revisar la constitucionalidad de una ley o limitar la actuación del poder público, lo cual dejaría de lado su efecto integrador y evolutivo del contenido constitucional, ya sea para colmar las lagunas del ordenamiento normativo, ya sea para adaptar este contenido a las exigencias sociales actuales.²⁷ Así, la función interpretativa del juez constitucional se basará en distintas metodologías de *interpretación-adjudicación*; por ejemplo, la interpretación conforme, el juicio de proporcionalidad o razonabilidad, el escrutinio estricto, el principio *pro persona*, entre otros;²⁸ todas ellas con la finalidad de dar a este juez herramientas para el desarrollo de otras funciones.

25 Sobre esa cuestión, el ajuste del derecho se presenta como un dilema complejo, porque podría dañarse la seguridad jurídica, la certeza y la estabilidad. Es decir, el juez constitucional deberá equilibrar la necesidad de cambio con la necesidad de estabilidad (Barak, 2008, p. 3).

26 Esa perspectiva es coherente si se asume que el *objeto* de la función interpretativa del juez constitucional es la Constitución, y su *objetivo* es particularizar el contenido abstracto constitucional para hacer acorde la ley o el acto con la Constitución (Barak, 2008, p. 11).

27 En ese sentido, tendría que distinguirse entre una doctrina estática y una dinámica de la interpretación constitucional, en donde la primera se basa en los valores de la estabilidad de la disciplina jurídica, la certeza del derecho y la previsibilidad de las decisiones de los jueces. Por su parte, la doctrina dinámica se fundamenta en el valor de la adaptación continua del derecho a las exigencias de la vida social, política, económica, etc. (Guastini, 2010, pp. 60-61).

28 Para el caso, será más preciso referirse a distintas metodologías que a una teoría de la interpretación constitucional, en el sentido de que no existen análisis científicos para las metodologías utilizadas por los jueces constitucionales (Guastini, 2010, pp. 65-66). Sin embargo, sí se puede hablar de una práctica judicial común de estas metodologías en diversas latitudes. Por ejemplo: las cortes supremas de Israel, Argentina, Chile y México; la corte y los tribunales constitucionales en Colombia, Alemania, Bolivia y España. Todas estas magistraturas realizan el juicio de proporcionalidad o razonabilidad para el análisis de una norma que restringe un derecho fundamental. Aun en sistemas donde no se utiliza este juicio, como el norteamericano, existirán metodologías muy similares, como el *strict scrutiny* y el *balancing approaches*.

Función de contrapeso (contramayoritaria)

Para entender la función de contrapeso de una magistratura constitucional, es necesario partir de la consideración de que todo poder u órgano estatal realiza, en algún sentido, esta función al desempeñar sus facultades constitucionales en la dinámica de la división de poderes. No obstante, cuando una magistratura revisa y, en su caso, invalida leyes y actos de los otros poderes y órganos, como caracterización de esa función, al mismo tiempo aludirá al argumento *contramayoritario*.²⁹ Cuestión que podría ser vista desde dos perspectivas: 1) la visión institucional que, sin problematizar, reconoce el argumento contramayoritario como una consecuencia lógica de la dinámica de la división de poderes; y 2) la visión política, que problematiza y centra al argumento como ilegítimo democráticamente hablando. Ambas posturas pueden converger o divergir, pero no será necesario justificarlas, sino solo señalar la posibilidad de ver a este argumento como una función *institucional y condicionada*.³⁰

En ese sentido, el argumento contramayoritario no solo debería ser visto desde su innegable concepción *antidemocrática*, sino también desde su componente institucional, en donde una magistratura constitucional, al revisar una ley o política pública producto de una mayoría democrática, solo revisa su regularidad constitucional, ya que no todas las leyes y políticas públicas que se revisan se declaran inconstitucionales; incluso si esto sucede, regularmente se da una justificación constitucional que toma en cuenta la deferencia al legislador. No obstante, el argumento contramayoritario no deja de ser problemático en la medida en que, de manera fáctica, es ampliamente intrusivo con la visión o ideología de un gobierno en turno, o con la idea de la representatividad política y la voluntad general. En ambos casos, el argumento contramayoritario

98

29 Por ejemplo, cuando un juez constitucional enarbola la posición de *legislador negativo*, que se relaciona con la concepción *kelseniana* de ver a un Tribunal Constitucional con el poder para anular leyes y, en la actualidad, también modificarlas y adicionarlas (Kelsen, 1979, pp. 303 y ss.) (Martínez, 2000, pp. 9 y ss.).

30 Ambos elementos serían dependientes recíprocamente, porque la institucionalidad representa un gran límite al argumento contramayoritario, pues para ejercerlo la magistratura estará condicionada a que un poder u órgano estatal o, en su caso, una persona o grupo de personas se lo soliciten bajo ciertas condiciones institucionales (*admisibilidad*). En ese sentido, la admisibilidad representa más bien condiciones constitucionales, legales o jurisprudenciales, tanto de la legitimidad para promover de forma general un juicio constitucional como para la admisibilidad y substanciación de dicho juicio; cuestiones que serán aún más complejas cuando se refieren a una magistratura constitucional de instancia final de decisión.

representa un principio de igual consideración de todas las posiciones; es decir, sirve para dar cauce a diversos puntos de vista. Así, este argumento podría dar participación o voz a los votos minoritarios del proceso democrático (elecciones), porque el voto popular tiene un punto de partida sobre la base de una igualdad formal y material. No obstante, su punto de llegada, caracterizado en las decisiones tomadas por los representantes populares, desvanecerá formal y materialmente dicha base.³¹

Por otra parte, el argumento contramayoritario se relacionará, en algún sentido, con las tareas adjudicativas también, porque para la garantía y la concretización de los derechos fundamentales será necesaria, en la mayoría de las ocasiones, una sentencia constitucional que vaya en contra de las posiciones mayoritarias: la naturaleza de los derechos es contramayoritaria. Por consiguiente, la función contramayoritaria no opera de manera discrecional, sino que se presenta como una función condicionada, en oposición a ser considerada como *contra gobierno o contrademocrática*.

Función de árbitro

La función de árbitro se conecta con la idea de que uno de los objetivos del modelo constitucional es la solución institucional de los conflictos públicos, políticos y sociales bajo un marco constitucional. Por tanto, se puede establecer que un juez constitucional realiza, en ocasiones, una función de árbitro que no incide de manera intrusiva o conflictiva dentro de la dinámica del poder público o político; pues esta función es reconocida como *neutral* en la solución de conflictos entre poderes y órganos respecto de sus facultades y atribuciones. En otras palabras, actores políticos y públicos estarían de acuerdo en que un juez constitucional represente un *agente* que se centra en constatar lo que el texto constitucional establece, sobre las competencias y facultades de los poderes y órganos estatales.³²

31 Para el caso, el argumento contramayoritario podría complementar los procesos democráticos al proveer una vía institucional para dar cauce a posiciones provenientes de la sociedad (Pettit, 2012, pp. 210 y ss.).

32 Esa visión se relaciona con las teorías de agencia, que idealizan a un juez que solo sigue instrucciones de diferentes fuentes dependiendo de la tradición jurídica, pero posiblemente incluiría alguna combinación del texto constitucional, el contexto, la voluntad de los constituyentes y la tradición (Lawrence, 2007, pp. 43 y ss.).

Sobre todo, porque ninguna constitución contará con un sistema de distribución de competencias perfecto que evite conflictos.³³

Ahora bien, habría que señalar que la función de árbitro se da más en sistemas donde exista una distribución territorial de facultades, es decir, donde exista un gobierno central y gobiernos locales, como en una federación. Sin embargo, esta función se puede observar en procesos democráticos más complejos. Por ejemplo, en el proceso de paz colombiano la Corte Constitucional fue fundamental en distintas etapas, pues, más que revisar la posibilidad de llevarlo a cabo, su papel fue el de un árbitro que constató y dio legitimidad constitucional al mismo.³⁴

Función de colaboración

La función de colaboración se encuentra fuertemente vinculada con la tarea de concretización del contenido constitucional, ya que se parte de la visión realista en torno a la imposibilidad que tiene un juez constitucional para materializar sus sentencias por sí solo, lo que implicará, al mismo tiempo, un paralelismo y una diferencia sustancial con la función de impartición de justicia en general. Un paralelismo, porque una magistratura constitucional, al igual que los tribunales o cortes ordinarios, necesitará de la intervención de otros poderes. Y una diferencia sustancial, porque, a diferencia de la función de impartición de justicia, la sentencia de una magistratura constitucional, más que un acto procesal que pone fin a un conflicto jurídico, es una decisión con trascendencia política (Bocanegra, 1982, p. 19).

En este punto, se puede ubicar al poder público bajo una función instrumental. Es decir, este poder puede ser visto como un instrumento para la consecución de fines y objetivos constitucionales, lo que establecería, también, una *igualdad institucional* a cargo de todos los poderes y órganos públicos en el mandato constitucional de lograr dichos fines y objetivos. En tal sentido, las posibilidades fácticas de una magistratura constitucional para el cumplimiento de dicha obligación pasarían en gran medida por la imposibilidad material que tiene una magistratura para realizar funciones o acciones de gobierno, porque si bien un

33 En ese sentido, una función de árbitro habrá de concebir a la garantía jurisdiccional constitucional como un medio idóneo para dirimir los conflictos con mayor claridad y de manera institucional (Escobar, 2019, p. 50).

34 En las sentencias C-630/2017 y C-007/2018, la Corte Constitucional colombiana no solo reafirmó su función de árbitro del sistema, sino que también reforzó, en algún sentido, que incluso los procesos políticos-democráticos fundamentales tienen que ser consistentes con el modelo constitucional.

juez constitucional ordena la implementación o modificación de una política pública en su sentencia, lo cierto es que su cumplimiento dependerá también del gobierno en turno.³⁵

Por tanto, se puede establecer que la magistratura constitucional tiene una función de colaboración en concreto y en abstracto. En concreto, porque la función de colaboración está a cargo de todos los poderes y órganos en lo individual y de forma conjunta, y se regulará expresamente por la propia Constitución. En abstracto, porque la magistratura constitucional mediante sus decisiones coopera con las funciones de colaboración de los otros poderes y órganos; de manera recíproca, los otros poderes y órganos cooperarían con la magistratura. Lo anterior implica asumir que los jueces constitucionales son conscientes de lo que deciden y de los efectos de sus decisiones, sobre todo, cuando invalidan una ley o una política pública,³⁶ Ya que un juez constitucional se habilita como máximo intérprete y defensor de los derechos constitucionales, para definir cómo deben actuar las autoridades con miras a concretar los derechos y resolver problemas generalizados que se han detectado (Osuna, 2015, p. 93).

Así, la función de colaboración no siempre se dará en la práctica judicial constitucional, pues requerirá que una magistratura modifique o invalide una ley o una política pública, o, en su caso, ordene la creación de estas. Por ende, más que una decisión intrusiva con las otras ramas de gobierno o considerar que una magistratura está gobernando, en realidad el juez constitucional está entablando un diálogo institucional sobre la base de una necesidad para el orden constitucional. Todo lo mencionado será controvertido, en la medida en que una sentencia constitucional impone mediante su cumplimiento un *diálogo institucional obligado* entre poderes y órganos estatales; sin embargo, desde la perspectiva de este trabajo, la función de colaboración se entiende como una forma institucional y funcional de entablar diálogos para poder concretar derechos en una dimensión social.

35 Eso es peculiar, porque, inclusive, si una ley o política pública promulgada por un gobierno anterior fuera modificada por una decisión de la magistratura constitucional, esa modificación estaría a cargo del gobierno actual.

36 Sobre esa cuestión, me refiero a las sentencias aditivas o las llamadas sentencias *estructurales*, en donde se busca materializar una sentencia, pero de forma que sea coherente y compatible con el sistema jurídico, es decir, con el ordenamiento normativo y con la realidad social.

Conclusiones: la legitimidad democrática del juez constitucional como una cuestión dinámica y plausible

A causa de la TLDC se establecieron dos dimensiones de legitimación para el juez constitucional: la procedimental, que se refiere a su designación para integrar una magistratura constitucional, y la sustantiva, que se refiere, en concreto, a la evaluación de los resultados del ejercicio del poder público de este operador constitucional. Ahora bien, desde esa perspectiva, un juez constitucional conseguiría, dentro de sus *posibilidades jurídicas*, a través de su proceso institucional de designación y el apego al proceso constitucional de decisión, su legitimidad democrática; para el caso, una legitimidad procedimental y una legitimidad democrática sustantiva *mínima*. Lo mencionado es importante, porque, en estricto sentido, una sentencia constitucional tendrá dicha legitimidad mínima cuando haya sido tomada por el órgano legitimado para ello y mediante el proceso establecido para dicha finalidad.³⁷ Sin embargo, surge una pregunta importante: *¿cómo influiría una sentencia constitucional en la legitimidad democrática de un juez constitucional?*

La respuesta es que una sentencia constitucional, como expresión del ejercicio público a cargo del juez constitucional y bajo las condiciones descritas en el párrafo anterior, posee un valor intrínseco de legitimidad sustantiva, que puede incrementarse o, por el contrario, perderse en relación con un fortalecimiento o despropósito para el Estado constitucional. Así, desde la perspectiva de este trabajo, lo mencionado colocaría a la legitimidad democrática del juez constitucional como una cuestión plausible y dependiente de otras circunstancias. Por tanto, se empieza a proyectar una escala dinámica tanto del ejercicio del poder público del juez constitucional como de su legitimidad democrática, pues si se ha dicho que una sentencia constitucional por sí sola tiene un valor intrínseco de legitimidad democrática sustantiva, que se puede perder o incrementar por el resultado de la misma, y que el ejercicio del poder público se vincula con la realización del modelo constitucional, entonces, se puede afirmar que existirán sentencias que posean un grado más alto de

37 En ese sentido, es difícil encontrar en la práctica judicial que una magistratura constitucional decida fuera de su esfera de competencia e ignorando el proceso de decisión constitucionales, pues una cosa es que se cuestionen sus decisiones por exceder su discrecionalidad, y otra muy diferente es que se diga que un órgano no legitimado institucionalmente y mediante un proceso no constitucional tome una decisión colectiva fundamental, pues en ese caso se estaría hablando de una crisis institucional-constitucional.

dicha legitimidad: cuando su contribución para la realización de un Estado constitucional sea mayor.

En paralelo, hay que señalar que la legitimidad democrática sustantiva del juez constitucional implicaría considerar algunas condiciones y factores que no dependerían propiamente de él, ya que se refieren a *las posibilidades fácticas* de dicha legitimidad. Por ejemplo: 1) el importante rol del juez constitucional a través de la función de colaboración para el involucramiento y la participación de entes públicos y el gobierno; 2) el concepto de igualdad institucional bajo la tesis de la instrumentalidad del poder público; y 3) el tipo de casos de los que conoce una magistratura constitucional, ya que no será lo mismo, por ejemplo, garantizar el derecho a la salud de una niña para que reciba una transfusión de sangre para salvar su vida que garantizar el derecho a la salud menstrual de las mujeres en situación de calle de un país (*sentencia de carácter estructural*).

Por todo lo señalado en este trabajo, se puede concluir que es incuestionable la naturaleza política que presupone la legitimidad democrática y su fundamentabilidad para el Estado constitucional, como fuente primaria de representatividad política que caracteriza al principio democrático del autogobierno. Esto no excluye a otras fuentes de legitimación en el modelo constitucional, las cuales pueden converger para crear un concepto omnicompreensivo representado en la TLDC. La TLDC se compondrá de una legitimidad procedimental que abarque tanto el proceso de elección popular como los procesos institucionales de designación y conformación de operadores y órganos estatales, así como una legitimidad sustantiva que abarque la vigilancia y la calificación del ejercicio del poder público.

El ejercicio del poder público del juez constitucional se compone de las tareas adjudicativas primarias de reconocimiento, garantía y concreción de los derechos fundamentales, así como de las funciones específicas de interpretación, contrapeso, árbitro y colaboración. Por tanto, no se reduce solo a ser un contrapeso para un gobierno en turno, sino que dichas tareas y funciones respaldan su importante función para el sistema jurídico. Se puede hablar de una legitimidad democrática del juez constitucional a través de su función del ejercicio del poder público, pero no se puede establecer dicha legitimidad de manera definitiva o absoluta, ya que dependerá de posibilidades tanto jurídicas como fácticas, lo cual obliga a considerarla de manera dinámica y plausible, sobre todo, porque estará vinculada a las repercusiones de las sentencias constitucionales en el sistema jurídico, en específico, en su fortalecimiento al Estado constitucional.

Las conclusiones hechas abren el ámbito de análisis respecto de la forma en que un juez constitucional consigue su legitimidad democrática a través de su función, porque tendrían que considerarse también *los efectos para el sistema jurídico de las decisiones que se toman en una magistratura constitucional y su vinculación con la legitimidad democrática del juez constitucional*. Cuestión que tendría que realizarse mediante un análisis de la práctica judicial, sobre todo, en donde se pueda comprobar, de manera descriptiva, que la legitimidad democrática del juez constitucional mediante su ejercicio del poder público es una cuestión de niveles, dinámica y plausible.

Referencias

- Ackerman, B. (2007). *La nueva división de poderes*. Fondo de Cultura Económica.
- Alexy, R. (2000). La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático (M. C. Añños, trad.). *Derechos y Libertades*, 8.
- Benhabib, S. (1996). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton University Press.
- Bickel, A. (1986). *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*. Yale University Press.
- Bobbio, N. (1988). *Estado, Gobierno y Sociedad: por una teoría general de la política* (4.ª ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Bocanegra Sierra, R. (1982). *El valor de las sentencias del tribunal constitucional*. IEA.
- Böckenförde, E. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Editorial Trotta.
- Cálame, P. (2006). *La ingeniería institucional: la confección y el funcionamiento de las instituciones*. Instituto de Investigación y Debate sobre la Gobernanza.
- Cárdenas, J. (2008). Acerca de la legitimidad democrática del juez constitucional. En E. Ferrer Mac-Gregor y A. Zaldivar Lelo de la Rea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho* (pp. 81-103). UNAM-IMDPC-Marcial Pons.

- Cohen, J. L. y Andrew, A. (2000). *Sociedad civil y teoría política*. Fondo de Cultura Económica.
- Comanducci, P. (2003). Modelos e interpretación de la constitución. En M. Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*. IJ-Trotta.
- Cortés Rodas, F. (2010). El contrato social liberal: John Locke. *Revista Coherencia*, 13(7), 99-132.
- Driver, J. (2012). The constitutional conservatism of Warren Court. *California Law Review*, 5, 1101-1167.
- Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1996). *Introduction to freedom's law: the moral Reading of the american Constitution*. Harvard University Press.
- Ely, J. H. (1997). *Democracy and distrust* (M. Holguín, trad.). Universidad de los Andes-Siglo del Hombre.
- Escobar Arbeláez, E. (2019). Un árbitro sin reglas claras: sistema de reparto de competencias autonómicas y justicia constitucional en España. *Cuadernos Manuel Giménez Abad. Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico*, 17, 39-51.
- Favoreu, L. (2001). La constitucionalización del Derecho. *Revista de Derecho de Chile*, 1(12), 31-44.
- Ferrajoli, L. (2007). The past and the future of the rule of law. En P. Costa y D. Zolo (eds.), *The rule of law history, theory and criticism* (pp. 323-352). Springer.
- Ferrajoli, L. (2010). *Derecho y garantías: la ley del más débil* (P. Ibáñez y A. Greppi, trads.). Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Trotta.
- Fiss, O. (2003). ¿Por qué el Estado? En M. Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*. (J. Malem, trad.) (pp. 106-122). Trotta-IJ UNAM.
- González Segovia, C. (2017). Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. *Cuestiones Constitucionales*, 37, 171-202.

- Guastini, R. (2000). ¿Separación de los poderes o división del poder? *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 229-234.
- Guastini, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (M. Carbonell y P. Zalazar, trads.) (2ª. ed.). UNAM-IJ-Trotta.
- Guastini, R. (2011). *Estudios de teoría constitucional*. IJ-UNAM-Fontamara.
- Hamilton, A. (1987). *The Federalist Papers*. Penguin.
- Holmes, S. (1999). El precompromiso y la paradoja de la democracia. En J. Elster y R. Slagstad (coords.), *Constitucionalismo y democracia* (M. Utrilla de Neira, trad.) (pp. 217-262). Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría general del derecho y del Estado* (E. García, trad.). UNAM.
- Lawrence, G. S. (2007). *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana* (V. Ferreras et al., trads.). Marcial Pons.
- López Hernández, J. (2009). El concepto de legitimidad en perspectiva histórica. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 18, 153-166.
- Martínez Caballero, A. (2000). Tipos de sentencias en el control judicial de las leyes: la experiencia colombiana. *Revista Estudios Socio Jurídicos*, 1, 9-32.
- Marshall Barberán, P. (2017). Elecciones representativas y legitimidad democrática: una mirada desde las concepciones normativas de la democracia. *Revista de Derecho*, 30(2), 275-299.
- McCloskey, R. (1965). Reflections on the Warren Court. *Virginia Law Review*, 51(7), 1229-1270.
- Muñoz Mendiola, J. (2021). Un replanteamiento al significado del activismo judicial. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política de la UC3M*, 34, 75-96.
- Nino, C. S. (2003). *La constitución de la democracia deliberativa*. Editorial Gedisa.
- Ortíz Fragozo, O. (2013). *Legitimidad y democracia, un escenario para la discusión de la legitimidad en México*. D3 Ediciones.
- Osuna, N. (2015). Las sentencias estructurales. En V. Bazán (ed.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales N° 5. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. Konrad Adenauer Stiftung.

- Pettit, P. (2012). *On the people's terms. A republican theory and model of democracy*. Cambridge University Press.
- Post, R. & Siegel, R. (2013). *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Siglo XXI.
- Valadés, D. (2011). La garantía política como principio constitucional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 132, 1259-1291.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos* (J. L. Martí y Á. Quiroga, trads.). Marcial Pons.
- Waldron, J. (2018). Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Revista Dikaion*, 1 (27), 7-28.
- Warren, C. (1941). The Story Marshall Correspondence (1819-1831). *The William and Mary Quarterly Historical Magazine*, 1.
- Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (9.^a ed.) (M. Gascón, trad). Trotta.

