

**Derechos Humanos
y Democracia**

La democracia constitucional y sus límites

Jaime Cárdenas Gracia



TRIBUNAL ELECTORAL
del Poder Judicial de la Federación

La democracia constitucional y sus límites

**Derechos Humanos
y Democracia**



Jaime Cárdenas Gracia

La democracia constitucional y sus límites

**Editorial
TEPJF**

**TRIBUNAL ELECTORAL
del Poder Judicial de la Federación**

México, 2024

321.8

C133d

Cárdenas Gracia, Jaime, autor.

La democracia constitucional y sus límites / Jaime Cárdenas Gracia. --
1.ª edición. -- Ciudad de México, México : Tribunal Electoral del Poder Judicial
de la Federación, 2024.

1 recurso en línea (52 páginas). (Derechos Humanos y Democracia)

Incluye referencias bibliográficas: (páginas 48-52).

ISBN 978-607-708-791-5

1. Democracia. 2. Principio de legitimidad. 3. Principio de participación.
I. Cárdenas Gracia, Jaime, autor. II. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial
de la Federación. III. Título.

Derechos Humanos y Democracia

La democracia constitucional y sus límites

1.ª edición, 2024.

D. R. © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Carlota Armero 5000, CTM Culhuacán, 04480, Coyoacán, Ciudad de México.

Teléfono 55-5728-2300.

www.te.gob.mx

editorial@te.gob.mx

Coordinación académica: Escuela Judicial Electoral.

Edición: Dirección General de Documentación.

Las opiniones expresadas en la presente obra son responsabilidad exclusiva de quien las emite.

ISBN 978-607-708-791-5



Directorio

Sala Superior

Magistrada Mónica Aralí Soto Fregoso

Presidenta

Magistrado Felipe Alfredo Fuentes Barrera

Magistrado Felipe de la Mata Pizaña

Magistrada Janine M. Otálora Malassis

Magistrado Reyes Rodríguez Mondragón

Comité Académico

Magistrada Mónica Aralí Soto Fregoso

Presidenta

Magistrado Felipe Alfredo Fuentes Barrera

Magistrado Felipe de la Mata Pizaña

Dra. Blanca Heredia Rubio

Dr. José de Jesús Orozco Henríquez

Dr. Hugo Saúl Ramírez García

Dr. Fernando Alberto Lázaro Serrano Migallón

Dra. Gabriela Dolores Ruvalcaba García

Secretaria Técnica Académica

Lic. Agustín Millán Gómez

Secretario Técnico Editorial

Índice

Presentación.....	7
Introducción.....	9
Democracia representativo-electoral y sus límites	12
Democracia constitucional, ¿qué es?	16
Modelos de democracia constitucional (graduaciones)	26
Problemas de la democracia constitucional	34
La democracia constitucional prohija al Estado constitucional	40
Conclusiones	45
Referencias	48

Presentación

En esta obra, Jaime Cárdenas Gracia aboga por la revisión del concepto *democracia constitucional*, con el objetivo de aumentar la participación ciudadana en los asuntos públicos mediante la deliberación y la votación. Desde su perspectiva, la creciente concentración del poder en el sistema judicial mexicano rompe con el equilibrio de poderes y puede llevar a crisis constitucionales.

Por lo anterior, sugiere establecer mecanismos de deliberación constitucional entre poderes, lo que incluye la introducción de la cláusula “no obstante” —del sistema canadiense— para suspender decisiones judiciales y fomentar el diálogo. También propone un proceso democrático directo para la elección de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (*SCJN*) y destaca la importancia de la legitimidad democrática de origen.

Además, plantea la necesidad de crear un tribunal constitucional separado; desvincular la *SCJN* y el Consejo de la Judicatura Federal, así como revisar el entramado jurídico para garantizar el acceso a la justicia.

Asimismo, resalta la importancia de dotar de legitimidad democrática a los jueces de los tribunales y las cortes supranacionales, así como de establecer mecanismos de revocación de mandato para los ministros constitucionales y supremos.

Cárdenas destaca la necesidad de someter la aprobación de tratados en materia de derechos humanos a procedimientos representativos y referéndums ciudadanos, y aboga por implementar mecanismos amplios de democracia directa y deliberativa para la sociedad en relación con cualquier poder del Estado.

Por medio de la idea de la democracia constitucional, remarca la importancia de distinguir entre parámetros formales y sustanciales para medir la legitimidad

de las decisiones, enfocándose en el respeto a procedimientos democráticos y límites constitucionales, en especial de derechos fundamentales.

El autor sostiene que todas estas propuestas son necesarias para democratizar el sistema judicial y constitucional, reduciendo su exclusividad y acercándolo a la participación ciudadana. Por ello, el libro que el lector tiene en sus manos enfoca al derecho electoral y constitucional desde otra perspectiva.

*Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación*

Introducción

En este libro se propone la revisión del concepto *democracia constitucional*, con el propósito de que la mayoría de los asuntos públicos estén sometidos al escrutinio, la deliberación y la votación de la ciudadanía. La categoría coto vedado y equivalentes debe ser la excepción en una democracia, porque se restringe la participación. Se considera que, de manera exclusiva, deben ser vedadas las votaciones para restringir los derechos, siempre y cuando no existan nuevos elementos para discutir. No obstante, en todos los demás casos se debe mantener la deliberación pública y la participación ciudadana. En cambio, para ampliar y maximizar los derechos se deben estimular las votaciones y todas las modalidades de la democracia: representativa, directa, participativa, deliberativa y comunitaria.

También se considera que el Poder Judicial en México ha adquirido un enorme poder constitucional y político que lo sitúa por encima de los otros dos poderes. En la actualidad, el principio de división de poderes no se sostiene porque no existe paridad de rango ni horizontalidad entre ellos. La balanza se inclina a favor del Poder Judicial, el cual tiene la última palabra para definir el alcance, la extensión y la profundidad del derecho. Las competencias que adquirió mediante la reforma constitucional de 1994 y la modificación del 10 de junio de 2011 rompen con el equilibrio de poderes y hacen que el Judicial —sobre todo después de 2018— se haya convertido, *de jure* y *de facto*, en un instrumento político que socava al Legislativo y al Ejecutivo. Lo anterior ha generado, en los últimos meses, un escenario de conflicto y, quizá en el futuro, una crisis constitucional.

Se está a tiempo de examinar los poderes de revisión constitucional para establecer en la carta magna mecanismos de deliberación y diálogo entre poderes. Por ejemplo, la introducción en México de la cláusula “no obstante” prevista en la sección 33 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (s. f.) para que, cuando lo considere, el Poder Legislativo, por mayoría de votos de los

presentes en el Congreso, pueda suspender una decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) por cinco años para propiciar, en ese tiempo, un debate acerca de los argumentos de los dos respectivos poderes. Asimismo, se puede establecer en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) que ningún ministro, magistrado o juez de distrito tiene la potestad para suspender normas generales y abstractas, ya que esa facultad debe corresponder en exclusiva al pleno de la SCJN cuando esta resuelva el fondo respecto de la expulsión de una norma o un ordenamiento del sistema jurídico nacional.

Los principios de prevalencia del legislador y de presunción de constitucionalidad de la ley deben ser tomados con seriedad, porque surgen de autoridades electas de manera democrática. El test de la autoridad judicial para revertir ambos principios debe ser muy estricto para salvaguardar, en la mayoría de los casos, la constitucionalidad de la ley. Exclusivamente en supuestos justificados debe declararse la inconstitucionalidad o inconvencionalidad.

Dado el poder que ha adquirido la Suprema Corte mexicana es importante plantear la elección democrática de origen de sus titulares. Todo derecho en las sociedades democráticas, así como toda autoridad cúspide deben provenir de la voluntad popular, sobre todo cuando la SCJN tiene la última palabra para definir el alcance, la extensión y la profundidad de los derechos humanos y de los principios democráticos. En esta obra se propone un método de dos fases para la elección democrática directa de los ministros. En la primera prevalecerá el mérito, para que todos los interesados participen en un concurso organizado por universidades públicas. Los cinco finalistas por cada vacante —quienes hayan obtenido las mejores calificaciones— participarán en un proceso electivo sin realizar campañas, ser apoyados por partidos ni recibir financiamiento público o privado. Los finalistas tendrán derecho a tiempos del Estado para exponer su *curriculum vitae* y el modelo de derecho constitucional que proponen para el país. Las elecciones se celebrarían el mismo día de los comicios federales.

A las medidas anteriores se podrían sumar otras, como la creación de un tribunal constitucional separado del Poder Judicial; la desvinculación de la Suprema Corte y del Consejo de la Judicatura Federal (CJF); la revisión del entramado jurídico para garantizar el acceso a la justicia, así como dotar de legitimidad democrática de origen —y no solo de ejercicio— a los jueces de tribunales y cortes supranacionales que nombra México —Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos—. Igualmente, se debe pensar en instaurar mecanismos de revocación de mandato para los ministros constitucionales y supremos. Si los tratados en materia de derechos humanos tienen la misma jerarquía que la carta

magna, su aprobación debe pasar por idénticos procedimientos y, de preferencia, tanto constituciones como tratados en la materia deben aprobarse no solo mediante procedimientos representativos calificados, sino por medio de referéndums ciudadanos. El procedimiento parlamentario, además de abierto —parlamento abierto y otras formas obligatorias de vínculo con los grupos sociales—, debe satisfacer las reglas del discurso democrático. Cualquier decisión del Poder Legislativo que no respete las reglas del discurso debe ser declarada inválida y estar acompañada de consecuencias jurídicas, ya sean penales, constitucionales o civiles, para los legisladores. La sociedad, las personas y los colectivos deben contar con amplísimos mecanismos de democracia directa y deliberativa ante cualquier poder u órgano del Estado; por ejemplo, establecer la obligatoriedad del *amicus curiae* en las instancias judiciales y las acciones populares de inconstitucionalidad e inconvencionalidad con interés jurídico simple para oponerse a cualquier medida de autoridad, legislación u otra que persiga afectar derechos fundamentales o principios democráticos con efectos generales.

Democracia representativo-electoral y sus límites

Se entiende por democracia representativa el método por el que los electores, mediante el voto periódico, universal, libre, secreto y auténtico —equitativo—, eligen por mayoría a los gobernantes, con respeto en todo momento a los derechos de las personas, principalmente de las minorías y de la oposición, para que estas puedan, en un momento electoral ulterior, recibir el respaldo mayoritario del electorado. El concepto de democracia se extiende también a la toma de decisiones colectivas por la mayoría de la ciudadanía.

Entre las definiciones de la democracia representativa más reconocidas está la de Robert Dahl (1989), quien indica que para esta que exista, en un sentido mínimo, deben cumplirse una serie de condiciones, a saber: la existencia y el reconocimiento de los derechos políticos de todos los ciudadanos mayores de edad; el voto debe tener el mismo valor o peso; también debe ser libre y auténtico o equitativo; los ciudadanos escogen entre candidatos que compiten en una igualdad aproximada de oportunidades; la regla de la mayoría prevalece en las elecciones y en las decisiones, además de que obliga a respetar los derechos de las minorías para que estas puedan, en un futuro, transformarse en mayoría.

Scott Mainwaring (1990) señala que este tipo de democracia implica tres elementos fundamentales:

- 1) Existencia de partidos que compiten por el poder en condiciones equitativas.
- 2) La contienda entre dichos partidos se realiza por medio de elecciones libres, auténticas y periódicas.
- 3) Existe un Estado de derecho que garantiza los derechos fundamentales de las personas, principalmente los de participación política.

Como dice Giovanni Sartori (2003), la democracia ha significado, durante los siglos xx y xxi, la existencia de elecciones periódicas, competitivas, libres y limpias, que se resuelven con la regla de la mayoría, así como otras condiciones como: su carácter pluralista —competencia de las élites en la sociedad, la economía, la política y la vida de las organizaciones—; el respeto a los derechos de las minorías para que estas puedan tener la posibilidad, en el futuro, de ser mayorías; que la participación política se realice, de manera fundamental, mediante los partidos, y que las personas elegidas en los procesos electores se sometan a los límites de la Constitución y de las leyes.

Sin embargo, la democracia representativa no debería suponer, de manera exclusiva, la existencia de elecciones y partidos competitivos, aunque, por desgracia, ahí se concentran los énfasis. Las reglas y las instituciones electorales, por sí mismas, sin otros arreglos institucionales que garanticen las condiciones de vida adecuadas para todos, tanto económicas como sociales, hacen imposible que se hable de una democracia (Przeworski, 1999, pp. 23-55). A la fecha, la democracia electoral representativa no ha promovido por sí misma sociedades más solidarias, de respaldo y apoyo mutuo entre sus miembros, sino profundamente desiguales y, en algunos casos, con reparto diferenciado de derechos y libertad, sobre todo en aquellas comunidades en las que no existen garantías suficientes y robustas para la tutela efectiva de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Harvey, 2004, 2007, 2012 y 2014; Luhmann, 1981).

La democracia representativa tiene una falla desde su origen. Sus creadores buscaron desligar a los representantes de los representados. Puede pensarse en el discurso del 3 de noviembre de 1774 que pronunció Burke en Bristol, en el que rechazó el mandato imperativo de los electores sobre los elegidos y que las mayorías influyeran en sus diputados. En el modelo de Burke, se suponía que los legisladores atenderían a su electorado y se preocuparían por los intereses nacionales de carácter general, sin la presión y el condicionamiento permanente de los electores (Burke, 1984, pp. 311-314). Los hechos, en el ámbito inglés y en otros lugares del mundo, indican que los representantes se han divorciado de los gobernados.

En Estados Unidos de América se ha rechazado históricamente, desde los inicios de la democracia representativa, la cercanía entre gobernantes y gobernados. En sus primeros años como país, la élite estadounidense se manifestó de forma constante en contra de las elecciones anuales y las asambleas comunales (*town meetings*). En Latinoamérica, en el siglo xix, los liberales y los conservadores de los nuevos países independientes se preocuparon por recortar los poderes

de la ciudadanía y reafirmar las capacidades y facultades de la dirigencia y de las élites, al margen de los ciudadanos (Gargarella, s. f.). Por eso, se fortalecieron en tal magnitud los poderes de los presidentes y se evitó al máximo el uso de cualquier mecanismo ciudadano para revocar el mandato de los gobernantes.

La distancia inicial entre electores y representantes que se trazó en la formulación del sistema representativo se ha ido agrandando con el paso del tiempo. El término usado por Guillermo O'Donnell para referirse a las democracias latinoamericanas como democracias delegativas, porque el ciudadano elige al gobernante y, luego, no ejerce control ni supervisión alguna sobre él, no es casual, pues las instituciones y los mecanismos de rendición de cuentas horizontales fracasan, así como lo hacen también —y principalmente— los verticales, de carácter social (O'Donnell, 1994 y 1999, pp. 159-161).

Además, en este tipo de democracia no se representa de manera adecuada a muchos sectores sociales. Algunos obtienen ventajas socioeconómicas y políticas y otros quedan al margen de manera permanente. Es un sistema en el que el gobernante se mantiene distante del gobernado y en el cual no siempre existe rendición de cuentas efectiva por las fallas e insuficiencias del sistema electoral —compra de votos, poder de manipulación de los medios, financiamiento privado o ilegal de las precampañas y campañas, parcialidad del órgano electoral, etcétera—. Pareciera que la democracia representativa es a veces idónea para catalizar la desigualdad socioeconómica, subrepresentar a grupos sociales, fortalecer a las élites partidistas en detrimento de los ciudadanos y, en ocasiones, dinamitar los principios de elecciones libres, auténticas y periódicas que le dan sustento.

Debe admitirse, sin embargo, que el sistema se ideó desde una concepción política muy limitada, que no tomaba en cuenta las otras dos facetas de la ciudadanía: la social y la económica (Hirschman, 1991; Vega, 2003, p. 465). Por eso, dicha forma de democracia debe ser trascendida para que la sociedad, que es la base de las instituciones, sea reconocida en su complejidad. La clase política tradicional apuesta, en muchas ocasiones, solo a una dimensión política —estrecha— de la ciudadanía, para no ser desbordada y cuestionada por esta. Al respecto, se considera que cuando se habla de la sociedad debería pensarse no solo en la nacional, sino en la internacional, y tendría que ser prioritario incorporar, de manera contundente, en el orden jurídico, además de la democracia representativa reformulada, las siguientes modalidades: directa, participativa, deliberativa y comunitaria indígena.

En el debate acerca de qué tipo de sistema democrático representativo debería construirse, Boaventura de Sousa Santos (2004, pp. 39-40) dice que, frente

a las concepciones hegemónicas, existen propuestas alternativas que ponen el acento en distintos temas: las potencialidades de la participación; la importancia de la publicidad; el reconocimiento de la deliberación; la rendición de cuentas, tanto institucional como social; la posibilidad de contrarrestar los factores reales de poder que buscan excluirse del campo del derecho; la democracia interna y el control a los partidos, y otras muchas innovaciones institucionales que pretenden ampliar los espacios de la deliberación y la participación ciudadana —no reducirlos, como se hace en la democracia constitucional—.

Es pertinente afrontar las crisis de la democracia representativa para que las sociedades tengan destino y futuro. Dicha modalidad no debe, por su diseño institucional, seguir generando desigualdad, exclusión y neocolonialismo. Los diseños institucionales que la dotan de sentido no deben realizarse para favorecer de modo exclusivo a las élites económicas y políticas, sino a todos, en especial a los excluidos y más vulnerables. La democracia representativa necesita perfeccionarse mediante las modalidades participativa, deliberativa y comunitaria. Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, con garantías efectivas, deben ser parte de la democracia representativa para que no solo sea formal, sino sustancial. Este tipo de democracia requiere oponerse, mediante diseños adecuados, a la gran corrupción de las élites económicas y políticas. Es imperioso que los medios de comunicación dejen de transmitir únicamente el discurso de las clases dominantes para dar espacio a todas las concepciones y los puntos de vista. La democracia representativa debe asumir la desobediencia civil y el derecho a la resistencia como válvulas para que los sectores sociales y las personas rechacen el derecho injusto, cuando este no pueda ser sustituido por las vías jurídicas. Y, lo más trascendente, en la construcción de la democracia representativa se debe tomar como punto de partida el principio de soberanía popular, para reducir la distancia entre el gobernante y el gobernado.

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—. ¹ 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)

¹ 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 (Zagrebelsky, 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 descansaría 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 cuspide 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.

Modelos de democracia constitucional (graduaciones)

Existen distintos modelos de democracia constitucional. En el primero se sostiene una posición muy firme a favor de los derechos humanos, que son considerados como vedado, cartas de triunfo o ámbito de lo no decidible.

El segundo modelo es el que expone Pedro Salazar Ugarte (2006), en el que solo las precondiciones y las condiciones de la democracia constituyen como vedado; es decir, la exclusión democrática respecto de la deliberación, la participación y el voto se da solo a unos cuantos derechos —las libertades básicas de expresión, pensamiento, reunión y manifestación, más los derechos políticos, a la educación y a la subsistencia—, que están fuertemente protegidos por las mayorías ciudadanas, legislativas e incluso por el poder revisor de la Constitución. Los demás derechos fundamentales pueden someterse a la deliberación y la participación ciudadanas.

El tercer modelo, al que me adscribo, es uno en el que todos los derechos fundamentales se someten a la deliberación y la participación ciudadanas por medio de mecanismos de democracia representativa, directa, deliberativa y comunitaria, siempre y cuando no exista regresión en los procesos democráticos —ciudadanos y legislativos— respecto de la extensión y profundidad de los derechos, así como en cuanto a sus garantías secundarias. En este tercer modelo se podría discutir acerca de quién determinaría si se trata de una restricción de derechos o de una ampliación de ellos. Se estima que es la sociedad la que debería precisar lo anterior y que, en caso de duda, el producto o resultado jurídico de la deliberación se debería someter al control de constitucionalidad y de convencionalidad para que las instancias competentes señalen los casos de regresión.

El primero de los modelos es de autores como Dworkin, Garzón y Ferrajoli. La razón de una modalidad tan fuerte obedece a distintos motivos entre los autores. En Dworkin, a su concepción inclusiva del derecho, que acepta los

principios y valores morales como partes integrantes de lo jurídico y, desde luego, a su defensa de una moral objetiva en el derecho, que no puede estar sometida a las veleidades democráticas, pero sí a las prácticas interpretativas de jueces y autoridades. En dicho autor, la moral sirve como criterio material para determinar la validez de las normas del sistema jurídico en los casos concretos. Alfonso García Figueroa dice al respecto que

la moralización del Derecho (por la moral crítica) que propone Dworkin nos proporciona un cuerpo jurídico que, integrado por una serie de reglas, principios, etcétera, interpretados a la luz de la mejor teoría moral y política, es capaz de suministrarnos, en todo caso, una única respuesta correcta a las controversias jurídicas. Esta circunstancia convierte en innecesaria la discreción judicial, una práctica, por otra parte, inadecuada para el Estado de Derecho. (García, 1998, p. 259)

Los derechos fundamentales son, en Dworkin, valores morales objetivos indisponibles para el legislador democrático. Solo el juez, principalmente el constitucional, puede encontrar, conforme a la mejor teoría moral y política de la que pueda echar mano, el alcance y la extensión de cada derecho respecto a cada asunto concreto. La perspectiva de Dworkin respecto al derecho no se apega al punto de vista del legislador, sino del juez y sus capacidades para, en los casos difíciles, hallar la única respuesta correcta de acuerdo con la mejor práctica existente en una comunidad jurídica.

Dworkin, como lo señala Alfonso García Figueroa (1998), despliega sus críticas en tres vertientes: en contra del positivismo jurídico, del realismo y del utilitarismo. En oposición al positivismo establece la existencia de los principios como elementos normativos impensables en el marco tradicional constituido por reglas. En relación con el realismo, cuestiona la discreción judicial mediante dos argumentos: el democrático y el liberal. Según Dworkin, el juez viola la división de poderes si se admite algún tipo de discrecionalidad; el argumento liberal le sirve para establecer que no cabe legislar *ex post facto*, no es admisible la aplicación retroactiva de normas. En cuanto al utilitarismo, este autor admite la identificación entre derecho y moral, un concepto fuerte de derechos como cartas de triunfo y un rechazo en las decisiones judiciales a los argumentos consecuencialistas de cálculo (García, 1988, p. 219).

En Garzón Valdés, el concepto de coto vedado surge de una postura sumamente firme respecto de la autonomía personal —autodeterminación individual—. El autor estima que existe un espacio en las personas que es impenetrable

para las mayorías, el Legislativo y el poder revisor. Dicho espacio de autonomía, que es común a todos los seres humanos, es intocable para las mayorías porque, de penetrarlo, se impediría, por ejemplo, que las personas desarrollaran sus propios planes y proyectos de vida, y se vulneraría su inviolabilidad, independencia e imparcialidad. Por ello, la política democrática solo puede ocuparse de cuestiones y deseos secundarios, pero no de bienes básicos como los derechos, porque estos definen la naturaleza moral y política del ser humano.

Ferrajoli, por su parte, no acepta la influencia de la moral en el derecho y mantiene la tesis de la separación entre ambos mundos normativos. Entiende que los derechos fundamentales que permiten determinar la validez material de los ordenamientos jurídicos y sostener la democracia sustancial —que no es solo procedimental— no pueden estar fundamentalmente en manos de las mayorías, del pueblo. Ferrajoli considera que el poder de las mayorías puede desembocar en realidades fascistas sin los límites de los derechos fundamentales. Por ello, los derechos no deben pertenecer al ámbito de la democracia, forman parte de un espacio no sujeto al regateo, a la negociación o a la discusión de las mayorías. El alcance de los derechos, su extensión y sus garantías de protección no deben ser parte de la deliberación democrática porque, si se incorporan a ella, pierden vigor y hasta pueden desaparecer y ser negados. Los derechos humanos pertenecen al ámbito de lo indecible para las mayorías. El pueblo soberano no puede en contra de los derechos humanos de las minorías o incluso de una sola persona (Ferrajoli, 2011, p. 478).

Este autor entiende que los derechos fundamentales son la ley del más débil, incluso en el mundo globalizado, y sostiene lo siguiente:

- 1) Los derechos humanos siguen siendo una promesa no realizada en muchos lugares del mundo —sobre todo los económicos, los sociales, los culturales y los ambientales—. Esa ineficacia tiene que ver, de manera fundamental, con las características del modelo económico neoliberal, que no está interesado en el desarrollo de sociedades libres e igualitarias.
- 2) Las soberanías de los estados son profundamente desiguales, ya que existen soberanías casi absolutas, como la de Estados Unidos de América, en contraste con las de los demás estados. Además, aun entre estas últimas existen niveles y diversos grados de desigualdad.
- 3) Las ciudadanías también están desequilibradas, pues existen ciudadanos *optimo iure*, con todos los derechos, y semiciudadanos, que se encuentran en situaciones jurídicas —permisos de residencia, refugiados, irregulares y

clandestinos— que en el mundo globalizado son fuente de exclusión y discriminación entre las personas.

- 4) Las normas y las instituciones del derecho internacional son aún muy débiles e imperfectas, desde sus ilegitimidades democráticas de origen y de ejercicio hasta las vías para exigir su acatamiento. En el ámbito supranacional todavía existe, en muchos sentidos, un estado de naturaleza hobbesiana, en el que, por un lado, hay ausencia o imperfección de reglas y, por otro, son los más poderosos, sean las grandes potencias o los intereses económicos más relevantes, los que imponen la ley del más fuerte.
- 5) No se ha ideado, hasta el momento, un derecho internacional que traslade los fines del constitucionalismo nacional a la esfera mundial, mientras que el primero recibe los embates de la globalización (Ferrajoli, 2011, pp. 480-485).

Para hacer frente a las características nocivas de la globalización, Ferrajoli propone:

- 1) Un constitucionalismo mundial que prohíba un federalismo global multinivel, en el que los ordenamientos nacionales e internacionales estén coordinados, de suerte que se limite cualquier poder arbitrario, se garanticen los derechos humanos y se preserve la paz.
- 2) Los derechos civiles de autonomía que dan fundamento al mercado deben quedar subordinados a los derechos humanos, tanto los de libertad como los de carácter social.
- 3) Toda norma debe estar enmarcada en la garantía de la paz y de los derechos humanos.
- 4) La garantía de los derechos humanos, tanto nacionales como internacionales, debe subordinar cualquier acción de gobierno nacional e internacional que se pretenda colocar por encima de ella.
- 5) Es necesario articular las competencias del ámbito federal mundial con las estatales, de suerte que se produzca un nuevo federalismo cooperativo, capaz de subordinar la economía al derecho mediante la democratización y el perfeccionamiento jurídico de las actuales instituciones internacionales, entre otras medidas (Ferrajoli, 2011, pp. 540-544).

Un modelo de democracia constitucional más moderado o matizado es el de Pedro Salazar (2006, pp. 264-274), quien alude a las precondiciones y las condiciones de la democracia. La constitucional, que tiene distintas versiones,

matices y tendencias, asume que la regla de la mayoría debe estar limitada por algunos derechos fundamentales, pero no por todos —aquellos que no sean precondiciones o condiciones de la democracia podrían ser parte de la deliberación (no serían coto vedado)—. Se trata de precondiciones y condiciones expresadas por medio de derechos que son necesarios para hacer posible la democracia. Por ejemplo, algunos derechos de libertad o las cuatro libertades de los modernos que son, según Bobbio (2003), la personal, la de pensamiento, la de reunión y la de asociación, o bien, según Salazar, el derecho a la subsistencia, a la educación y los derechos políticos, con sus correspondientes garantías. Las precondiciones y las condiciones mencionadas son limitaciones necesarias para la democracia formal, pues sin ellas esta última no sería posible.

En la democracia constitucional, se entiende que los parámetros para medir la legitimidad de las decisiones son formales y sustanciales. Los primeros implican el respeto a los procedimientos democráticos —legitimidad basada, fundamentalmente, en la regla de la mayoría, con respeto a las precondiciones y las condiciones de la democracia—, mientras que los sustanciales entrañan el respeto a los límites materiales o de contenido impuestos en la Constitución —los derechos fundamentales—.

Es importante, según Salazar (2006), que el coto vedado esté constituido por pocos derechos fundamentales que no pueden restringirse ni por medio del procedimiento de revisión constitucional, pues se considera que esos pocos derechos indisponibles para el constituyente permanente o el legislador son indispensables para la existencia de la democracia. Sin embargo, es conveniente que se gradúe la rigidez de la ley fundamental. En cuanto a la legislación secundaria, esta debe respetar el principio de supremacía constitucional respecto a los derechos fundamentales y a los procedimientos democráticos.

Los tribunales constitucionales no deben transformarse, de hecho, en terceras cámaras legislativas. Es importante que se entienda que la soberanía reside esencialmente en los ciudadanos, en el pueblo, y, por eso, el poder de dichas cortes debe limitarse. El gobierno no debe estar en manos de los jueces. La revisión constitucional, principalmente de las leyes, debe reformularse. Ello exige diseñar e introducir mecanismos constitucionales en los que los ministros no tengan la última palabra para invalidar normas o para definir la profundidad y el alcance de la Constitución —derechos humanos y principios democráticos—, sino que sometan sus determinaciones al Legislativo o al pueblo. Instituciones como la cláusula “no obstante” de Canadá —sección 33 de la Carta de Derechos de ese país—, la cual permite a los parlamentos canadienses legislar para

derogar resoluciones judiciales de la Corte Suprema, deben ser introducidas en los sistemas constitucionales para limitar el inmenso poder que los ministros han adquirido en los tiempos de la democracia y el Estado constitucional.

Un tercer modelo, que es el que se propone aquí, asume que todo está sujeto a la discusión, la deliberación y la votación, incluso los derechos fundamentales. Las mayorías legislativas y ciudadanas deberían poder decidir respecto de los derechos fundamentales y no solo acerca de procedimientos democráticos y otras materias, con la única excepción de impedir posturas regresivas. Lo alcanzado en materia de derechos estaría fuera de la discusión pública, a menos que existan las pruebas y las justificaciones que puedan fundar nuevas deliberaciones y votaciones al respecto de derechos ya reconocidos. No obstante, en cuanto a la maximización de estos y las garantías para su eficacia, se aplicarían los procedimientos y las reglas de las distintas modalidades de la democracia: representativa, directa, deliberativa, comunitaria, etcétera, que deben ser asequibles y practicables por todos y para todos, tanto mayorías como minorías.

Pierre Rosanvallon (2010, pp. 303-304) argumenta, con razón, que la democracia mayoritaria debe ser más reflexionada y próxima, menos mecanicista, y que las instituciones tienen que reajustarse para adaptarse al funcionamiento de esta. No se trata de rechazar la revisión constitucional o los derechos humanos, sino de incorporarlos en los procedimientos y las prácticas democráticas con imparcialidad, reflexividad y cercanía. No se trata de despolitizar la democracia, sino de otorgarle mayor peso y centralidad en las reglas e instituciones, así como en las normas, los principios y las instituciones de la democracia constitucional.

Este modelo implicaría el diseño y el cambio de algunas de las reglas y los procedimientos de la parte orgánica de las constituciones. Así, y a partir del principio de soberanía popular, se debe apuntar, de nuevo, que el origen del Estado, el derecho y sus correspondientes instituciones y reglas está o reside en la voluntad popular, lo que significaría, entre otros temas, que el legislador goza, con algunos matices y excepciones, de la presunción de constitucionalidad y convencionalidad de sus decisiones. También implicaría que los tribunales constitucionales no pueden apartar superficial y ligeramente esa presunción al momento de resolver. Además, las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos deben prever los mecanismos e instituciones que doten de legitimidad democrática de origen —y no solo de ejercicio— a los jueces de las cortes constitucionales nacionales y supranacionales. Es preciso que existan mecanismos que den poder a los ciudadanos para elegir o intervenir en la designación de los ministros constitucionales y de las cortes de derechos humanos del sistema interamericano

y universal.² Igualmente se debe pensar en instaurar mecanismos de revocación de mandato para los magistrados constitucionales y supremos. Si los tratados en materia de derechos humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución, su aprobación debe pasar por idénticos procedimientos y, de preferencia, tanto constituciones como tratados deben aprobarse no solo mediante procedimientos representativos calificados, sino por referéndum ciudadano.

Las cortes constitucionales y de derechos humanos, nacionales y supranacionales, no pueden convertirse en terceras cámaras legislativas con poderes de veto, su función no es esa. Para evitarlo, las determinaciones finales en materia de derechos humanos no deben recaer en ellas, sino que deben ser reenviadas a los poderes legislativos y, en su caso, ser sometidas a consideración de los ciudadanos para que estos contrargumenten y justifiquen si las aceptan o no.

En cuanto al llamado legislador democrático, para que este realmente adquiera esa condición debe, en todo momento, justificar y probar cualquier afectación a los derechos humanos que pretenda. El procedimiento parlamentario, además de abierto a la sociedad —parlamento abierto y otras formas obligatorias de vínculo con los grupos sociales—, tiene que satisfacer las reglas del discurso democrático. Cualquier decisión del Poder Legislativo que no respete dichas reglas será declarada inválida y estará acompañada de responsabilidades jurídicas —penales, constitucionales, civiles, etcétera— para los legisladores. La sociedad, las personas y los colectivos necesitan contar con amplísimos mecanismos de democracia directa y deliberativa ante y respecto de cualquier poder u órgano del Estado; por ejemplo, obligatoriedad del *amicus curiae* en las instancias judiciales y acciones populares de inconstitucionalidad e inconvencionalidad con interés jurídico simple para oponerse a cualquier medida de autoridad, legislación u otra que persiga afectar derechos fundamentales o principios democráticos con efectos generales.

El modelo limitado de democracia constitucional aquí propuesto asume la indeterminación de los principios constitucionales y convencionales. Admite

² El artículo 36 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos de una lista de candidatos propuesta por los estados miembro. Los artículos 52 y 53 de dicha convención establecen, respecto a los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que también son elegidos a título personal por la Asamblea General entre juristas destacados de los países. Igualmente, los candidatos a jueces constitucionales son propuestos por los estados. Lo anterior significa que son los gobiernos nacionales los que proponen a los miembros de la Comisión y a los jueces de Corte. En el caso de México, respecto a las propuestas de mexicanos que realice el gobierno, los candidatos a ocupar esos cargos podrían ser electos por la ciudadanía.

que el test de proporcionalidad para resolver conflictos de principios y derechos es, en esencia, arbitrario y discrecional, así que su empleo por parte de los jueces constitucionales no concluye la ponderación, sino que esta continúa, por ejemplo, con la figura del reenvío a instancias legislativas y ciudadanas con más y mejores argumentos. Se acepta que las constituciones de detalle y primordialmente integradas por reglas evitan la indeterminación en el derecho, pero se es consciente de que el presente tiempo histórico y cultural es incompatible con las constituciones y tratados de ese tipo.

Problemas con la democracia constitucional

La democracia constitucional plantea distintos problemas. Aquí se exponen algunos de ellos: el desdén por la soberanía popular; la reducción del margen democrático en las decisiones públicas; un componente elitista indudable; el desarrollo de un derecho judicial superior al originado en otras fuentes formales del derecho, como la ley; el fin del principio de presunción de constitucionalidad a favor del legislador; no haber desarrollado una propuesta de reforma a la parte orgánica de la Constitución para darle funcionalidad y legitimidad a la democracia; un derecho supranacional de los derechos humanos —tratados y cortes supranacionales en materia de derechos humanos— que no tiene fundamento en una fuerte legitimidad democrática de origen, y el vaciamiento de la regla de la mayoría.

El desdén por la soberanía popular implica que la democracia constitucional no ve con buenos ojos a las mayorías legislativas ni a las ciudadanas, tal como Alexander Hamilton lo señaló en el siglo XVIII. Dicen los teóricos que las mayorías legislativas y ciudadanas no constituyen la soberanía popular, sino que son un fragmento, una parte de ella. Además esas mayorías pueden ser muy peligrosas porque suelen avasallar a las minorías y a los individuos. Los derechos fundamentales de las personas y de las minorías pueden hacerse nugatorios a consecuencia de las mayorías, y principios como el de autodeterminación se pueden diluir en su totalidad.

La soberanía que fue concebida, en primer lugar, por Bodin, residía en el monarca; para Rousseau, en el pueblo; Kant consideraba que yacía en la ley; Kelsen, en el ordenamiento jurídico, y para los positivistas institucionalistas, como León Duguit, Maurice Hauriou, Raymond Carré de Malberg y Santi Romano, se encontraba en quien ejerciera el poder, es decir, en aquel que, en los hechos, decidiera y determinara lo que debe hacerse desde el Estado. En el constitucionalismo mexicano, que sigue en buena medida la tradición kelseniana y está influido

por el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, entiende que la soberanía se expresa por medio de la ley —el sistema jurídico—, principalmente del principio de supremacía constitucional y, ahora, de la democracia constitucional, también mediante el bloque de constitucionalidad y convencionalidad.

No obstante, el principio de soberanía popular no puede subsumirse de manera exclusiva en el ordenamiento jurídico y obviar su carácter sociológico, histórico, político y cultural: la soberanía reside esencial y originariamente en el pueblo, que es quien debe decidir el destino de la nación —la sociedad organizada de forma política—. El objetivo de la soberanía es el beneficio del pueblo y, por eso, este tiene la prerrogativa exclusiva de decidir cómo se organizan la nación y el Estado, por lo que la voluntad popular no debe quedar excluida de los espacios de decisión más importantes, como son los que tienen que ver con los derechos humanos. Además, la ciudadanía tiene, en todo tiempo y para su conveniencia, el derecho inalienable e imprescriptible de modificar las formas de organización política que se haya dado.

El coto vedado es una noción ajena al principio de soberanía porque materias fundamentales para las personas escapan a su entendimiento, querer y decisión (Gargarella y Niembro, 2016). La democracia constitucional considera a las mayorías como un riesgo grave y les imputa ser las principales responsables de la vulneración de los derechos fundamentales. Prefiere entregar la determinación del alcance y la profundidad de los derechos, así como su tutela, a los tribunales constitucionales, que no tienen vínculos democráticos con las mayorías sociales, antes de reconocer espacios de decisión. Tanto las personas como las mayorías están excluidas de la definición acerca de los límites y la profundidad de los derechos; son cuerpos elitistas de magistrados los que están dotados de esos poderes.

Lo anterior rompe con la Constitución, pues su norma más importante —el artículo 39— reconoce el principio de soberanía, del cual se desprende todo el contenido constitucional, convencional y legal en el que se organiza política y jurídicamente la sociedad. La nación soberana es una comunidad plural y diversa que histórica y culturalmente ha asumido su diferenciación respecto de otras naciones. Más allá de la polémica entre los que sostienen el carácter histórico realista de la nación y los que la ven como una construcción histórica y política, lo importante es que está organizada políticamente y tiene el poder de crear el ordenamiento jurídico de origen; es decir, la facultad de convocar a una asamblea constituyente que apruebe la carta magna. También cuenta con

el poder inalienable e imprescriptible de sustituir y cambiar dicha constitución y definir todos los ámbitos relacionados con las personas y la sociedad, entre ellos, el de los derechos.

El poder soberano de la nación reside en el pueblo, que expresa la pluralidad de personas y de los distintos grupos sociales que tienen conciencia de una identidad política común y que han decidido materializar esa conciencia en un Estado independiente. Ese pueblo puede transformar el orden jurídico y las formas de gobierno —tiene el derecho inalienable e imprescriptible—.

¿Qué ocurre con la soberanía en la democracia constitucional? Externa e internamente se vuelve una quimera. De manera externa, la soberanía es condicionada por los intereses de otras potencias y poderes fácticos supranacionales, que definen las políticas económicas, energéticas y de seguridad, pero también lo concerniente a los derechos fundamentales, mediante organismos de derechos humanos, cortes supranacionales de derechos y tratados en esas materias. En estas instancias, la participación de la ciudadanía es casi nula, salvo como promotora de acciones populares de inconstitucionalidad, cuando el derecho nacional las prevé. De manera interna, los poderes fácticos locales y también foráneos han domeñado y secuestrado a la soberanía popular porque, no solo en materia de derechos, sino en otros ámbitos, el poder popular no participa en su determinación. No existe la posibilidad de que los ciudadanos, directamente, por sí mismos o mediante sus representantes legislativos, establezcan su destino. Ni siquiera se les permite definir los límites ni la profundidad de los derechos fundamentales; estos se encuentran a merced de instancias elitistas de carácter jurisdiccional que lo hacen en su lugar.

En consecuencia, se reduce el margen democrático en las decisiones públicas concernientes a los derechos fundamentales, lo que agrava aún más la crisis de la democracia representativa. Si bien esta nunca ha sido vigorosa —desde los debates de *El Federalista* y de la Convención Constitucional de Estados Unidos de América en el siglo XVIII, se consideró que las mayorías no estaban capacitadas, por sí solas, para tomar decisiones adecuadas en materias de interés público (Gargarella, 2014, p. 29)—, hoy en día se desconfía aún más. Las mayorías no pueden intervenir en el ámbito de los derechos fundamentales ni en otros, como la seguridad, la energía o las inversiones internacionales, pues estos no son susceptibles de decisión. Las instancias que garantizan y protegen los derechos fundamentales en última instancia son los tribunales constitucionales, nacionales y supranacionales, que determinan el alcance de los derechos, su profundidad y los mecanismos para hacerlos posibles.

En este tipo de democracia no se impulsan otras modalidades, como la participativa, la deliberativa o la comunitaria; se prefiere una electoral representativa de baja intensidad, en la que lo importante —los tratados de libre comercio y de inversión, los relativos a la milicia, a la seguridad o a los derechos humanos— no sea votado ni decidido de forma alguna por los ciudadanos. De manera deliberada, se busca que el pueblo quede alejado de las decisiones que implica aprobar o rechazar las reformas de la globalización.

La democracia representativa electoral es, como ha sido históricamente desde el siglo XVIII, una democracia para renovar élites, para decidir cuáles de esas élites deben gobernar. Fue y es, como señaló Joseph Schumpeter (1962, p. 219), un mero mecanismo para la selección de élites o, como dijo Karl Popper (Popper, 2010), un procedimiento de destitución de gobernantes. La democracia, en esta concepción formal y minimalista, se concreta y concluye en lo electoral, sin que importe mucho la calidad de las reglas e instituciones o el grado de participación y deliberación de los asuntos públicos. Se trata de una mistificación que paralizó el sentido de la democracia en el tiempo (Vega, 2003, p. 465). La democracia pone fin a la historia, si es solo una cuestión de reglas y procedimientos para saber quién gobierna y cómo.

Los principios de elecciones libres, auténticas y periódicas, aunque se satisfagan, no son suficientes (Bobbio, 2003, pp. 459-460), porque la ciudadanía no tiene solo una dimensión política, sino una social y una económica, que velan —o deberían hacerlo— por el bienestar de las personas, y procuran reforzar la civilidad y potenciar las redes del beneficio social. No se puede ver a las personas como individuos aislados y atomizados (Cortina, 2003, p. 418). La ciudadanía tiene también una dimensión económica; es decir, la sociedad debe decidir qué se produce, cómo y para qué —la democracia económica, a la que nunca se ha llegado—. Además, la democracia tiene que ver también con los resultados de las decisiones colectivas, los cuales deben beneficiar también a las mayorías de cada sociedad. ¿Qué sentido tiene que la mayoría elija, si los resultados de las decisiones colectivas benefician únicamente a 1 % de la población?

Si la democracia representativa era elitista, la constitucional lo es aún más, porque excluye de más espacios de decisión a los ciudadanos y los confiere a las élites institucionales, quienes los definen y establecen su alcance (Waldron, 2018). ¿Puede una élite nacional o transnacional decidir sin escuchar a los sectores involucrados, sin dar la debida participación en las decisiones a los ciudadanos, más allá de los momentos electorales, sin la deliberación ni la transparencia necesarias? Así ocurre y ha ocurrido. Quien escribe considera que no todos

los procedimientos importan o valen lo mismo, pues hay de procedimientos a procedimientos; algunos son más abiertos, transparentes, deliberativos y participativos que otros (Díaz, 2003, pp. 439-459). No es lo mismo, por ejemplo, contar con procesos que promuevan la oligarquización en los partidos que otros que atiendan la democracia interna en ellos; no es lo mismo que la democracia sea electoral a que, siéndolo, también promueva instrumentos directos, participativos, deliberativos y comunitarios o indígenas, así como no todos los modelos de división de poderes, de forma de gobierno o de Estado federal son iguales ni dan lo mismo, en términos del grado y la calidad de la democracia.

Hoy en día, la humanidad vive en sociedades y estados neoliberales globalizados. El neoliberalismo no es solo una estructura económica, sino también una teoría geopolítica de dominación. Se trata de un esquema integral que conjuga la violencia política, militar, ideológica, jurídica y estatal para que las transformaciones estructurales promovidas en el ámbito nacional y global pongan a las anteriores variables de su lado, con el propósito de modificar, en beneficio de las clases dominantes, los elementos que conforman la convivencia social de la nueva forma de dominación política (Harvey, 2007). Por lo tanto, el neoliberalismo globalizador no es solo una herramienta de la geopolítica, sino la manera contemporánea en la que se llevan a cabo las estrategias geopolíticas.

La democracia, además de política, debe ser social y económica. La propiedad, el contrato, las formas establecidas de desigualdad social, el matrimonio, la familia, etcétera, se expresaron como un ámbito diferenciado del sistema político. Han sido instituciones que se aceptan acríticamente. Las relaciones sociales y económicas no se han democratizado. No se promovieron sociedades más comunitarias, de respaldo y apoyo mutuo entre sus miembros, sino que se ahondó el individualismo y el particularismo (Luhmann, 1981). La democracia constitucional no ha promovido, hasta la fecha, la económica o la social.

En la democracia constitucional se ha desarrollado un derecho judicial superior al originado en otras fuentes formales del derecho, como la ley. Bernd Rüthers (2020, pp. 56-57) dice, refiriéndose al caso alemán, que el derecho del Tribunal Constitucional de ese país se ha convertido en la norma suprema y que la realidad jurídica alemana es semejante a la de Estados Unidos, donde el derecho son las profecías acerca de lo que los tribunales harán y, por eso, el derecho constitucional vigente es lo que el Tribunal Constitucional decide y no lo que se plasmó en el texto de la ley fundamental de Bonn de 1949.

En los principales sistemas jurídicos del mundo, anglosajones y continentales, se atestigua el derecho de los jueces. Los tribunales supremos o constitucionales

se encargan de perfeccionar y transformar el derecho constitucional sin tener que pasar por los procedimientos de reforma o referéndum popular. El derecho de los jueces vulnera los principios democráticos y la división de poderes porque la ley ya no surge de la sociedad, de la voluntad popular materializada en los procedimientos democráticos, y porque los tribunales constitucionales sustituyen y suplantando al legislador en la tarea de creación normativa. La carta magna es y dice no lo que el pueblo quiere o lo que el poder revisor o el legislador democrático decide, sino lo que los jueces determinan. La Constitución es lo que los jueces dicen que es. El Estado de la ley se ha transformado en el Estado judicial.

Según Rüthers,

[la] comprensión de la Ley Fundamental como un orden de valores, junto con la preeminencia del Tribunal Constitucional Federal, no ha hecho más que fortalecer inmensamente la posición de poder de ese tribunal, en la elección del método y la interpretación de la Ley Fundamental. El derecho constitucional se ha convertido en el derecho de los jueces constitucionales. (Rüthers, 2020, p. 59)

El caso de la República Federal de Alemania existe en otros países. Las cortes supremas tienen tal poder, como guardianes de la Constitución, que sin estar facultadas por la ley fundamental se arrogan poderes de reforma o de derogación —la mutación constitucional—. Con esas facultades espurias, pues no las poseen constitucionalmente, no solo cambian los significados y los alcances de la carta magna, sino que introducen nuevas normas —principios y valores— o derogan porciones del ordenamiento constitucional, como estuvo a punto de ocurrir en México a fines de 2022, cuando una parte de los ministros de la SCJN planteó, mediante interpretación conforme, derogar en los hechos el párrafo segundo del artículo 19 de la CPEUM en materia de prisión preventiva. En Alemania, mediante la aplicación del principio de igualdad, el Tribunal Constitucional se ha otorgado amplios poderes para cambiar la ley fundamental (Rüthers, 2020, p. 107).

La democracia constitucional prohíja al Estado constitucional

Al Estado de la actualidad, concebido al menos teóricamente, se le denomina Estado constitucional, lo que entraña una superación del modelo liberal y el de bienestar, aunque este avance se ve sofocado por las realidades injustas y antidemocráticas del efectivo y vigente Estado neoliberal globalizador. Existen diversas caracterizaciones del modelo jurídico del Estado constitucional. Si se sigue a Guastini, se pueden mencionar las siguientes:

- 1) Una Constitución rígida.
- 2) La garantía jurisdiccional de la ley fundamental.
- 3) La fuerza vinculante de la carta magna.
- 4) La sobreinterpretación de la Constitución.
- 5) La aplicación directa de las normas constitucionales.
- 6) La interpretación conforme de las leyes.
- 7) La influencia de la Constitución en las relaciones políticas (Carbonell, 2010, pp. 153-164; Guastini, 2007, p. 153).

La Constitución rígida entraña dos cuestiones:

- 1) Existen principios expresos e implícitos que no pueden ser modificados ni siquiera por una reforma constitucional —aunque son determinados en su alcance por los guardianes de la ley fundamental—.
- 2) La carta magna “constitucionaliza” o irradia su condición al resto del ordenamiento jurídico mediante las interpretaciones de la corte suprema y de los órganos supranacionales de derechos humanos.

En cuanto a la garantía jurisdiccional de la ley fundamental, esta conlleva que la Constitución y los tratados de derechos humanos sean protegidos por los tribunales nacionales y supranacionales mediante las distintas vías de control jurisdiccional de constitucionalidad y convencionalidad previstas en cada sistema jurídico y tratado. Dichos tribunales son los señores del derecho de la actualidad. El legislador y el resto de los poderes públicos están sometidos a los guardianes de la carta magna.

La fuerza vinculante significa que todas las normas de la ley fundamental son obligatorias para todas las autoridades del Estado, al igual que las interpretaciones que de ellas hacen los jueces constitucionales. No son programas de acción política ni recomendaciones. Las autoridades de los distintos ámbitos de gobierno están obligadas a acatarlas.

En el Estado constitucional, la carta magna se sobreinterpreta con una fuerte dosis de discrecionalidad y arbitrariedad por los guardianes de la Constitución. Esto implica que no se acude a los métodos tradicionales de interpretación, como el gramatical, sino que los contenidos de las normas supremas se extienden a todos los significados posibles para optimizar, según las concepciones de los tribunales constitucionales, la protección de los derechos humanos y los principios democráticos. La sobreinterpretación de la ley fundamental incide en las relaciones de los gobernados con los poderes públicos, pero también en las que se establecen entre particulares.

Existe aplicación directa de la ley fundamental, de lo que se deducen por lo menos dos situaciones:

- 1) La carta magna rige para los particulares y no solo para los poderes públicos.
- 2) Todas las autoridades deben aplicar la norma suprema, aunque no exista ley secundaria de desarrollo, con el propósito de salvaguardar los derechos humanos y los principios democráticos, lo que muchas veces ocasiona que el legislador sea suplantado por el tribunal constitucional.

La interpretación conforme, que recoge el segundo párrafo del artículo 1 de la CPEUM, significa que las normas del ordenamiento secundario deben interpretarse a partir de lo establecido en la Constitución, lo que es tarea de todas las autoridades. También implica que, en caso de posibles interpretaciones opuestas, debe preferirse la que sea más consecuente con los principios constitucionales, la cual será precisada, en última instancia, por la SCJN.

Por su parte, la influencia de las constituciones en las relaciones políticas está relacionada con tres cuestiones:

- 1) La existencia de métodos constitucionales para resolver conflictos entre poderes y órganos —la controversia constitucional—.
- 2) La imposibilidad de que existan decisiones de autoridad sin la consecuente revisión de constitucionalidad —la vida política queda subordinada a los dictados de la corte suprema—.
- 3) Los sujetos políticos deben orientar su acción hacia la maximización de los principios constitucionales, según las resoluciones del guardián de la norma suprema.

En fin, toda la vida pública y privada está bajo el paraguas de la Constitución y de los tratados de derechos humanos, en un escenario en el que los tribunales constitucionales, y no el legislador democrático o el pueblo, tienen la última palabra acerca del sentido y la profundidad del derecho.

Por otra parte, a juicio de quien escribe, las notas fundamentales del Estado constitucional son las siguientes:

- 1) La democracia constitucional no se origina de modo exclusivo en la regla de la mayoría, sino también —y esencialmente— en el respeto y la garantía de los derechos humanos. Las mayorías son un fragmento de la soberanía popular.
- 2) La conexión, en diversos grados —según el autor y la corriente—, entre el derecho y la moral.
- 3) Los derechos humanos son el fundamento y el fin del Estado y el derecho.
- 4) Las constituciones expresan principios y proyectos jurídicos y políticos contrapuestos. Ninguno prevalece *a priori*, sino en la aplicación de los casos concretos.
- 5) Reconocimiento de que el derecho está conformado por una multitud de materiales normativos, fundamentalmente por reglas, principios y valores.
- 6) Orientación hacia la Constitución normativa; es decir, a la unión entre el deber ser de la norma y la realidad.
- 7) El derecho no solo consiste en una estructura normativa, sino argumental, contextual y procedimental.
- 8) La legalidad y el resto de las fuentes jurídicas se supeditan a la convencionalidad y a la constitucionalidad en un sentido amplio.

- 9) Las normas que no son reglas no se pueden interpretar por los métodos tradicionales. Es preciso acudir al principio de proporcionalidad y a otras formas de argumentación para resolver las colisiones entre principios opuestos.
- 10) El ordenamiento jurídico se interpreta desde la Constitución para maximizar los derechos fundamentales.
- 11) La certeza jurídica se vuelve más exigente y difícil; se apoya, principalmente, en la calidad de la argumentación.
- 12) La Constitución es una norma rígida aplicable, de manera directa, por todas las autoridades. Existen principios que no pueden reformarse mediante el procedimiento de revisión constitucional.
- 13) El juez constitucional es el garante del Estado constitucional y carece de legitimidad democrática de origen. Busca suplirla por medio de la calidad argumentativa de sus resoluciones, pero suele chocar con las instancias que sí poseen dicha legitimidad, como el Legislativo y el Ejecutivo, y a veces con el mismo pueblo.
- 14) Se pretende globalizar el constitucionalismo, pero sin éxito, porque el Estado constitucional no tiene una teoría económica que le dé fundamento.
- 15) Se trata de un Estado que no es neutral ni avalorativo. Su ideología es la de los principios y valores contrapuestos que se contienen en la Constitución y en los tratados de derechos humanos, que son interpretados y determinados por las cortes supremas e instancias supranacionales de derechos humanos carentes de legitimidad democrática de origen. Sin embargo, dichos principios no siempre son realizados, sobre todo los que expresan derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Cárdenas, 2005, pp. 51-52).

El Estado constitucional plantea numerosos problemas. En otro trabajo (Cárdenas, 2017) se señaló que sus teorías pueden ser cuestionadas por lo siguiente:

- 1) Las teorías del Estado constitucional prescinden de las condiciones económicas vigentes y de las teorías que las analizan —no hay una teoría económica para el Estado constitucional como si la hubo para el de bienestar (el keynesianismo)—.
- 2) Las teorías del Estado constitucional no cuentan con una teoría, falta una que aborde el papel contemporáneo de los poderes fácticos; de la hegemonía cultural, ideológica y mediática, y de la organización y diseño del poder formal —se minimiza la parte orgánica de las constituciones y se ensalza su parte dogmática—.

- 3) Las teorías del Estado constitucional descuidan formas de organización social y democrática relacionadas con la democracia participativa y deliberativa, así como con las manifestaciones de la democracia comunitaria; es decir, no reconocen las capacidades transformadoras de una democracia radical que haga viables los fines del Estado constitucional.
- 4) Las teorías del Estado constitucional son poco exigentes con realidades contemporáneas como la plurinacionalidad y el multiculturalismo; se trata de teorías eurocéntricas.
- 5) Aunque existen autores que se han preocupado por la globalización del constitucionalismo, las teorías del Estado constitucional no abundan acerca de las ventajas, desventajas y posibilidades que tiene la globalización.
- 6) Las teorías del Estado constitucional, con su concepto de democracia, favorecen la posición de los más privilegiados del sistema y no la de las minorías menos aventajadas.
- 7) Dichas teorías presentan rasgos profundamente excluyentes: las élites burocráticas supranacionales y nacionales definen ahora el sentido y el alcance de los derechos humanos.
- 8) Los guardianes del Estado constitucional —los jueces de las cortes supremas— no poseen legitimidad democrática de origen y suelen entrar en conflicto con los poderes que sí la tienen, como el Legislativo y el Ejecutivo.
- 9) El principio de proporcionalidad, que es el método privilegiado para resolver las colisiones entre los principios constitucionales, no solo erosiona los derechos humanos, sino que es un método discrecional y arbitrario que mantiene el *statu quo*, muchas veces injusto.
- 10) Las teorías del Estado constitucional son una ficción jurídica sin asideros en la realidad. Son una inspiración, un noble sueño, aunque pueden poseer capacidades transformadoras.

Conclusiones

La democracia constitucional, que tiene distintas versiones, matices y tendencias, asume que la regla de la mayoría debe estar limitada por algunos derechos fundamentales, pero no por todos —aquellos que no sean precondiciones o condiciones de la democracia podrían ser parte de la deliberación democrática (no serían coto vedado)—. La discusión consiste en precisar, en cada sistema jurídico, cuál es el coto vedado para cada nación.

En esta clase de democracia, se entiende que los parámetros para medir la legitimidad de las decisiones son formales y sustanciales. Los primeros implican el respeto a los procedimientos democráticos —legitimidad basada, fundamentalmente, en la regla de la mayoría, con respeto a las precondiciones y las condiciones de la democracia—, mientras que los sustanciales entrañan el respeto a los límites materiales o de contenido impuestos en la Constitución —los derechos fundamentales—.

Es importante que el coto vedado esté constituido por pocos derechos fundamentales que no puedan ser restringidos ni siquiera por medio del procedimiento de revisión constitucional, pues se considera que son indispensables para la existencia de la democracia, por lo que no pueden ser modificados por el constituyente permanente ni el legislador. Sin embargo, es conveniente que las constituciones gradúen la rigidez de la ley suprema. En cuanto a la legislación secundaria, esta debe respetar el principio de supremacía constitucional respecto de los derechos fundamentales y de los procedimientos democráticos.

Los tribunales constitucionales no deben transformarse, de hecho, en terceras cámaras legislativas. Es importante que se entienda que la soberanía reside esencialmente en los ciudadanos, en el pueblo, y, por eso, el poder de dichos tribunales tiene que limitarse. El gobierno no debe estar en manos de los jueces. La revisión constitucional, sobre todo de las leyes, debe reformularse. Esto exige

diseñar e introducir mecanismos constitucionales a fin de que los ministros no tengan la última palabra para invalidar las leyes o para definir la profundidad y el alcance de la Constitución —derechos humanos y principios democráticos—, sino que sometan sus determinaciones al Legislativo o al pueblo mismo. Instituciones como la cláusula “no obstante” de Canadá, la cual permite a los parlamentos canadienses legislar para derogar resoluciones judiciales de la Corte Suprema, deben ser introducidas en los sistemas constitucionales para limitar el inmenso poder que han adquirido los jueces en los tiempos de la democracia y el Estado constitucional.

La cláusula “no obstante” del derecho canadiense debe incorporarse para lograr que los tribunales constitucionales tengan paridad de rango con el resto de los poderes y no sean un suprapoder —es imperiosa la deliberación entre poderes—. Además, es necesario revisar, en cada país, la posición de la corte suprema respecto del ordenamiento y el resto de los poderes. En México, sería importante que se creara un tribunal constitucional al margen del Poder Judicial; que el Consejo de la Judicatura se independizara del presidente de la SCJN; que los tratados de derechos humanos se aprobaran mediante procedimientos calificados, de preferencia por medio de referéndum; que los representantes de México ante los organismos supranacionales de derechos humanos sean electos y rindan cuentas a la ciudadanía; que los titulares del tribunal constitucional también sean elegidos por los ciudadanos y puedan ser revocados su mandato (Tushnet, 2013); que se incorpore al derecho mexicano, de manera obligatoria, la figura de *amicus curiae*, y que cualquier persona pueda impugnar la inconstitucionalidad de una ley, entre otras modificaciones constitucionales y legales.

Las reformas anteriores son necesarias para democratizar el aparato judicial y constitucional mexicano, que está al margen de la participación y la deliberación democrática, como si el derecho fuese una cuestión exclusivamente de expertos —los juristas— y no de los ciudadanos. Por lo tanto, es necesario democratizar el derecho y el Poder Judicial, para que el derecho sea parte de la cultura común, al alcance de cualquier ciudadano.

La democracia constitucional ha contribuido a sofocar dicho sistema político y a concebir el derecho en claves elitistas. Si la democracia representativa tradicional era de unos cuantos, la constitucional está en manos de élites burocráticas judiciales, tanto nacionales como supranacionales, que actúan por encima de la voluntad popular. Estas élites construyen un derecho para los grupos privilegiados de la sociedad —con el argumento de que es a favor de las minorías— y en algunos temas, como los de género o los de los pueblos originarios, encuentran

justificación para sus decisiones. Jamás cuestionan el núcleo que constituye el fundamento de la dominación capitalista neoliberal, es decir, la propiedad privada, la cual, de manera apriorística, se considera un derecho fundamental que no es susceptible de deliberación. Así, no se puede discutir la propiedad mínima que cada persona debe poseer o la propiedad máxima que correspondería a cada uno.³ Esto, entre otras cosas, explica la introducción del concepto *coto vedado*, el cual sirve para justificar los privilegios de los más aventajados en la sociedad.

³ La propiedad privada se considera un derecho fundamental en todos los países occidentales. Por ejemplo, el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos la reconoce como derecho humano. En México podría haber un debate constitucional y convencional acerca de la propiedad como derecho, porque según el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la propiedad privada es una modalidad que deriva de la propiedad originaria de la nación y no un derecho humano. En la teoría del derecho, como una excepción a muchos otros autores, Ferrajoli (2007) estima que la propiedad privada carece de las condiciones de otros derechos fundamentales, pues deriva de situaciones de poder y desigualdad y forma parte de los derechos patrimoniales.

Referencias

- Alexy, Robert. (2005). Ponderación, control de constitucionalidad y representación. En *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004* (pp. 89-114). Fontamara.
- Alexy, Robert. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Ansolabehere, Karina. (2007). *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales; Fontamara.
- Bayón, Juan Carlos. (2010). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (coords.), *El canon neoconstitucional* (pp. 285-355). Trotta.
- Bickel, Alexander M. (2020). *La rama menos peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*. Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, Norberto. (2003). *Teoría general de la política*. Trotta.
- Burke, Edmund. (1984). *Textos políticos*. Fondo de Cultura Económica.
- Carbonell, Miguel (coord.). (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta.
- Carbonell, Miguel. (2010). El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. En Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (coords.), *El canon neoconstitucional* (pp. 153-164). Trotta.
- Carbonell, Miguel, y García Jaramillo, Leonardo. (2010a). Desafíos y retos del canon neoconstitucional. En Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (coords.), *El canon neoconstitucional* (pp. 2-3). Trotta.
- Carbonell, Miguel, y García Jaramillo, Leonardo (coords.). (2010b). *El canon neoconstitucional*. Trotta.
- Cárdenas Gracia, Jaime. (2005). *La argumentación como derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.

- Cárdenas Gracia, Jaime. (2017). *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carta Canadiense de los Derechos y Libertades. (s. f.). publications.gc.ca/collections/collection_2019/pch/CH37-4-1-2018-1-spa.pdf.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2012).
- Cortina, Adela. (2003). Claves para un desarrollo de la democracia. En Alfonso Guerra y José Félix Tezanos (eds.). *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca* (pp. 411-424). Sistema.
- Dahl, Robert. (1989). *La poliarquía: Participación y oposición*. Tecnos.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (1789). conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank-nm/espagnol/es-ddhac.pdf
- Díaz, Elías. (2003). La universalización de la democracia. En Alfonso Guerra y José Félix Tezanos (eds.). *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca* (pp. 439-460). Sistema.
- Dworkin, Ronald. (1984). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Dworkin, Ronald. (1988). *El imperio de la justicia*. Gedisa.
- Dworkin, Ronald. (2014). *Derechos, libertades y jueces*. Centro de Estudios Carbonell.
- Ely, John. (2007). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Siglo del Hombre.
- Ferrajoli, Luigi. (2007). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. (2009a). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. (2009b). Pasado y futuro del Estado de derecho. En Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 13-30). Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. (2010a). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. (2010b). *Democracia y garantismo*. Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (vol. 2). Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. (2014). *Derechos fundamentales y democracia* (Miguel Carbonell Sánchez trad. y ed.). Centro de Estudios Carbonell.
- Ferreres Comella, Víctor. (2010). El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática. En Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (coords.), *El canon neoconstitucional* (pp. 356-380). Trotta.

- Fioravanti, Maurizio. (2014). *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Trotta.
- García Figueroa, Alfonso. (1998). *Principios y positivismo jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gargarella, Roberto. (s. f.). *Ni política ni justicia: sobre los déficits de nuestro sistema institucional*. Inédito.
- Gargarella, Roberto. (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Ariel.
- Gargarella, Roberto. (2007). ¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales? En Rodolfo Arango (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales* (pp. 377-408). Siglo del Hombre Editores; Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales de la Universidad de los Andes.
- Gargarella, Roberto. (2014). *Crisis de la representación política*. Fontamara.
- Gargarella, Roberto, y Niembro Ortega, Roberto. (2016). *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Garzón Valdés, Ernesto. (1989). Algo más acerca del coto vedado. *Revista Doxa*, (6), 209-213.
- Garzón Valdés, Ernesto. (1993). *Derecho, ética y política*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Guastini, Riccardo. (2007). *Estudios de teoría constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México; Fontamara.
- Häberle, Peter. (2001). *El Estado constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Harvey, David. (2004). *El nuevo imperialismo*. Akal.
- Harvey, David. (2007). *Breve historia del neoliberalismo*. Akal.
- Harvey, David. (2012). *El enigma del capital y la crisis del capitalismo*. Akal.
- Harvey, David. (2014). *Seventeen contradictions and the end of capitalism*. Oxford University Press.
- Hirschman, Albert Otto. (1991). *Retóricas de la intransigencia*. Fondo de Cultura Económica.
- Luhmann, Niklas. (1981). *Teoría política en el Estado de bienestar*. Alianza.
- Mainwaring, Scott. (1990). *Presidentialism, multiparty systems and democracy: The difficult equation. Document 144* [Presidencialismo, sistemas multipartido y democracia: una difícil ecuación. Documento

- 144]. The Helen Kellogg Institute for International Studies, University of Notre Dame.
- Nino, Carlos. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional: Análisis jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Astrea.
- O'Donnell, Guillermo. (1994). Delegative democracy [Democracia delegativa]. *Journal of Democracy*, 5(1), 55-69.
- O'Donnell, Guillermo. (1999). *Counterpoints. Selected essays on authoritarianism and democratization* [Contrapuntos. Antología de ensayos sobre autoritarismo y democratización]. University of Notre Dame Press.
- Popper, Karl. (2010). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Paidós Ibérica.
- Prieto Sanchís, Luis. (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. Trotta.
- Przeworski, Adam. (1999). Minimalist conception of democracy: a defense [Una defensa de la concepción mínima de la democracia]. En Ian Shapiro y Casiano Hacker-Cordón (eds.), *Democracy's value* [El valor de la democracia] (pp. 23-55). Cambridge University Press.
- Raz, Joseph. (1982). *La autoridad del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rosanvallon, Pierre. (2010). *La legitimidad democrática. Imparcialidad, re-flexividad y proximidad*. Paidós.
- Rüthers, Bernd. (2020). *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*. Marcial Pons.
- Salazar Ugarte, Pedro. (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Fondo de Cultura Económica; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sartori, Giovanni. (2003). *¿Qué es la democracia?* Taurus.
- Schumpeter, Joseph. (1962). *Capitalism, socialism and democracy*. Harper.
- Sousa Santos, Boaventura de (coord.). (2004). *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*. Fondo de Cultura Económica.
- Tushnet, Mark. (2013). *Constitucionalismo y Judicial Review*. Palestra.
- Vázquez, Rodolfo. (2015). *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto Tecnológico Autónomo de México; Centro de Estudios de Actualización en Derecho.
- Vega, Pedro de. (2003). La democracia como proceso. (Algunas consideraciones desde el presente del republicanismo de Maquiavelo). En Alfonso Guerra y José Félix Tezanos (eds.), *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca* (pp. 7-43). Sistema.

- Waldron, Jeremy. (2018). *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Siglo XXI Editores.
- Zagrebelsky, Gustavo. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta.

La democracia constitucional y sus límites
se terminó de editar en octubre de 2024
en la Dirección General de Documentación
del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,
Carlota Armero 5000, CTM Culhuacán, 04480,
Coyoacán, Ciudad de México.

En esta obra, el lector encontrará un estudio sobre la democracia constitucional, algunas de sus teorías, así como por qué se considera un concepto elitista que no permite la participación ni la deliberación de la ciudadanía respecto de los derechos humanos.

Para Jaime Cárdenas Gracia, la democracia constitucional ha permitido que el Poder Judicial o las cortes constitucionales se sitúen por encima del resto de los poderes públicos, vulnerando el principio de división de poderes. En el libro se proponen algunas modificaciones a la carta magna para que los tribunales de esta naturaleza tengan, además de un origen democrático, una relación democrática con el resto de los poderes y la ciudadanía.

Jaime Cárdenas Gracia

Doctor y maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), ambos grados con mención honorífica, y doctor en Derecho por la Universidad Complutense con mención *cum laude*. Tiene especialidades en Derechos Humanos por la Universidad Complutense y en Ciencias Políticas por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Ha sido *visiting fellow* en la Universidad de Yale y *visiting researcher* en la Universidad de Georgetown. Investigador titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios. Es investigador del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores, nivel III. Fue consejero electoral del Instituto Federal Electoral y consejero de la Judicatura del Distrito Federal. Diputado federal en la LXI Legislatura y diputado constituyente de la Ciudad de México.