

CAPÍTULO PRIMERO

Una sentencia o decisión jurisdiccional no hace, ni deshace a un Tribunal Constitucional. Pero una buena decisión puede contribuir mucho a su credibilidad, legitimidad y arraigo institucional. En sentido opuesto, una decisión errada puede tener efectos lesivos para la credibilidad de una institución que está llamada a ser la última válvula de garantía de los Estados constitucionales.

No estoy pensando en decisiones ordinarias sobre cuestiones de relevancia relativa o de interés solo para las partes involucradas, o para grupos de interés concretos por más relevantes que estos sean.

Me refiero a decisiones en casos emblemáticos que, por el contexto en el que se adoptan, o por la materia de la que tratan, generan un amplio interés en la sociedad y/o tienen efectos de impacto estructural que trasciende a los actores directamente involucrados.

Esos efectos e impactos pueden ser de carácter social. Por ejemplo, es común citar como ejemplo de una decisión jurisdiccional transformadora y progresista a la decisión de la Corte de los Estados Unidos en el caso *Brown vs. Board of Education* de 1954.

Pero también pueden ser efectos e impactos de carácter político. Un buen ejemplo es la sentencia del Tribunal Constitucional español en el caso del Estatuto de Cataluña de 2006 y publicada hasta 2010.

También hay ejemplos de casos con un impacto en ambas esferas. Por ejemplo, en sede convencional, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso conocido como “*Campo Algodonero*” (*González y otras vs. México*).

En este espacio no realizo una valoración de los méritos o defectos de esas decisiones. Lo que me interesa advertir es que se

trata de casos judiciales que, por su temática y contexto, resaltan sobre muchos otros decididos por esos tribunales y quedan como referentes para pensar y analizar el papel de los tribunales en el constitucionalismo contemporáneo.

De hecho, los primeros dos casos, en su momento y para algunos hasta la fecha, fueron motivo de fuerte polémica en los respectivos países. La sentencia sobre *Campo Algodonero*, en cambio, en general, fue bien recibida por la sociedad nacional e internacional.⁴

Lo que ahora me interesa subrayar es que existen asuntos que llegan a los tribunales constitucionales o convencionales que destacan sobre otros y que generan expectativas, debates y fuertes polémicas. No hago referencia a la clasificación —por demás interesante— que se ha elaborado desde la filosofía jurídica entre casos fáciles, difíciles y trágicos⁵ que tiene más que ver con las dificultades que pueden encontrarse las y los juzgadores al tener que lidiar con marcos normativos ambiguos, dilemas morales inevitables o hechos confusos, sino a casos de relevancia político-social que inevitablemente nos conducen por la senda de la problemática relación entre poder y derecho.

“Derecho y Poder son las dos caras de una misma moneda” repetía, con frecuencia y tino, Norberto Bobbio. Para él, la relación entre derecho y política —trasfondo de la frase citada— era una relación inevitablemente compleja de interdependencia recíproca.

El derecho es producto del poder político y en los Estados modernos —como enseñaba el propio Bobbio, siguiendo la tra-

⁴ Pero no se puede decir lo mismo de otras decisiones también relevantes de la misma Corte Interamericana en casos sobre fecundación in vitro (*Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*); sobre desaparición, leyes de amnistía y referéndum populares (*Gelman vs. Uruguay*). Por sus temáticas y contextos, estos dos casos, además de relevantes, fueron altamente polémicos.

⁵ Véase Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2005, y Atienza, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, 1997, pp. 7-30.

dición weberiana—, se pretende que ese poder ostente legitimidad. Solo de esa manera las reglas y normas jurídicas serán propiamente derecho. Es decir, las imposiciones que provienen de un poder de hecho nunca se considerarán jurídicas.

La fórmula moderna en la que poder y derecho se conjugan supone, entonces, legitimidad del poder y también adecuación del mismo al derecho que ha creado. De esta manera, si bien es su principal fuente de creación, el poder se somete al derecho. Actúa *sub-lege* y *per leges*. Solo entonces es posible hablar de un “Estado de derecho”.

Por eso decimos que, en los Estados constitucionales el poder se encuentra jurídicamente limitado y debe respetar los vínculos que le impone el derecho. De esta manera, puede parecer paradójico, pero no lo es: el poder es la fuente del derecho y éste es el límite del primero. De ahí que los actores estatales deban ceñir su actuación a los procedimientos y reglas jurídicamente establecidas.

Dentro de esas reglas se encuentran los límites también de sustancia a las decisiones que provienen del poder. Típicamente, para citar a Ferrajoli, los límites sustanciales son los derechos fundamentales de las personas. Ambos límites —formales y sustantivos— se materializan en el llamado “principio de legalidad”.

En los estados absolutos, aunque existan reglas jurídicas para el proceder estatal, el poder se impone y modula al derecho sin respetar límites o vínculos procesales o sustantivos. De ahí la sugerente tesis propuesta por Elías Díaz, en el sentido de que “todo estado es un estado jurídico, pero no todo estado jurídico es un Estado de Derecho”. Insisto: en estos últimos el derecho limita y acota al poder.

En el fondo de la distinción anterior descansa el viejo dilema clásico entre el “gobierno de los hombres y el gobierno de las leyes”. El poder absoluto se identifica con el primero y es nido de opresión y arbitrio. El estado de derecho, en cambio, se propone como fuente de certeza, seguridad y libertad.

El problema es que los actores políticos —también dentro de los estados constitucionales (de derecho)—, con frecuencia, bus-

can formas para superar los límites y escapar de los vínculos que les imponen las normas jurídicas. El principio de legalidad ya mencionado que supone la autoridad solo puede realizar aquellas acciones para las que se encuentra expresamente autorizada, estorba a los poderosos.

De ahí la enorme relevancia del Poder Judicial en general y los tribunales o jueces constitucionales en particular. La función jurisdiccional es la válvula de garantía para la vigencia del Estado constitucional. La eficacia del derecho pende en buena medida de las decisiones judiciales.

De hecho, las y los juzgadores, tienen como función prioritaria velar por la vigencia del principio de legalidad. Es verdad que no es la única tarea que tienen encomendada —por ejemplo dirimen los conflictos entre las personas—, pero sí es la principal. Al revisar la actuación de las diferentes autoridades del Estado, para velar que se ajusten a lo que el ordenamiento les permite, las y los juzgadores, garantizan que el derecho se imponga al poder.

Por eso es tan importante que los propios juzgadores y juzgadoras ciñan sus decisiones a lo que establece el ordenamiento jurídico. Esto no siempre es fácil, pero es un mandato irrenunciable. Por supuesto que, al momento de decidir, deben ponderar consideraciones e informaciones ajenas al instrumental jurídico, pero éste debe ser el sustento principal de su actuación. De lo contrario son los propios guardianes del derecho los que abren la puerta al gobierno de los hombres.

Cuando pensamos en las cortes constitucionales este imperativo adquiere mayor relevancia y, en una aparente paradoja, es más difícil de satisfacer. Lo primero se debe a que, como se adelantaba, las juezas y jueces constitucionales son la última válvula de garantía del Estado de derecho. Si fallan, falla el sistema jurídico y se pone en vilo al estado constitucional.

Decía que el imperativo es difícil de satisfacer porque la mayoría de las Constituciones contienen disposiciones que requieren ser interpretadas previo a su aplicación. Esas interpretaciones, cuando se trata de normas ambiguas o con una fuerte carga

axiológica, pueden ser controvertidas. De ahí que la teoría haya distinguido entre “casos fáciles” y “casos difíciles” o incluso “casos trágicos”.

Sobre estos se ha escrito mucho en los años recientes por lo que no abundé en las dificultades que enfrentan los tribunales constitucionales cuando deben aplicar las llamadas “normas de principio”. El prolijo e interesante debate sobre el garantismo y el constitucionalismo pende de esa cuerda.⁶

Pero las dificultades de la interpretación no eximen a los tribunales constitucionales de su obligación de fundar sus decisiones en las disposiciones constitucionales y motivarlas con razones jurídicas. Con ello no garantizarán que las decisiones sean incontrovertibles —en ocasiones no es posible encontrar la única decisión correcta— pero sí deben lograr que sean sólidas, razonables y aceptables.

La legitimidad de las decisiones y, en algunos casos, las circunstancias de los propios tribunales penden en gran medida de ello. Por eso se espera que los tribunales constitucionales sean “de derecho”, no “de justicia” ni “de política”. Solo en el primer caso es posible aproximarse a la máxima de brindar certeza y seguridad jurídicas a los gobernados.

En el caso de los tribunales que pretenden ser “justos”, la certeza y la seguridad se esfuman porque las sentencias y decisiones dependen de las convicciones personales de quienes las adoptan —de su moral individual— y no de las normas positivas. En el caso de los tribunales “de poder” la falencia consiste, simple y llanamente, en la sumisión del derecho ante la política. En ambos casos se esfuma el gobierno de las leyes y se camina por la senda del gobierno de los hombres.⁷

⁶ Véase *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34 (2011), Madrid, 2012.

⁷ Sobre este punto, aclaro que al referirme al “gobierno de los hombres” hago uso de la noción clásica sobre las distintas formas de gobierno. Véase Bobbio, Norberto, “¿El gobierno de las leyes o el gobierno de los hombres?”, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 120-136.

Se trata de una regla general pero que adquiere mayor relevancia cuando deciden casos de especial complejidad y/o relevancia política, social, económica, etcétera. En esos contextos los tribunales constitucionales deben ser especialmente rigurosos y ajustar su actuación a los principios de los que pende su legitimidad y su utilidad institucional. También sobre este tema existe mucha literatura así que me limito a enunciar solo aquellos que interesan en este trabajo.

En primer lugar —como ya he advertido— deben ceñir sus decisiones al marco constitucional y legal vigente. Si las juezas o jueces constitucionales están o no de acuerdo con las disposiciones jurídicas vigentes es irrelevante. Su misión es explicar el derecho válido y vigente aunque no compartan su sentido. Lo que los tribunales constitucionales deben hacer es juzgar con y desde el derecho, no juzgar al derecho.⁸ Esto último le toca a la ciudadanía, a la academia e incluso a los actores políticos que pueden impulsar cambios constitucionales o legales.

Lo que debe evitarse en un Estado constitucional es el llamado decisionismo judicial. Al menos esta es la tesis medular de la teoría jurídica más sólida —a mi juicio— sobre estos temas: el garantismo.

Bien, tampoco omito mencionar que la noción correcta, de acuerdo con un uso neutro del lenguaje, sería “gobierno de las personas” a fin de no perpetuar una exclusión de las mujeres y demás identidades no binarias, con respecto de las posiciones de poder político. Véase Pateman, Carole, *El contratado sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995, y Mercedes Gómez, María, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, en Motta, Cristina y Cabal, Luisa (comps.), *Más allá del derecho: justicia y género en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, CESO, 2005.

⁸ Con esto no quiero decir que las juezas y los jueces deben adoptar posturas rígidas o formalistas, con las que la función jurisdiccional se limite a un mero ejercicio de subsunción. Más bien, considero que la decisión judicial debe motivarse sólidamente sobre la interpretación de las normas vigentes, a fin de evitar que la discrecionalidad judicial se convierta en una discrecionalidad meramente política. Véase Gascón Abellán, Mariana, “Justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, núm. 41, mayo-agosto de 1994.

El garantismo es una de las teorías jurídicas más complejas y rigurosas que se hayan desarrollado en el pensamiento contemporáneo. Su origen proviene del derecho penal y su autor es Luigi Ferrajoli. Cuando en 1989 publicó su libro *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, revitalizó los debates entre los juristas de su generación.

En los primeros años de este siglo sus tesis desembarcaron en América Latina. Su impacto en el debate académico fue indiscutible. México no fue la excepción. De hecho, en 2007, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM otorgó a Ferrajoli el Premio Internacional de Investigación en Derecho, Héctor Fix-Zamudio.

El problema fue que el impacto del garantismo también marcó el inicio de su distorsión. Al no poder evitar aludir a dicha teoría para decorar sus decisiones, diversos operadores jurídicos echaron mano del concepto sin estudiarlo ni entenderlo. Sobre todo en sede jurisdiccional, algunos jueces utilizaron el término acuñado por el jurista italiano, pero sin atenerse a los rigores y exigencias que supone la teoría a la que aluden. De esta forma fueron devaluando su sentido normativo.

Sobre el particular, publiqué un breve ensayo intitulado “garantismo espurio” para denunciar esa práctica de utilizar de manera retórica el concepto para adoptar decisiones injustificadas pero, de esa manera, en apariencia legitimadas. En aquella ocasión centré mi atención en decisiones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el que arraigó —como el caso de la sentencia de “El Bronco” demuestra— con fuerza esa distorsión.

¿Cuál es el sentido genuino del garantismo? Leamos a Marina Gascón: “El garantismo se opone al autoritarismo en política y al decisionismo en derecho”. Esto último es fundamental para los fines que me interesan. Esta teoría reivindica, ante todo, el respeto al principio de legalidad.

El mandato apunta sobre todo hacia los jueces: “El juez, para poder ser una garantía de los derechos contra la arbitrariedad,

no debe, a su vez, actuar arbitrariamente”, explica Gascón. El desempeño de un buen juzgador, según esta teoría, debe aferrarse a la verdad factual (los hechos) y a la verdad jurídica (el apego a lo que la ley mandata).⁹

Corresponde al legislador democrático cambiar el contenido de las disposiciones jurídicas y con ello alterar de alguna manera las “reglas del juego”. Siempre y cuando se respete el marco constitucional —si se trata de leyes secundarias o incluso de actos administrativos— el viraje jurídico será válido.

Cuando se trate de cambios a la Constitución, además de los procedimientos normalmente agravados en comparación con las reformas legales —rigidez constitucional—, deben respetarse las cláusulas pétreas —en caso de que la Constitución las contemple— y las normas y límites convencionales —tratados internacionales— cuando el Estado en cuestión se haya obligado a respetarlas. Pero, en todos los casos, los tribunales constitucionales deberán ceñir sus decisiones al derecho vigente.

Además, los tribunales constitucionales deben respetar sus precedentes. Esta es la única manera de generar certeza y seguridad jurídicas. Es verdad que cada caso tiene particularidades y que los tribunales constitucionales deben valorar y ponderar los elementos en cada caso concreto, pero también lo es que los casos similares deben resolverse de manera consistente.

Si bien los tribunales constitucionales pueden separarse de sus precedentes, deben hacerlo argumentando y justificando de manera satisfactoria sus razones. Eso permite a los actores que recurren a la justicia prever de manera razonable cuál será la decisión de los tribunales o, en su defecto, conocer las razones por las que el sentido de una línea jurisprudencial cambió. De ahí la importancia de la coherencia entre los criterios para decidir. Cuando un tribunal constitucional trata dos casos similares de manera distinta existen motivos para desconfiar de sus razones.

⁹ Véase Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *Garantismo: estudio sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

La imparcialidad es un imperativo para cualquier juzgador y, sobre todo, para un Tribunal Constitucional. Si la justicia pretende operar como “el tercero por encima de las partes” debe hacerlo garantizando un trato igual a los contendientes. De lo contrario pierde credibilidad y legitimidad.

En el caso de los tribunales constitucionales ese atributo adquiere mayor valor porque se trata de la última instancia de decisión y en ocasiones debe dirimir conflictos entre poderes o, lo que es más delicado, entre poderes y gobernados. La credibilidad en la imparcialidad de los tribunales es una condición para su legitimidad.

La objetividad de un Tribunal Constitución pende del apego a las normas vigentes en el momento de decidir. Mucho se ha escrito sobre las dificultades que encaran los juzgadores para despojarse de sus convicciones subjetivas a la hora de impartir justicia. Ello sobre todo en casos controvertidos que involucran cuestiones disputadas en términos de moral pública. Por eso es muy relevante —como se ha insistido de manera reiterada en estas páginas— que recurran al derecho vigente como asidero fundamental. Solo de esta manera logran combinar la imparcialidad con la objetividad y, de esta manera, impartir justicia constitucional.

Finalmente, y en primer lugar para los efectos que aquí interesan, la independencia. Lo advertía al citar al politólogo e historiador Charles McIlwain, la independencia de la justicia frente a los poderes —en este caso es atinado ampliar el conjunto hacia todos los poderes (políticos, económicos, ideológicos)— es crucial para la vigencia de un Estado de derecho. De ella depende el principio de imparcialidad y, como hemos visto, de éste dependen los demás principios y derechos que caracterizan a un Estado constitucional. Si las decisiones judiciales responden a los mandatos, pretensiones o intereses de otros actores se materializa la derrota del derecho por el poder y se desmorona la promesa del gobierno de las leyes.