

CUESTIONES CONSTITUCIONALES

División de poderes y tribunales constitucionales

JOSÉ RAMÓN COSSÍO D.

Desde hace cerca de 200 años, el principio de división de poderes se ha constituido en un elemento fundamental de legitimación de los órdenes jurídicos y, por ende, de los Estados. A lo largo de esos años, el viejo y estructural principio ha evolucionado para dar lugar a una distinción de funciones con su correspondiente asignación orgánica diferenciada. En un primer momento, en efecto, Montesquieu estableció la necesidad de asignar las tres funciones generales que estimó propias de cualquier Estado (ejecutiva, legislativa y judicial) a tres distintos órganos, compuesto cada uno de ellos por integrantes de diversas clases sociales (monarquía, aristocracia y pueblo, respectivamente). Con esta división entre órganos, funciones y clases sociales se garantizaba, al decir de Montesquieu, el adecuado ejercicio del poder público y se lograba la defensa del valor postulado como supremo en aquella época: la libertad del individuo.

Durante años, el principio de división de poderes fue considerado como un esquema o marco lo suficientemente amplio como para dar cabida a todas las funciones del Estado, al punto de que cualquier intento por desbordarlo era visto como una conculcación directa de la libertad, o propiciaba un intento por lograr las "reducciones" o "interpretaciones" necesarias para que cualquier nuevo órgano o función tuvieran en él cabida. Con el correr del tiempo y la progresiva expansión de las actividades del Estado, el esquema de división tripartito de poderes se percibió insuficiente. En adelante la especialización de los procedimientos litigiosos, la necesidad de conducir los cada vez más importantes procesos electorales o las relaciones entre los sectores de la economía, etcétera, dieron lugar a nuevos órganos estatales cuya ubicación dentro del esquema fue cada vez más difícil. El propio crecimiento orgánico, entonces, puso fin a la ilusión de recoger la realidad en tres segmentos, pero permitió también poner de manifiesto lo que jurídicamente (que no políticamente) había sido el principio de poderes desde sus orígenes: un principio de legalidad que finalmente enunciaba que ningún órgano del Estado puede llevar a cabo más funciones que las expresamente conferidas por las normas jurídicas. El ideal político de la división de poderes, como tres esferas gravitando en sus propias órbitas logrando frenar y contrapesar a las otras esferas del poder, se quebró frente a la más modesta y eficaz idea de los distintos órganos jurídicos que se controlaban entre sí gracias al adecuado ejercicio de las funciones que tenían conferidas sus titulares.

En la lógica newtoniana que dio fundamento teórico a las ideas de Montesquieu, la gravitación de las tres esferas era suficiente para la viabilidad de la división de poderes; para otros autores (Constant) la propia lógica mecanicista de la idea exigía de un órgano adicional que sirviera para destrabar ya no a las esferas, sino a los engranes en que se representaba el ejercicio del poder. En el caso de Montesquieu, la naturaleza de las cosas era suficiente para componer las desviaciones o errores; en el caso de Constant, era necesaria la intervención de un mecánico experimentado, juicioso (senado conservador, supremo poder conservador) para hacer las reparaciones pertinentes. En ninguno de los dos casos, sin embargo, se partía de una lógica normativa ni, tampoco, se le daba a la Constitución el carácter de parámetro (normativo) final de referencia. Cuando a finales del siglo XIX, pero sobre todo en la primera mitad del XX, se asume la normatividad constitucional, el principio ortodoxo de división de poderes sufre un importante embate. Con la creación de los tribunales constitucionales en el mundo (Austria, 1920), se presenta una situación en la que: primero, existía un órgano fuera del originario esquema tripartito; segundo, ese órgano controlaba la regularidad constitucional de buena parte de las normas jurídicas; tercero, determinaba la validez de las decisiones políticas tomadas por los diversos órganos del Estado y, por ende, por las diversas fuerzas emanadas de la sociedad. Así las cosas, los tribunales constitucionales (junto con otros órganos que aparecieran en las constituciones en años cercanos) ponían fin no al sentido del principio de poderes, sino a su pretendida comprensión tripartita del poder.

Como es evidente por la época en que se racionaliza, como forma correcta de ejercicio del poder, el principio de división de poderes no tiene un sustento democrático sino exclusivamente liberal. Se trataba, entonces, no de una forma de promover la participación ciudadana, sino de lograr el control del ejercicio del poder en aras de la libertad individual. Sin embargo, el carácter eminentemente formal del principio permitió darle cabida con posteridad dentro del ideario democrático, al punto que llegó a identificarse con él. En su nueva comprensión, el principio de división de poderes posibilitaba: primero, que los representantes populares (como antes la aristocracia) emitieran las normas generales mediante las cuales habían de regularse la totalidad de las conductas en una determinada sociedad; segundo, que los órganos ejecutivos ejecutaran las normas generales emitidas por los órganos legislativos y tercero, que los órganos judiciales resolvieran los conflictos que se suscitaban con motivo de la aplicación de las leyes. En este esquema tripartita, el legislador,

representante supremo de la voluntad general, se encontraba en la cúspide del sistema jurídico (o lo que es igual, político), y sus decisiones no podían ser cuestionadas por ningún otro órgano del Estado o particular. La influencia del legislador llegó a ser tan importante, que el derecho se confundió con las normas emitidas por él (las leyes), y se desconoció la posibilidad de concebir como derecho otras muchas expresiones normativas (tratados, reglamentos, sentencias, contratos, etcétera). La apuntada quiebra del principio de división de poderes significó, también, la pérdida de supremacía del legislador y de la ley. En adelante, la aparición de unos tribunales cuya función era el control de la regularidad de las normas jurídicas a partir de lo dispuesto en las constitucionales, permitió que la Constitución se convirtiera en la norma suprema del orden jurídico, y los tribunales constitucionales en los órganos que, en última instancia, definían el derecho.

El régimen democrático que en esos años se había venido construyendo sufrió, igualmente, las consecuencias del nuevo sistema de reparto del ejercicio del poder. Así, las decisiones tomadas por ciertos órganos representativos integrados a partir del voto ciudadano y la intermediación de los partidos políticos tuvieron que ser contrastadas con la Constitución tal como era entendida por el tribunal constitucional. El juego político, en consecuencia, se formalizó jurídicamente a partir de la Constitución, lo que implicó también que la "verdad política" requiriese constituirse, simultáneamente, en "verdad jurídica". El cambio constitucional operado significó un enorme desplazamiento en la correlación del ejercicio del poder, pues la decisión sobre lo que es válido, existente o posible socialmente, se confirió a un órgano concebido y diseñado para actuar técnicamente. La racionalidad social subyacente a tan importante decisión fue, precisamente, la necesidad de constituir un órgano que a través de un ejercicio técnico-jurídico lograría que la política y su nota distintiva, la fuerza, quedaran subordinadas a la razón del derecho. El sometimiento de la política al derecho no tuvo en la creación de los tribunales constitucionales su primera expresión, en tanto tal forma de relación de dos ámbitos de la vida social se había venido intentando ya en los modelos del Estado de derecho o la *rule of law*. Sin embargo, por el carácter supremo de la Constitución, el esfuerzo en favor de los tribunales constitucionales sí representó un intento más totalizador: en adelante, las distintas fuerzas sociales habrían de ver que sus proyectos sociales específicos eran validados o nulificados por un órgano que se representaba bajo la aureola de la técnica jurídica.

Ante la aparición de los órganos constitucionales y su cauda impresionante de atribuciones, de inmediato se levantaron voces disconformes, precisamente aquellas de quienes se preguntaban acerca de, primero, la conveniencia de subordinar la política al derecho y, segundo, aquellas que se preguntaban, con razón, por los límites decisorios de los nuevos órganos. Las inquietudes de los primeros fueron respondidas desde la historia: los horrores que provocaron las dictaduras políticas que originaron la segunda guerra mundial aconsejaban de plano la limitación de la política por el derecho. Las inquietudes de los segundos han sido mucho más difíciles de solucionar y han originado un diálogo constante entre distintos interlocutores, diálogo que constituye, en buena medida, la historia del derecho constitucional, de la teoría del derecho y de parte de las filosofías políticas europeas y estadounidenses de los últimos cincuenta años. Para los interlocutores participantes en ese diálogo, las razones que justifican sus preocupaciones no son triviales: ¿por qué un órgano no legitimado de manera directa por procesos democráticos debe coronar y definir a todo un orden jurídico creado democráticamente?, ¿por qué razón las decisiones de ese órgano no pueden ser revisadas o cuestionadas por ningún otro órgano del Estado?, ¿con base en qué criterios debe resolver ese tribunal los problemas que le son presentados?, ¿debe intervenir ese órgano directamente en la producción de políticas públicas, o debe limitarse a extraer las razones del derecho con el fin de resolver los casos que tenga frente a sí?, etcétera. Para complicar más la discusión a que asistimos, el carácter de órgano límite de los tribunales constitucionales y las características propias de las normas constitucionales pusieron de manifiesto un hecho poco aceptado entre los juristas: la indeterminación del derecho.

En efecto, a partir de la actuación de los órganos constitucionales se comenzó a admitir que las normas jurídicas no tenían ni un sentido acabado, ni había una respuesta jurídica única correcta, ni existía una objetividad intrínseca al derecho. Así, algunos de los que cuestionaron el papel de los tribunales constitucionales no tuvieron más remedio que concluir que lo que en un primer momento se pensó como la limitación objetiva de la política por el derecho, en realidad se trataba de un esquema de limitación bastante menos objetivo y mucho más incierto. Ante las nuevas críticas de la polarización de la justicia, las respuestas que se han presentado constituyen, como decíamos, el historial de diversas áreas de estudio del derecho o relacionadas con él. Así, desde la teoría o el derecho constitucional, la reacción fue producir métodos y marcos de interpretación "extraídos" de las condiciones sociales y culturales del momento en que vivimos, tales como las sintetizadas en las expresiones "Estado social y democrático de derecho" o "Estado constitucional". Desde el punto de vista de la filosofía política, la discusión ha versado sobre las teorías sustantivas (liberalismo, comunitarismo, etcétera), o procedimentales a partir de las cuales se deben determinar el sentido y el alcance de la interpretación de las normas constitucionales. Finalmente, desde la perspectiva de algunas teorías del derecho, los intentos han partido de posiciones de filosofía política o moral específicas, o de las características que deben satisfacer los razonamientos seguidos por los tribunales constitucionales para la producción "correcta" de sus resoluciones (teoría de la argumentación, lógica jurídica, nueva retórica, tópica, etcétera). En el caso de estas teorías del derecho, se trata de salvar la racionalidad de la solución jurídica sobre la política, justificando que la primera tiene límites, es objetivamente válida (o,

cuando menos, existen buenas razones para suponer su razonabilidad), que es determinable, y que es aceptable para aquellos que compartan los valores propios de la comunidad occidental.

La gravedad de los temas involucrados en la discusión acerca del sometimiento de la política al derecho mediante el uso que los tribunales hacen de la norma suprema de todo el orden jurídico y político, orden por el que las personas ven reguladas sus conductas bajo amenaza de coacción física, hacen de esa discusión una rapsodia de complejos e interesantes problemas. De entre las muchas posiciones que hemos identificado, y podríamos identificar, acerca de cómo deben conducirse los tribunales constitucionales y cuáles son los límites de sus interpretaciones, hay una que en particular goza de nulo prestigio y aceptación, misma que aquí denominaremos "justicialista". En tanto tipo ideal, podríamos caracterizar tal posición como aquella en que para resolver los problemas que se hubieran presentado ante el tribunal constitucional, sus miembros invocan directamente razones de justicia. Amparados en lo que ellos estiman un conjunto de valores supremos que, también a su juicio, guían la vida política y social de una comunidad, los hipotéticos miembros de los tribunales constitucionales se verían tentados a producir sus soluciones. Las razones que explican el rechazo a la posición "justicialista" en los tribunales constitucionales no pueden ser más evidentes: primero debido a que aquello que se invoca es la subjetividad personalísima del integrante del tribunal como cánón de validez del orden jurídico; segundo, porque las razones subjetivas invocadas por los integrantes de esos órganos constituirían el más claro apartamiento de los contenidos de las normas constitucionales en aras de la propia subjetividad; tercero, porque el apartamiento de las normas constitucionales constituye también el inaceptable alejamiento de las normas producidas por el juego democrático en que está inmersa la sociedad que crea las normas jurídicas para someter su conducta a ellas.

En pocas palabras, el "justicialismo" en un tribunal constitucional viene a significar la sustitución de la racionalidad jurídico-democrática propia del orden jurídico que da lugar a los propios tribunales constitucionales, por la personal y emotiva subjetividad de los integrantes de los órganos. Si nos preguntamos ahora por las razones que explicarían la sustitución democrática por la personal, no podríamos sino proponer una respuesta de suyo fuerte; se trataría de un intento llevado a cabo por los integrantes de un órgano específico por participar de un modo concluyente y definitivo en la formulación de la política nacional. Se dirá que desde el momento en que se le confirieron en condiciones de órgano límite facultades de control de regularidad constitucional a los integrantes de ese tribunal, se sabía que intervendrían de manera directa en la producción de decisiones políticas. Cierto. Pero, aun así, debe diferenciarse el modo como los integrantes de ese órgano, y en esas condiciones, producen resoluciones; por un lado, y desde el punto de vista justicialista, pueden invocar las razones subjetivas que, por serlo, les parezcan adecuadas; por otro, y de manera contraria, pueden partir de los textos normativos y, mediante sucesivos y explicitados amplios procesos interpretativos, darles el sentido al que los conduzcan sus razonamientos. En el primer caso, se repite, se trata de una mera y personal subjetividad; en el segundo, se trata de un ejercicio que aceptando la incertidumbre de las normas jurídicas, se enfrenta a ellas y produce una interpretación que tiene como base o fundamento último la propia determinación lingüística de la norma. En este segundo caso, y como hay un punto de partida normativo-lingüístico, se tienen que ofrecer razones y argumentos para demostrar la relación entre este punto de partida y el resultado obtenido, lo cual implica un compromiso interpretativo por parte del sujeto que realiza la interpretación. En el caso de la subjetividad justicialista, lo único con lo que se enfrenta el individuo o grupo que recibe la resolución del tribunal, es con la manifestación personal del sujeto emisor, misma que por provenir del órgano límite de un sistema "jurídico", no puede ser contrastada contra nada. En un caso se trata, como quería Weber, de la aplicación de una "ética de la convicción"; en el otro, y según el propio Weber, de una "ética de la responsabilidad".

El tránsito hacia los tribunales constitucionales se ha observado en el devenir completo del Estado de nuestro tiempo, caracterizado por una amplia aspiración democrática. Por tal motivo no puede admitirse que a contrapelo de ese devenir, se permita que los integrantes de los tribunales constitucionales adopten una lógica propia y plenamente personalista bajo el pretexto de hacer "justicia". Por el contrario, y debido a que esos integrantes no pueden sino jugar en las reglas y en la lógica del juego que les propició, deben someter su actuación a las normas jurídicas. Los seguidores de la corriente justicialista (como enseguida veremos, varios de los actuales ministros de nuestra Suprema Corte de Justicia), dirían por vía de justificación que su función es precisamente la de atemperar rigores de las normas y propiciar que las mismas se ajusten o adapten a los nuevos tiempos, de ahí que ellos, precisamente, sean los propiciadores de la sociedad democrática a la que se aspira. Esta posición, así dicha o así entendida, no es en rigor justicialista, y es laudable de por sí en tanto la misma implica que se parte de un texto normativo y que con respecto a él se llevan a cabo interpretaciones. En realidad, aquí sí se presenta el compromiso público a que antes aludíamos, en tanto hay una línea argumentativa y justificativa entre el texto y la norma y el resultado interpretativo que a la misma se le da por quien la interpreta. Dentro del marco de interpretaciones posibles que permite toda norma jurídica, se toma una de entre las posibilidades y la misma se pronuncia como fallo. Con independencia de esta posibilidad amplia de interpretación, el problema con algunos de los integrantes de nuestra actual Suprema Corte, es que de un modo directo y claramente subjetivo han introducido en diversos fallos o han señalado en sus intervenciones ante el tribunal pleno, que están a favor de un trabajo "justicialista" en el sentido apuntado párrafos atrás. Uno de ellos, si bien en un artículo de revista, señaló que

los jueces lejos de ser meros "instrumentos-mecánicos" de la ley, debían constituirse en la "justicia-viva", agregando que un sentido aristotélico, eso sí, sin advertirnos si en la vertiente distributiva, conmutativa o en ambas. Como señalamos, una cosa es seguir los métodos de interpretación, tan ampliamente como se acepte en la comunidad en que se actúa, pues en última instancia y por difícil que sea el problema, hay un punto inicial y final de referencia, y otra muy distinta es aceptar que se puede crear derecho desde la libérrima posición justicialista.

En los difíciles tiempos democráticos en que vivimos, una de las cuestiones más álgidas a la que habremos de asistir será aquella que podemos denominar la "lucha por la Constitución", es decir, a la búsqueda que harán los distintos actores políticos por lograr que su punto de vista sea aquel que la Suprema Corte acepte como válido. A partir de la victoria o la derrota en esa lucha por la Constitución, es evidente que los proyectos políticos de las diversas fuerzas estarán en posibilidad de verse realizados o cancelados, con todo lo que ello implica. Si en algún momento de la historia del país la Suprema Corte ha adquirido una seria responsabilidad en la conducción del proceso democrático, es en la hora actual. Por ese motivo, sus integrantes deben ser particularmente cuidadosos del sentido interpretativo que le confieren a las normas de nuestra Constitución, pero sobre todo de las razones que aducen en sus resoluciones para adoptar tal o cual sentido interpretativo. Creo que con apelaciones a la justicia, así sea la aristotélica, poco se coadyuva en ese proceso democrático, sencillamente porque frente a las razones públicas aducidas por los competidores políticos o los particulares, se pretende actuar mediante razones exclusivamente privadas.