

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

Por PABLO DERMIZAKY*

SUMARIO

1. ANTECEDENTES: A) La democracia. B) La revisión judicial. C) Expansión de la revisión judicial.—2. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA: A) Defensa de las minorías. B) Judicialización de los derechos económicos y sociales. C) Preservación del Estado de derecho. 3. REFLEXIONES FINALES

RESUMEN

La tesis de este ensayo consiste en destacar la importancia que para el sostenimiento de la democracia, como sistema de gobierno, tiene la justicia constitucional, que es inseparable de aquélla puesto que el Estado de Derecho, consubstancial a la democracia, requiere de instrumentos confiables de aplicación de la ley y de administración de la justicia, así como de protección de los derechos humanos. Por otra parte, la democracia no consiste solamente en la elección de los mandatarios y representantes, puesto que la simple votación puede conducir a la dictadura de las mayorías, con desconocimiento de los derechos de las minorías, que sólo puede proteger la observancia de la Constitución a través de la justicia constitucional.

Palabras clave: Justicia Constitucional y Democracia.

ABSTRACT

This essay argues the importance of constitutional justice in sustaining democracy as a system of government. It shows how governance and constitutional justice are inseparable, given that the rule of law is part and parcel of democracy, and requires reliable instruments for law enforcement and the administration of justice, as well as the protection of human rights. Democracy does not only mean electing representatives and governors, as voting alone may give rise to the dictatorship of the majori-

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba. Ex-Presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia.

ties, disregarding minorities' rights. These can only be protected by enforcing the Constitution through constitutional justice.

Key words: Constitutional justice and democracy.

1. ANTECEDENTES

A) La democracia

La democracia es un concepto diez veces más antiguo que el de justicia constitucional; sin embargo, ambos se inter-relacionan directamente en la segunda mitad del siglo XX y, sobre todo, en sus últimas décadas.

Como es sabido, la democracia ateniense floreció en el siglo V A.C., constituyendo un hito en la historia de la filosofía y de las ideas políticas, pues a partir de ese momento el *poder*, que había sido sacralizado desde la formación de las primeras sociedades, adquirió la naturaleza humana y social que se le asigna ahora, veinticinco siglos después. Pero la democracia no siguió un camino abierto y claro desde Atenas hasta nuestros días. A través de los siglos el concepto fue discutido y desvirtuado, recibiendo diferentes interpretaciones en Grecia, en Roma, durante la Edad Media y el Renacimiento, al punto de que el vocablo no era empleado en Inglaterra ni en Francia antes del siglo XVI. Hay quienes consideran que la democracia es un concepto vago que no admite definición. Sin embargo, creemos que la mejor aproximación al concepto es la contenida en el artículo 3.a) de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos: es no sólo una estructura jurídica y un régimen político, sino un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

El surgimiento del cristianismo tuvo mucho que ver con la negación del hombre como actor político y social, que se supone es la esencia de la democracia, pues el animal social y político de Aristóteles fue reemplazado por el creyente de la Iglesia, en sentido de que, para ésta el sujeto de Cristo es el que cree en la fe y no en su propio raciocinio. En esta forma, la fuente de toda autoridad y sabiduría está fuera de este mundo, está en Dios, y no en el hombre, como lo propone el pensamiento democrático. La Europa cristiana se integró bajo el cetro de dos reinos; la Iglesia Católica y el Santo Imperio Romano, que coordinaban e imponían su autoridad durante la Edad Media.

Hubo de producirse el Renacimiento para que la estrella de la democracia ateniense reapareciera, tímidamente, en las ciudades Estado de Italia, y no fue sino en los tiempos modernos, en el siglo XVII que el concepto readquirió su vigor con la Glorious Revolution en Inglaterra (1688) y con las revoluciones norteamericana y francesa de fines del siglo XVIII.

Con éstas nació la democracia liberal o individualista cuyo recorrido por el siglo XIX fue interrumpido por la restauración monárquica y los imperios en Francia, y sacudido por las revoluciones de 1830, 1848 y 1871, en Francia, Alemania y Austria. La democracia liberal adquirió un tinte social a comienzos del siglo XX, como resultado de la crisis del individualismo que se incubó durante todo el siglo XIX, y después de la Segunda Guerra Mundial se transformó en la democracia constitucional con la incorporación del principio de la supremacía de la Constitución en Europa occidental, que responde a su carácter normativo y se expresa en la justicia constitucional o revisión judicial de las leyes.

B) La revisión judicial

Es indudable que la opinión del juez inglés Edward Coke en el caso *Bonhan* (1610) constituye el primer atisbo de lo que había de ser la revisión judicial de las leyes, pues, según dijo:

«Aparece en nuestros libros que en muchos casos la ley común controla actos del Parlamento y en ciertos casos los declara nulos, porque cuando una ley del Parlamento es contraria al derecho y a la razón, o repugnante, o imposible de aplicar, la ley común la controlará y la anulará».

Pero la revisión judicial se originó en el constitucionalismo estadounidense, pues, aunque los jueces ingleses eran independientes de la Corona y del Parlamento, no podían declarar la nulidad de las leyes. Entre 1776 y 1787 nueve de las trece colonias incorporaron la revisión judicial en sus Constituciones, y hasta 1789 varias Cortes de los estados habían declarado inconstitucionales ocho leyes. Con estos antecedentes, los convencionales estadounidenses reunidos en Filadelfia en 1787 buscaban un sistema judicial distinto al de la metrópoli, en cuanto a que, además de dotarse de jueces independientes del Ejecutivo y del Congreso, pudiesen anular leyes que no estuviesen conforme a la Constitución. Una propuesta en tal sentido fue presentada a la Convención Constitucional, pero ésta no la consideró. Las mentes no estaban preparadas todavía para asimilar la idea.

El momento llegó en 1803, con el famoso caso *Marbury vs. Madison*; pero después de éste habrían de transcurrir 54 años antes de que la Corte Suprema decidiese otro caso de revisión judicial. Voces contrarias seguían alzándose, como la del juez de Pensilvania John Banister Gibson, quien objetaba que la materia conducía a los jueces a tomar decisiones políticas, y no legales, una observación esgrimida asimismo por Carl Schmitt en su famosa polémica con Hans Kelsen en 1931. Señalaba Gibson le preeminente

cia del Legislativo sobre los otros dos poderes, porque éste es «el poder del pueblo, soberano por su propia naturaleza», en cuya virtud los tribunales, formados por jueces no elegidos, no pueden sobreponer sus decisiones a las del pueblo, representado en el parlamento¹. Es curioso anotar que en este argumento siguen apoyándose los pocos detractores de la justicia constitucional que todavía quedan. Pero a mediados del siglo XIX la revisión judicial había sido aceptada ya como una institución estadounidense. Y su justificación más convincente sigue siendo la resumida en las siguientes palabras, ya clásicas, de Alexander Hamilton:

«El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con el fundamento de que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la supremacía del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos anulados.

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben». (*El Federalista*, n.º 78).

C) Expansión de la revisión judicial

Antes de 1920, sólo algunos países de América Latina habían adoptado la revisión judicial, y lo habían hecho influidos por el constitucionalismo estadounidense, entre ellos México en la Carta de Yucatán, en 1841, Venezuela en 1858 y Bolivia en 1861. Después de la Primera Guerra Mundial la institución apareció en Europa, donde hasta entonces había predominado la supremacía de los parlamentos, por el papel que habían jugado éstos en las revoluciones de los siglos XVII y XVIII. Recuérdese que el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclama que «la ley es la expresión de la voluntad general», voluntad

¹ WILLIAM E. NELSON, *Marbury v. Madison*. University Press of Kansas, USA., 2000, p. 85.

soberana de la nación representada en la Asamblea Nacional, lo que hacía inconcebible que los tribunales pudiesen revisar las leyes.

Las primeras Constituciones europeas en acoger la revisión judicial fueron las de Checoslovaquia y Austria, ambas de 1920. Después de la Segunda Guerra Mundial siguen el ejemplo las de Italia (1947), Alemania (1949), Francia (1958), España (1978), Portugal (1982). En Asia, India y Japón incluyeron la revisión judicial en sus primeras Constituciones en 1949 y 1947, respectivamente, luego de la independencia de la primera y después de la derrota de Japón en la Segunda Guerra Mundial. En Europa oriental, Rusia y las ex democracias populares lo hicieron en la década de los años 1990, después del colapso del comunismo. Similares procesos ocurrieron en Canadá (1984), en Nueva Zelanda (1990), en Israel (1992), y en Sud Africa (1993-96). En América Latina la mayoría de los países instituyeron tribunales o salas constitucionales en la segunda mitad del siglo XX.

Esta expansión de la justicia constitucional en todos los Continentes es un fenómeno, como dice Ran Hirschl, múltiple y multifacético que se extiende más allá del mero ejercicio judicial. La judicialización de la política —agrega— incluye la transferencia a los jueces de algunas de las más pertinentes y polémicas controversias políticas que un gobierno democrático puede contemplar. «Lo que imprecisamente se ha denominado «activismo judicial» ha evolucionado más allá de las convenciones existentes en la literatura sobre teoría constitucional normativa. Un nuevo orden político —la juristocracia— se ha establecido rápidamente en el mundo»².

Esta situación había sido prevista ya en 1835 por Alexis de Tocqueville, cuando decía que «difícilmente existe ahora una controversia moral o política (en los Estados Unidos de América) que no se transforme, tarde o temprano, en una controversia judicial»³. Aharon Barak, presidente de la Corte Suprema de Israel va más lejos al afirmar que «nada se escapa al alcance de la revisión judicial. El mundo está saturado de la ley; cualquier cosa y todo es justiciable»⁴.

La revisión judicial no sólo se ha expandido en el ámbito nacional, sino que abarca a la justicia constitucional internacional, cuyos sistemas en Europa y América, a través de la Convención Europea de Derechos Humanos y de la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica, han institucionalizado los mecanismos competentes desde hace medio siglo.

² RAN HIRSCHL, *Toward Juristocracy*. Harvard University Press, Cambridge, Mass., USA., 2004, p. 222.

³ Cit. por RAN HIRSCHL, *ob.*, p. 169.

⁴ *Ibidem*, p. 169.

Esta universalización de la justicia constitucional ha coincidido con una vuelta a la democracia experimentada en las últimas décadas por muchos países en distintas latitudes: en el sur de Europa en los años 1970; en América Latina en los años 1980, y en Europa Central y del Este en los años 1990. Se estima que aproximadamente la mitad de la población mundial vive ahora en estados más o menos democráticos.

Esta universalización de la justicia constitucional ha coincidido con una vuelta a la democracia experimentada en las últimas décadas por muchos países en distintas latitudes: en el sur de Europa en los años 1970; en América Latina en los años 1980, y en Europa Central y del Este en los años 1990. Se estima que aproximadamente la mitad de la población mundial vive ahora en estados más o menos democráticos.

2. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

Es claro que el paralelismo de estos dos fenómenos no es casual. El Estado de Derecho que caracteriza a la democracia requiere de mecanismos confiables de aplicación de la ley y de administración de la justicia, y, a la inversa, la justicia constitucional no puede darse en las dictaduras ni en los gobiernos autoritarios. Es indudable que los valores supremos relativos al derecho a la vida, a la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad humana, así como la igualdad ante la ley y el acceso a una justicia efectiva han inspirado e impulsado la revolución de la justicia constitucional, particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, como reacción ante los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos entonces. Así lo proclaman en sus preámbulos y en sus primeros artículos las Constituciones de los Estados de la Unión Europea.

Es pertinente recordar aquí la obra de algunos autores contemporáneos cuyo pensamiento ha influido, sin duda, en esta revolución. En su «Teoría de la Justicia» (1971) John Rawls sostiene que en una sociedad justa todos gozan de los mismos derechos fundamentales, sin discriminación alguna; que el acceso a las diversas posiciones sociales está determinado solamente por las capacidades individuales; que las desigualdades socio-económicas no llegan a impedir que los de abajo puedan ascender en la escala en condiciones de igualdad. En otras palabras, puesto que nadie es responsable por las circunstancias en las que le ha tocado nacer, nadie debe ser favorecido ni perjudicado por ello. Nada justifica, pues, que algunos sean premiados y otros castigados por «circunstancias que no han elegido»⁵.

Según John Hart Ely, la revisión judicial debe apoyar los principios de

⁵ Cit. por ROBERTO GARGARELLA, en «Rawls: el legado de un gran filósofo». *Diario Clarín*, Buenos Aires, Rep. Argentina, 02-12-02.

la democracia representativa, anulando leyes que perjudican el proceso democrático. Los tribunales, dice, deben promover «un proceso político abierto a todos sobre bases de igualdad, así como el deber de los representantes de respetar a las minorías y a las mayorías por igual»⁶.

Bertrand de Jouvenel se preguntaba: «¿Cómo se podría asegurar de una manera efectiva la supremacía del derecho, si no es formulando primero expresamente sus reglas supremas e instituyendo a continuación una autoridad concreta que confronte las leyes con el derecho y rechace aquellas que le ofenden?» El mismo autor se respondía: «Este es el sistema que el jurista americano Marshall ha sabido hacer aceptar en 1803 a los Estados Unidos»⁷.

La sociología política ha intentado diversas explicaciones a los fenómenos que nos ocupan: hay teorías evolucionistas, funcionalistas, económico-institucionales, estratégicas y de preservación de las hegemonías. Estas dos últimas se complementan

en sus enfoques. Se dice, por un lado, que los titulares de los poderes político, jurídico y económico que en determinado momento inician o no se oponen a la reforma de la justicia constitucional, estiman que la misma servirá sus intereses en casos de decisiones críticas que pudieran infligirles un alto costo político si las tomaran ellos, por ejemplo en casos donde la opinión pública está muy dividida y no hay un claro ganador, como el aborto y el matrimonio de los homosexuales. En otras circunstancias, los actores políticos en el gobierno que temen perder el control de las legislaturas en el futuro pueden recurrir a la justicia constitucional para defender sus intereses⁸. Y en otros casos, cuando la transición a la democracia no produce una fuerza política dominante, como ocurre generalmente a la caída de una dictadura prolongada, los actores en escena recurren a la justicia constitucional en busca de un equilibrio para sus intereses en el futuro⁹.

⁶ Cit. por RAN HIRSCHL, *Ob. cit.*, pp. 188-189.

⁷ BERTRAND DE JOUVENEL, *El poder*, Editora Nacional, Madrid-España, 1974, p. 385.

⁸ Esto ocurrió en Bolivia con la creación del Tribunal Constitucional en la reforma de 1994, cuando los partidos que desde 1982 se alternaban en el ejercicio del gobierno (MNR., MIR. y ADN), veían debilitadas sus expectativas por el creciente descontento de la sociedad civil. Y ello explica también por qué el gobierno del MNR., entonces en funciones, no instaló las instituciones creadas en dicha reforma (el Consejo de la Judicatura y el Defensor del Pueblo, además del Tribunal) y debió hacerlo cuatro años más tarde, en 1998, el nuevo gobierno de ADN., ante la creciente presión de las instituciones de la sociedad civil.

Otro ejemplo es el del PRI., partido dominante en México desde 1929, que en 1994 aceptó investir a la Corte Suprema del país con la autoridad para ejercer la justicia constitucional, ante la eventualidad de perder el gobierno frente a un opositor (el PAN) que venía creciendo amenazadoramente, como efectivamente ocurrió en las elecciones generales del año 2000.

⁹ Esto ocurrió, por ejemplo, con el Pacto de la Moncloa en España, que se tradujo en la Constitución de 1978 que ha servido de marco democrático a un desarrollo económico sostenido y pacífico, pese a las profundas diversidades regionales reconocidas en la Constitución. En similares condiciones se produjo la transición a la democracia en Portugal en 1976.

A) Defensa de las minorías

La democracia liberal representativa de los siglos XVIII y XIX se asentaba en el gobierno de las mayorías, o de la voluntad general, como lo decía la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La democracia social de comienzos del siglo XX destacó los derechos colectivos y sociales que deben ser protegidos incluso contra la voluntad de las mayorías. La democracia constitucional de la segunda mitad del siglo XX, que incorporó el Estado social de Derecho, instituyó la justicia constitucional para la defensa efectiva de esos derechos, incluso contra la voluntad de las mayorías. Por consiguiente, en el Estado constitucional de nuestros días la democracia no es igual a gobierno de la mayoría, porque las minorías tienen derechos consagrados en las Constituciones escritas, la mayoría de las cuales cuentan con declaraciones de derechos, que deben ser protegidos por la justicia constitucional. El Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos de América, Robert H. Jackson, dijo en una opinión que emitió en 1943, que «el propósito de la Declaración de Derechos fue liberar ciertas materias de las vicisitudes de las controversias políticas, sustrayéndolas del alcance de las mayorías y de los empleados del gobierno, y estableciéndolas como principios legales a ser aplicados por los tribunales». (*West Virginia State Board of Education v. Barnette*).

Ronald Dworkin llama la premisa mayoritaria a la tesis según la cual los procedimientos políticos deben estar diseñados para que, al menos en materias importantes, la decisión sea adoptada por la mayoría o por una pluralidad de ciudadanos en base a una información adecuada y después de un tiempo suficiente de reflexión. En los Estados Unidos, sin embargo —agrega— la mayoría de quienes consideran la premisa mayoritaria como expresión de la democracia, aceptan que en ciertas ocasiones no debe gobernar la voluntad de la mayoría, porque ésta no debe ser siempre el último juez de las limitaciones necesarias para la protección de los derechos individuales. Si rechazamos la premisa mayoritaria —dice Dworkin— necesitamos un enfoque distinto y mejor en cuanto valor de la democracia. «Yo propongo la concepción constitucional de la democracia, que rechaza la premisa mayoritaria. Niega que el objetivo de la democracia dependa siempre, o corrientemente, de las decisiones de la mayoría. Considera que ese objetivo es otro: que las decisiones colectivas sean adoptadas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad como individuos, con el mismo respeto y consideración». Más adelante Dworkin agrega: «Democracia es un gobierno sujeto a condiciones, que podríamos llamar condiciones «democráticas», de igualdad ante la ley para todos. Cuando las instituciones de la

mayoría respetan las condiciones democráticas, sus decisiones deben ser respetadas; pero si no lo hacen, o sus decisiones son deficientes, debe darse paso a otros procedimientos mejor calificados...»¹⁰

A mediados del siglo XIX la revisión judicial en Estados Unidos de América servía no sólo para proteger los derechos contra el gobierno, sino también contra las mayorías. Entre los numerosos casos resueltos en este sentido por las Cortes Supremas de los estados, uno de 1851, en Nueva York, declaraba proteger «las minorías contra los caprichos, imprudencias y prejuicios de las mayorías». Otro, en Virginia, en 1837, decía que el objetivo de todo gobierno es «proteger los derechos de la minoría contra la tiranía de la mayoría, una tiranía más inflexible e implacable que la de un solo déspota»¹¹.

Pero, como nos ilustra William E. Nelson, a finales del siglo XIX la revisión judicial no había asumido aún en Estados Unidos el contenido que tendría en la segunda mitad del siglo XX: la protección de minorías desamparadas, identificadas por razones raciales, religiosas o sexuales. Al contrario, como se ha hecho notar, la revisión judicial servía en no pocas ocasiones para defender los intereses de minorías poderosas (los ricos) contra la interferencia gubernamental, y «para proteger los derechos privados contra los experimentos radicales de los reformadores sociales»¹². Entre 1885 y 1930, un período conocido como el de «la era Lockner», la Corte Suprema de los Estados Unidos anuló leyes sociales sobre jornada máxima y salarios mínimos, condiciones de trabajo de mujeres y menores, y otras, con el argumento de que la «libertad de contratar» era un derecho fundamental que se sobreponía a los intereses de una de las partes, los trabajadores.

En 1938 apareció el primer hito en el camino que habría de recorrer la Corte Suprema de Estados Unidos durante el resto del siglo XX, aunque no sin algunas vacilaciones y retrocesos: el Juez Supremo Harlan Fiske Stone escribió la famosa nota de pie de página n.º 4 en la opinión del caso *United States v. Carolene Products Co.*, en la que proponía un control de constitucionalidad estricto de las leyes que afectan los derechos fundamentales de la Declaración de Derechos y los derechos de las minorías étnicas y religiosas. Dicho control estricto supone partir de la presunción de inconstitucionalidad de tales leyes, contrariamente al principio de que se presume la constitucionalidad de las normas mientras no se declare lo contrario. Dieciséis años más tarde la Corte Suprema habría de llegar a la cumbre de este camino con el caso de segregación racial *Brown v.*

¹⁰ RONALD DWORKIN, *Freedom's Law*. Harvard University Press. Cambridge, Mass., USA., pp. 15 al 17.

¹¹ WILLIAM E., NELSON, *Ob. cit.*, pp. 93-94.

Board of Education (1954), que echó por tierra la doctrina de «separados, pero iguales», vigente desde mediados del siglo anterior y confirmada por la Corte en el caso *Plessy v. Ferguson* (1896).

Como dice Nelson, no se puede esperar que legisladores y ejecutivos democráticamente elegidos, que responden a las mayorías electorales, defiendan a las minorías contra esas mayorías; los jueces independientes podrán hacerlo¹³. Esta es la responsabilidad de la justicia constitucional que, al defender el imperio de la Constitución e interpretar sus normas, protege los derechos de individuos y minorías, haciendo realidad el postulado de un gobierno limitado, en principio, y de derechos fundamentales ilimitados, también en principio, que forman la esencia del Estado de Derecho, en la clásica definición de Carl Schmitt.

B) Judicialización de los derechos económicos y sociales

A pesar de que el Estado Social de Derecho se institucionalizó en la segunda década del siglo pasado, los derechos económicos, sociales y culturales son meros postulados para la mayor parte de la población mundial. Hay aquí un desfase entre la Constitución formal y la real, o entre su fuerza normativa y la realidad. Hay quienes tratan de justificar esta situación marcando una diferencia entre los derechos civiles y políticos y los económicos y sociales, en sentido de que los primeros obligan al Estado a no hacer, a abstenerse (no privar a nadie de su vida ni de su libertad, no afectar la propiedad, sino conforme a ley, etc.); mientras que los segundos obligan a hacer, a otorgar prestaciones que no siempre pueden ser cubiertas con recursos del erario. En consecuencia —dicen— las obligaciones negativas se limitan a un no hacer por parte del Estado; pero las positivas consisten en prestaciones que dependen de presupuestos casi siempre insuficientes.

Algunas Constituciones, como la de Italia (art. 3) obligan al Estado a «suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país». Disposiciones similares contienen los arts. 9.2 y 157.II de las Constituciones de España y de Bolivia respectivamente. Esta última dice que «corresponde al Estado crear condiciones que garanticen para todos posibilidades de ocupación laboral, estabilidad en el trabajo y remuneración justa». Estos

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*, p. 101.

preceptos crean obligaciones de hacer para los Estados sobre derechos fundamentales de naturaleza social que deben ser cumplidos y que son, por lo tanto, exigibles judicialmente. La justiciabilidad de estos derechos es requisito esencial para su ejercicio, pues, mientras no sean judicialmente exigibles no dejarán de ser piezas de un programa de buenas intenciones.

La Constitución sudafricana instituye en su art. 26 el derecho a la vivienda, y en su numeral 2 la obligación del Estado de legislar para actuar y asegurar la realización progresiva de ese derecho según los recursos disponibles. En un caso concreto la Corte dijo:

«Los derechos económicos y sociales están expresamente reconocidos en la declaración de derechos de la Constitución y no puede decirse de ellos que existen solamente en el papel. La sección 7 (2) de la Constitución requiere al Estado respetar, proteger, promover y garantizar los derechos constitucionales, y los tribunales están obligados constitucionalmente a asegurar que esos derechos sean protegidos y garantizados. La cuestión, entonces, no es si los derechos económicos y sociales son justiciables en la Constitución, sino cómo los hacemos efectivos en un caso determinado»¹⁴.

En Bolivia, la sentencia del Tribunal Constitucional No. 26/2.003-R, de 8 de enero de 2.003, dijo que el Estado, en cumplimiento del Art. 158 de la Constitución Política del Estado, está obligado a proteger la vida y la salud de la población, y a otorgar las prestaciones médicas y farmacéuticas necesarias, a través de las instituciones de Seguridad Social y del Ministerio de Salud y Previsión Social. El caso que motivó la sentencia era de un afiliado al Seguro Social Militar a quien, siendo portador del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), SIDA, se le había suspendido todas las prestaciones desde julio de 2.002, después de habérselas otorgado a partir de marzo del 2.000, invocando los Arts. 73 del D.L. 11901 y 14 del Reglamento de Prestaciones Sanitarias de Cossmil. En la fundamentación de su fallo el Tribunal Constitucional dijo, apropiadamente, que el derecho a la vida es la base para el ejercicio de los demás derechos, por lo que no puede ser entrabado por procedimientos burocráticos, ni sujeto a recursos previos, «más aún cuando su titular se encuentra en grave riesgo de muerte».

La Corte Constitucional de Colombia ha establecido cuatro pautas de interpretación en materia de derechos fundamentales, en lo que Eduardo Cifuentes Muñoz denomina «el constitucionalismo de la pobreza».

¹⁴ VÍCTOR ABRAMOVICH y CHRISTIAN COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Edit. Trotta, Madrid, España, 2002, pp. 160 y ss.

- A) El criterio abierto, que no se ciñe a la lectura de la Constitución, sino que considera que los derechos «están moldeados no sólo por sus normas escritas, sino también por la realidad social... marcada por la desigualdad y la injusticia social».
- B) El criterio de conexidad, por el que derechos que no figuran entre los derechos fundamentales de algunas Constituciones, tienen ese carácter por su relación íntima con otros derechos, como es el caso del derecho a la salud, que puede afectar el derecho a la vida, derecho fundamental por excelencia. Otro ejemplo es el derecho a vivir en un medio ambiente saludable, por su relación estrecha con los derechos a la salud y a la vida.
- C) Derecho al mínimo vital, que se aplica a las condiciones «extremas de miseria, en las que está en juego la supervivencia del indigente, abandonado por el Estado y la sociedad (...) En estos casos la omisión estatal traspasa el umbral de la afrenta absoluta a la dignidad humana y se impone, por tanto, la exigibilidad inmediata de los derechos sociales».
- D) Protección especial a personas y grupos desvalidos «que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta», entre los que están los enfermos incurables, disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. En estos casos ha dicho la Corte en su ST-505 de 1992, que debe aplicarse «el principio de prioridad del gasto público social, que, en virtud de la prevalencia de los derechos fundamentales sobre la parte orgánica de la Constitución, genera una obligación para la autoridad competente y, correlativamente, un derecho público subjetivo para el solicitante»¹⁵.

La Corte Suprema de India ha establecido una jurisprudencia en sentido de que los derechos económicos y sociales están protegidos por el derecho a la vida, que impone la protección constitucional del derecho a una subsistencia digna para el ser humano.

Hay, pues, un empeño coordinado de la justicia constitucional por hacer cumplir estos derechos, que están en la raíz del concepto de democracia, pues no es democracia el sistema formal que no promueve el desarrollo económico y social del pueblo. La judicialización de los derechos económicos y sociales es la única vía para hacer efectivo su ejercicio, a través del único medio disponible, la justicia constitucional.

¹⁵ COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, «*Lecturas Constitucionales Andinas*. Lima, Perú, 1994, n.º 3, pp. 103 y ss.

C) Preservación del Estado de Derecho

Para cumplir su misión básica de protección de los derechos fundamentales la justicia constitucional preserva, simultáneamente, el Estado de Derecho establecido en la parte orgánica de las Constituciones. El Estado de Derecho Constitucional es la estructura que hace posible el ejercicio de esos derechos y la realización del concepto de democracia: constitución normativa, separación de poderes, poderes limitados, igualdad ante la ley, controles inter e intra-órganos, etc.

Para preservar el Estado de Derecho la justicia Constitucional se erige en árbitro de las grandes cuestiones que dividen y enfrentan a los actores políticos. Es asimismo un factor de cohesión, de integración y de pacificación de la sociedad política cuando, por ejemplo, pone el contrapeso necesario en las relaciones mayoría-oposición parlamentaria, evitando que la primera abuse de su poder numérico en detrimento de los derechos de la segunda. Recordemos que Benjamín Constant decía, a propósito de esto, que «cuando a la autoridad representativa (léase el parlamento) no se le impone límites, los representantes del pueblo no son ya defensores de la libertad, sino candidatos de la tiranía, puesto que cuando la tiranía está constituida, puede ser mucho más horrible cuanto más numerosos sean los tiranos»¹⁶.

Louis Favoreu ha explicado muy bien la situación que se presenta en los regímenes parlamentarios de Europa occidental y en su propio país, Francia; situación comparable a lo que ocurre en otros parlamentos, como los nuestros:

«La justicia constitucional es un contrapeso que cumple una misión cada vez más necesaria en los sistemas democráticos donde la tradicional separación de poderes legislativo y ejecutivo ha cedido su lugar a la confrontación de mayoría y oposición. En Gran Bretaña como en Alemania Federal y en Austria, la mayoría parlamentaria y la del gobierno son un solo bloque frente a la oposición. En Francia, además, se suma al bloque mayoritario el Presidente de la República elegido directamente por el pueblo, que dispone de una gran legitimidad y de poderes considerables. Se concibe, pues, que sea necesario un contrapeso y un garante del equilibrio entre mayoría y oposición, y así se aclara el papel del juez constitucional: es menos un contralor del parlamento que un contralor de la mayoría oficial y presidencial. Puesto que las leyes se originan, en el 90 % de los casos, en proyectos del gobierno, más concretamente de la Presidencia, el juez consti-

¹⁶ BERTRAND DE JOUVENEL, *Ob. cit.*, p. 361.

tucional asegura en verdad el control de la acción del gobierno que, en Francia, escapaba al juez ordinario porque éste no era competente para verificar la constitucionalidad de la ley»¹⁷.

3. REFLEXIONES FINALES

Los datos que anteceden hablan claro de la importante contribución que hace la justicia constitucional a la democracia. Sin embargo, la democracia no depende solamente de las instituciones en que se basa, sino de la sociedad que las construye y las apoya. Si por razones culturales (deficiencias educativas, económicas y sociales) la sociedad no entiende, no aprecia y no apoya esas instituciones, éstas fallarán por su base y serán incapaces de sostener la estructura democrática.

El espíritu democrático es algo que no se levanta de la noche a la mañana. Debe ser inculcado desde que el individuo aprende las primeras letras para que lo asimile como algo natural de su entorno, como el aire que respira, como la sangre que circula por sus venas. Los pueblos han de tener la convicción de que la democracia es consustancial con su naturaleza. Puesto que los derechos fundamentales son inherentes a la naturaleza humana, es decir, no han sido concedidos por el Estado, sino reconocidos por éste, y puesto que la democracia es el único sistema de gobierno y de vida que garantiza el ejercicio de esos derechos, el ser humano sólo puede desarrollarse y progresar en democracia.

El diseño más acabado de las instituciones democráticas será una entelequia sin contenido si le falta la convicción de que la democracia es mucho más que una palabra: es una de esas palabras a las que debe dársele un significado cada día en el hogar, en el aula, en el taller, en la empresa y en el sindicato, en la policía y el ejército, en la ciudad y en el campo.

En Estados Unidos de América, que es la democracia moderna más antigua, hay un respeto a la Constitución y a las instituciones democráticas que se parece a la veneración. «En ninguna otra parte del mundo es el pueblo tan consciente de su relación con la Constitución», pues «ningún otro documento en la historia de la humanidad ha tenido la misma influencia» que aquélla¹⁸. Y Franklin Delano Roosevelt decía que, como la Biblia, la Constitución debe leerse una y otra vez.

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha resistido en más de doscientos años de existencia el asalto de presidentes y políticos cuyo poder, sin embargo, se estrelló contra una institución sólidamente

¹⁷ LOUIS FAVOREU, et al., *Droit Constitutionnel*, 4.º ed.- Dalloz, Paris, Francia, 2001, pp. 334 y ss.

¹⁸ PAGE SMITH, *The Constitution*. Morrow Quill Pperbacks. New York, 1980, pp. 11-12.

arraigada en la conciencia popular, pues como dijo Robert Dahl: «Pensar que este país ha seguido siendo democrático por su Constitución me parece el revés de la relación: la Constitución ha perdurado porque nuestra sociedad es esencialmente democrática». O como dijo el juez estadounidense Learned Hand: «A menudo pienso si no ciframos demasiado nuestras esperanzas en constituciones, leyes y jueces. Estas son falsas esperanzas. La libertad está en los corazones de hombres y mujeres; cuando muere allí, ninguna constitución, ley ni juez puede salvarla...»¹⁹

¹⁹ RAN HIRSCHL, *Ob. cit.*, pp. 153-154.