

Referencia para citar: Molero, M. N. (2021). Justicia constitucional y democracia: casos Colombia, Ecuador y Venezuela. *Revista Digital de Investigación y Postgrado*, 2, (3), 89–100. <https://redip.iesip.edu.ve/ojs/index.php/redip/article/view/34>

Justicia constitucional y democracia: casos Colombia, Ecuador y Venezuela

Ney Molero Martínez**
Maracaibo, Estado Zulia / Venezuela

Resumen

Después de la segunda guerra mundial, con la asunción en la mayoría de las democracias europeas del sistema de constitución rígida con un órgano de control de prevalencia de la constitución, que doctrinalmente se ha llamado “democracia constitucional”; los jueces que ejercen ese control de constitucionalidad han adquirido una importancia fundamental en la creación del derecho, que ha generado el cuestionamiento de su legitimidad democrática, en aparente contradicción con el régimen democrático. La presente ponencia tiene por objeto el análisis de esa situación y la aserción de que no existe tal contradicción.

Palabras clave: democracia formal, democracia constitucional, legitimidad democrática.

Recibido en octubre 22 de 2020
Aceptado en noviembre 09 de 2020

* Ponencia presentada en el I Congreso Virtual Internacional Multitemático de Derecho Comparado celebrado los días 16 y 17 de octubre 2020 en la ciudad de San Cristóbal, estado Táchira, Venezuela. Instituto de Estudios Superiores de Investigación y Postgrado.

**Doctor en Derecho. Universidad del Zulia. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Email: nemolero@gmail.com

Constitutional justice and democracy: Colombia, Ecuador and Venezuela cases

Abstract

After the II World War, most of the European democracies enforced a model of hard constitution with a system of courts that rule with prevalence over the rest of the law ordinance, that doctrine has called "constitutional democracy"; furthermore, judges who rule the prevalence of the constitution have gotten a great importance in the creation of law, which have risen concerns about their democratic legitimacy for, because it apparently contradicts democratic regime. This paper is about analyze that situation and establish that there is not contradiction at all.

Keywords. Formal democracy, constitutional democracy, democratic legitimacy

Justiça constitucional e democracia: os casos da Colômbia, Equador e Venezuela

Sumário

Após a Segunda Guerra Mundial, com a assunção na maioria das democracias europeias do sistema de constituição rígida com um corpo de controle de prevalência da constituição, que doutrinariamente tem sido chamado "democracia constitucional"; os juízes que exercem este controle de constitucionalidade adquiriram uma importância fundamental na criação da lei, que gerou o questionamento da sua legitimidade democrática, em aparente contradição com o regime democrático. O objectivo do presente documento é analisar esta situação e afirmar que não existe tal contradição.

Palavras-chave: democracia formal, democracia constitucional, legitimidade democrática.

Justice constitutionnelle et démocratie: les cas de la Colombie, de l'Équateur et du Venezuela

Résumé

Après la Seconde Guerre mondiale, avec l'apparition dans la plupart des démocraties européennes du système de constitution rigide avec un organe de contrôle de la prévalence de la constitution, on a appelé doctrinalement "démocratie constitutionnelle" ; les juges qui exercent ce contrôle de constitutionnalité ont acquis une importance fondamentale dans la création du droit, ce qui a généré la remise en cause de sa légitimité démocratique, en contradiction apparente avec le régime démocratique. L'objectif de ce document est d'analyser cette situation et d'affirmer qu'il n'y a pas de contradiction de ce genre.

Mots-clés: démocratie formelle, démocratie constitutionnelle, légitimité démocratique

Introducción

La justificación del origen y legitimidad del poder de juzgar ha sido un problema fundamental desde los mismos orígenes del pensamiento constitucionalista pero, la reciente atención que recibe el poder judicial, cuando sus decisiones comienzan a afectar no ya a los ciudadanos como tales, sino, en forma des-

tacada a los poderes públicos y a quienes ostentan posiciones de autoridad, ha venido a subrayar la trascendencia de esa cuestión. Ciertamente, la legitimación democrática aparece hoy como la legitimación fundamental de los poderes del Estado, incluyendo al poder judicial.

Ese control judicial que limita y en algunos casos, enerva la actuación administrativa dispuesta por las Administraciones Públicas dentro del ámbito de sus competencias, y del poder legislativo, nuevamente enciende las alarmas frente al denominado “activismo judicial” y la queja de algunos sectores sobre el riesgo de un “gobierno de los jueces” que merma y vulnera el principio democrático sustentado en el consenso mayoritario.

Recurrentemente escuchamos cuestionamientos como ¿quién eligió a los jueces para que puedan censurar la acción política de los funcionarios públicos electos democráticamente por el pueblo? El presente trabajo tiene por objeto el examen de esa situación en Colombia, Ecuador y Venezuela, para demostrar que no hay tal contradicción entre “democracia constitucional” y “legitimidad democrática”.

1. El ordenamiento jurídico como sistema dinámico-formal

En el ordenamiento estático-material, el sistema de la moral, la norma fundamental hace las veces de una premisa lógica, de la cual, por medio de un acto de pensamiento (así Kelsen (1982) se refiere a la inferencia lógica), se deducen las normas del sistema. En el ordenamiento jurídico, a diferencia, como sistema dinámico-formal, el requisito material, el contenido (o sea el qué se decide mediante la norma) no posee ningún papel, ya que todo se juega alrededor de los requisitos formales de quién y cómo.

Llevar a sus extremas consecuencias la distinción que hemos examinado, consolida el modelo de constitución flexible y, como consecuencia, desprovista de un órgano de justicia constitucional que, no distinguiendo la Constitución de la ley ordinaria, ve en la legislación la instancia que tiene la última palabra acerca de todas las cuestiones públicas. En este modelo, el legislador, elegido democráticamente, puede introducir cualquier contenido, inclusive un contenido moralmente repugnante, ya que le es suficiente, en cuanto órgano legitimado (quién) para crear derecho, respetar los procedimientos establecidos (cómo) para legislar, aún contra los valores y principios contenidos en la Constitución. El positivismo jurídico clásico, construido bajo las anteriores premisas, nos había permitido distinguir entre norma válida y norma no válida, mas no entre norma justa y norma injusta, o, entre norma que respeta los principios y los valores inscritos en la Constitución y norma que no lo hace.

2. Ordenamiento jurídico como sistema estático material

Desde la segunda posguerra, en efecto, comenzando por las constituciones de Alemania y de Italia, se está generalizando cada día más un modelo de Constitución rígida y dotada de un órgano de control de constitucionalidad; modelo en el cual, para decirlo con Ferrajoli (1995), la Constitución contiene un núcleo de cuestiones que forman una “esfera de lo indecible”, que no está disponible a la acción del legislador, aun y cuando éste legislara siguiendo los requisitos formales de producción de las normas. Con diferentes modalidades, a partir de la posguerra, en buena parte del mundo (al menos en su parte occidental) se generaliza este modelo de constitución, el cual determina, siempre en la línea de Ferrajoli, el tránsito de un Estado de Derecho hacia un Estado constitucional de Derecho.

Ese tránsito lo identificamos claramente en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en sus Artículos 2 y 3; en la Constitución Política de la República de Colombia, en sus artículos 2 y 4; y,

también en la Constitución de la República del Ecuador, que en sus artículos 1 y 3, numeral 1, que proclaman la supremacía constitucional.

3. Democracia formal y democracia sustancial

En el modelo de *estado de derecho* tradicional, propio del ordenamiento jurídico estático-material, anteriormente referido, es el legislador la instancia que tiene la última palabra acerca de todas las cuestiones públicas y la *democracia*, un método para tomar decisiones públicas mediante el principio de mayoría.

La democracia así considerada constituye un instrumento para asegurar el gobierno de las leyes emanadas por aquellos que, no pudiendo hoy ejercer la democracia directa como en sus orígenes, son elegidos para ello. El Estado de Derecho es el que, respetando los requisitos formales que especifican quién decide y determinan cómo se decide, al legislador se le aseguraba la completa supremacía entre todos los órganos del estado, pudiendo introducir cualquier contenido, hasta modificando la constitución según su visión política. Por eso la llamamos *democracia formal*, democracia mínima o precedimental, según algunos autores.

En la nueva realidad que surge de la instauración del estado constitucional de derecho, ya no es el legislador el que tiene la última palabra acerca de las cuestiones públicas, sino que existe un órgano de control constitucional que determina, en caso de duda, la prevalencia de la Constitución sobre las políticas públicas que desarrollan tanto el legislador como el poder ejecutivo; el concepto de democracia, entendido tradicionalmente como un método para tomar decisiones públicas mediante el principio de mayoría, ya no es del todo útil.

Así, como señala Ferrajoli, la democracia es una noción compleja que incorpora ya sea elementos de naturaleza formal (que corresponden a su noción mínima,) ya sea aspectos de naturaleza sustancial.

El paradigma del derecho moderno, comienza a entrar en una fase de crisis que tiene su base teórica en el nunca resuelto problema de la soberanía y en la distinción, introducida por Sieyès, entre *pouvoir constituant* y *pouvoir constitué*. Tal crisis Ferrajoli la coloca en un momento histórico preciso, en el surgimiento del nazismo y del fascismo, en Alemania e Italia, fenómenos que, en un cierto sentido, dan razón a quienes sostenían que la democracia contiene los gérmenes de su degeneración y de su disolución en un régimen autoritario: en efecto, en ambos países la transición hacia el autoritarismo se dio en los márgenes de la democracia formal, es decir, siguiendo las reglas del derecho. El resultado, fue la Segunda Guerra Mundial, con millones y millones de víctimas.

Habiendo experimentado en manera dramática los resultados de un ejercicio sin límites de la democracia formal, según Ferrajoli, inmediatamente después de que la guerra termina se verifica un nuevo cambio de paradigma en el pensamiento teórico-jurídico. En efecto, a partir de ese momento comienza a nacer, y a generalizarse, una nueva doctrina constitucional: la doctrina del constitucionalismo rígido y su corolario, el garante o “guardián” de la Constitución como instrumento de control concentrado de constitucionalidad.

En el nuevo paradigma constitucional, el derecho positivo, las leyes producidas por los órganos autorizados para ello, ya no son válidas solamente porque la forma de su producción corresponde a la forma prevista por el mismo derecho.

Y, si la democracia mínima consiste en la forma mediante la cual se toman las decisiones (quién y cómo),

la democracia sustancial de Ferrajoli coloca como una propuesta alternativa, el qué de las decisiones. Esto es, que las decisiones deben someterse, en su contenido sustancial, a las previsiones de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico.

4. Vinculación de la Constitución a los funcionarios electos democráticamente

En la democracia sustancial, antes esbozada, el proceso de actuación de los agentes públicos se encuentra vinculado por el contenido de la Constitución, en forma tal que existen límites infranqueables por su acción y, además, vínculos propositivos que la condicionan.

Los derechos fundamentales son límites a la adopción de políticas basadas en cálculos coste-beneficio; esos derechos garantizan ciertos bienes que se considera deben asegurarse incondicionalmente para cada individuo, poniéndolos a resguardo de eventuales sacrificios basados en consideraciones agregativas. Se entiende que los derechos fundamentales constituyen límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones por mayoría, esto es, que delimitan el perímetro de lo que las mayorías no deben decidir, sirviendo por tanto frente a éstas –utilizando la ya célebre expresión de Dworkin (1977)– como vetos o cartas de triunfo. Es lo que Ferrajoli llama esfera de lo indecible, lo que no puede decidirse (vínculo negativo).

Pero, además, existe un vínculo positivo, que determina una proposición de actuación a los órganos democráticamente electos, relativo a lo que no se puede no decidir.

Dentro del coto vedado (vínculo negativo) se encuentran, en primer lugar, los derechos individuales que no deben ser conculcados mediante la acción pública y, en segundo lugar, todos aquellos que el constituyente decide establecer como no modificables, o modificables sólo mediante una acción política diferente de la que se resuelve en la creación de la ley ordinaria o en la normal administración de la cosa pública. Cuando el poder político los invade, el Tribunal constitucional debe restablecer el orden, eliminando del sistema las decisiones contrarias a la Constitución: se trata de la función del juez constitucional que Kelsen llama *legislador negativo*.

Cuando hablamos de la vinculación positiva, nos referimos a lo que se debe decidir por parte del poder político, en razón de que así lo ordena la Constitución: todas aquellas disposiciones que las Constituciones, dadas sus características de documentos generales, contienen y que son prescripciones de acciones posteriores, de algo que debe ser: o sea la función del juez constitucional, al que Kelsen llama *legislador positivo*. Según la visión de la esfera de lo no decidible, toca a un Tribunal constitucional, ayudado en ello por la ciencia jurídica y la ciencia política, hacer lo posible para que se colme la laguna que se origina cuando el legislador no cumple su cometido, indicándole, inclusive, los instrumentos necesarios para realizarlo.

5. Objeciones al constitucionalismo

Esa vinculación de la constitución a los funcionarios electos democráticamente, que les impide u obliga –según sea el caso– determinadas acciones y que somete esas acciones al control de un órgano, que no es electo democráticamente, resulta en una aparente contradicción entre la constitución y la democracia, en su sentido tradicional de cauce formal para el gobierno de las mayorías.

Con la democracia sustancial, es decir, el constitucionalismo, se configura una aparente contradicción entre constitución y democracia, entre política y derecho, entre el principio de mayoría y la constitución. Se podría formular esta tensión con las siguientes preguntas: ¿Por qué el legislador, como legítimo represen-

tante del pueblo soberano, debe encontrar límites (negativos y positivos) para su actividad política en la Constitución? ¿Por qué, en otras palabras, debemos seguir la voluntad de personas que ahora yacen en sus tumbas, los padres de la Constitución?

El constitucionalismo enfrenta en su formulación lo que la doctrina ha denominado *objeción contra-mayoritaria*. Esa objeción adopta dos formas fundamentales: primero, si la democracia es el método de toma de decisiones por mayoría, la primacía constitucional implica precisamente restricciones a lo que la mayoría puede decidir; y, segundo, qué legitimidad tienen jueces no representativos ni políticamente responsables para invalidar decisiones de un legislador democrático.

En las últimas décadas, la historia de la teoría constitucional es en buena medida la de la reiteración de estas objeciones y la de las muchas formas en que se ha intentado contestarlas.

6. Legitimidad de la función jurisdiccional

La justificación del origen y legitimidad del poder de juzgar ha sido un problema fundamental desde los mismos orígenes del pensamiento constitucionalista pero, la reciente atención que recibe el poder judicial, cuando sus decisiones comienzan a afectar no ya a los ciudadanos como tales, sino, en forma destacada a los poderes públicos y a quienes ostentan posiciones de autoridad, ha venido a subrayar la trascendencia de esa cuestión. Ciertamente, la legitimación democrática aparece hoy como la legitimación fundamental de los poderes del Estado, incluyendo al poder judicial.

Esa legitimación resulta de expresas afirmaciones constitucionales, que proclaman que la soberanía nacional reside en el pueblo. En Colombia, el artículo 3 de su Constitución Política; en Venezuela, el artículo 3 de su vigente Constitución; y en Ecuador, el primer aparte del artículo 1 de su Constitución Política. No en balde, cuando las altas Cortes y tribunales de esos países sentencian, lo hacen con la invocación de esa legitimidad, usando expresiones como “administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política” (Colombia); “administrando justicia, en nombre de la República, por autoridad de la ley” (Venezuela); y “administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador” (Ecuador).

La justificación clásica del poder del juez, supone identificar la legitimidad del juez con la legitimidad de la misma ley, y es aplicable, por tanto, a la justificación del juez en cualquier régimen. En el régimen democrático, pues, la legitimación del juez la ubicamos en el hecho que aplica la ley democrática. Siguiendo la denominación de López (1997), se trata de una legitimación de “ejercicio”, diferente de la de “origen” propia del poder legislativo y ejecutivo, que en nuestros países de examen, son electos directamente por el pueblo.

Como enseña López (1997), el juez democrático en el sentido clásico, será entonces el juez que aplica la ley democrática, y como consecuencia de ello derivamos las condiciones insoslayables para considerarlo como tal:

1) La independencia del juez, que supone su sometimiento exclusivo a la ley, y no a cualquier otra voluntad, incluida la suya propia, en forma de preferencias personales.

2) La necesidad de motivación de sus sentencias, porque siendo una legitimidad de ejercicio, manifestada en la aplicación de la ley, su actividad debe en todo caso mostrarse como fundada en ésta, y no en su

simple voluntad del juez. Es el nexo lógico entre voluntad popular (ley) y decisión del juez (Sentencia), nexo que hace patente el ejercicio democrático del poder judicial.

3) La irresponsabilidad política del juez, porque en un sistema democrático, el criterio último de evaluación de la actuación de los poderes públicos es su adecuación a la voluntad popular, lo que supone que están sometidos, no sólo a juicios de legalidad, sino a juicios de oportunidad, que pueden desembocar en la exigencia de responsabilidad política, esto es, en la remoción del cargo de los titulares de esos poderes. Responsabilidad política exigible en nuestros países mediante elecciones periódicas y mediante mecanismos como el referendun revocatorio o los juicios políticos de destitución. Y es que esos poderes adoptan decisiones propias, a ellos imputables, y por tanto originadoras eventualmente de responsabilidad, si la voluntad popular las evalúa negativamente. En cambio, esto no es postulable de la acción de los jueces, según el modelo clásico, porque su acción no es libre, sino estrictamente vinculada. Cuando el juez aplique la ley, la responsabilidad política por los efectos de ésta deben imputarse a su creador, esto es, al legislativo o al ejecutivo, según sea el caso. Otros tipos de responsabilidad (penal, civil y disciplinaria) sí serán exigibles, tomando la ley como punto de referencia; pero no cabrá una evaluación política de la conducta del juez en su función jurisdiccional, por ser aplicación de los mandatos de la ley.

4) Ausencia de control difuso de constitucionalidad de las leyes, porque su sujeción a la Ley, como expresión de su legitimación democrática, implica que éste no puede inaplicar una norma legal aun si la estima contraria a la Constitución, porque supondría apartarse de la voluntad popular creadora de la ley, sustituyéndola por su particular percepción –distinta de la del legislador– sobre su adecuación a los mandatos constitucionales.

Pero, esa no es la situación actual de nuestros jueces, en general, y de nuestras cortes constitucionales, en particular, en los países objeto de nuestro examen hoy; y, básicamente, en la gran mayoría de las democracias occidentales, que desde mediados del siglo XX han venido abrazando, como se expresó antes, el modelo de constitución rígida cuya prevalencia se confía, bien en forma difusa o en forma concentrada, a los órganos del poder judicial.

Y, si el poder judicial posee la capacidad de crear, vuelve a surgir el cuestionamiento de la legitimación de ese poder judicial, al ser insuficiente una consideración meramente legalista del mismo, ya que se lo caracteriza como poder en la medida en que excede la propia ley.

Pero es el caso que, cuando nuestras constituciones preceptúan su aplicación prevalente cuando colisionan con normas legales e, imponen a todos los jueces (en el sistema de control difuso) o al Tribunal o Corte Constitucional (en el sistema de control concentrado) la desaplicación de las normas legales contrarias a la Constitución, coloca a los órganos del poder judicial en aparente contradicción con su legitimidad de “ejercicio”, anteriormente explicada, que es la legitimidad “democrática” de deriva de haber sido producida esa norma por el órgano legislativo electo popularmente.

Mucho más acentuada parece esa contradicción, cuando –además– se impone a los órganos de elección popular una vinculación no sólo negativa con la Constitución, sino un vinculación positiva, como se explico anteriormente, que coloca al juez constitucional en posición no sólo de desaplicar las normas emanadas de los agentes públicos de elección popular (legislador negativo), sino de ordenar y ejecutar, según sea el caso, conductas en forma particular y general, que innovan en el ordenamiento jurídico (legislador positivo), invadiendo, sin legitimidad democrática aparente para ello, la esfera de competencias propias de los órganos electos democráticamente.

7. Legitimidad del juez según el neo constitucionalismo

Afirma Ferrajoli (2011) que, aunque el consenso es la principal fuente de legitimidad democrática de las funciones políticas del gobierno, no lo es de todas las demás funciones públicas. Ningún consenso mayoritario, ni siquiera la unanimidad, puede legitimar en la democracia constitucional, decisiones contrarias a la Constitución. El ejercicio de los poderes políticos del gobierno encuentra límites y vínculos establecidos por los derechos fundamentales.

El fundamento axiológico de los derechos fundamentales, no reside en el consenso mayoritario, porque no son compartidos políticamente por todos, sino que se estipulan jurídicamente en garantía de todos, incluso contra las mayorías contingentes. Su legitimidad, pues, es pre política, y reside en el principio de igualdad, como cláusula del pacto social de convivencia. Cuando se habla de la universalidad de tales derechos, se refiere a la universalidad de sus titulares, al contrario de lo que sucede con los derechos patrimoniales.

Por lo que, si bien es cierto que el consenso mayoritario es la fuente de legitimidad democrática de las funciones políticas de gobierno, solo lo es dentro de los límites y con los vínculos establecidos por las Constituciones.

A la esfera discrecional de lo decidible, pertenecen las funciones de gobierno (legislativas, gubernativas y auxiliares de tipo administrativo). Pero, la función judicial, se instituye para actuar y defender la esfera de lo indecidible (funciones de garantía): sus criterios de valoración y sus fuentes de legitimidad son la corrección y el fundamento de sus decisiones como presupuestos legales de su ejercicio.

Los fundamentos de legitimidad de la función de garantía son, pues, distintos a la representación y el consenso sobre las que se basa la legitimidad democrática de las funciones políticas de gobierno. Son dos, según Ferrajoli, los fundamentos específicos y distintos que diferencian las dos funciones (de gobierno y jurisdiccional): a) la naturaleza tendencialmente cognitiva de los presupuestos de la jurisdicción; y, b) la garantía de los derechos de los ciudadanos, especialmente sus derechos fundamentales, que le asignan el papel de contra-poder desarrollado por el Poder Judicial respecto a los poderes políticos de la mayoría.

La naturaleza cognitiva de la jurisdicción, sirve para garantizar el derecho fundamental a la inmunidad de la persona frente a decisiones arbitrarias. Y, así, se vincula con la voluntad popular, porque es aplicación de esa voluntad política que se ha manifestado ya sea en las leyes, ya sea en las normas constitucionales en materia de derechos fundamentales.

El segundo fundamento de la independencia de las funciones e instituciones de garantía de los derechos fundamentales, es precisamente porque son derechos “universales”, virtualmente contra las mayorías y los poderes de mayoría, por lo que las funciones e instituciones de su defensa deben ser, virtualmente, contra-mayoritarias.

Concluimos, entonces, como afirma Arocena (2017), que el Poder Judicial, en tanto una de las agencias que ejerce una función esencial del Estado, no tiene como fuente de legitimación el “principio democrático”, conforme el cual la “res pública” se organiza en virtud de la decisión de la mayoría. Por el contrario, el rol de los jueces se legitima en función de su intervención como garantes de la estabilidad del sistema político y del ordenamiento jurídico, a partir de su firme e incondicionada sujeción a las

normas fundamentales del sistema, o sea, a aquellas disposiciones de raigambre constitucional que, por serlo, se erigen en enunciados insoslayables de referencia para la validez de las restantes prescripciones jurídicas. Desde este punto de vista, la legitimación de la función de los jueces puede hallarse, así, en su “autonomía” respecto, no sólo de las posibles influencias de los restantes poderes o agencias del Estado (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo), sino también de cualquier otra fuente o grupo de presión.

8. Inexistencia de contradicción entre derechos fundamentales y principio democrático

Hemos venido planteando como hipótesis de nuestra disertación, la aparente contradicción que se suscita en el régimen constitucional democrático entre los jueces encargados de garantizar la supremacía de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, cuya legitimación no deriva directamente del consenso mayoritario; por una parte, y por la otra, la acción de los agentes del poder público de elección popular, de indudable origen democrático.

Contra ponemos las expresiones Estado democrático y Estado constitucional, o, las expresiones principio democrático y derechos fundamentales. La constitución escrita, y, en ella, el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales serían pues límites o excepciones al principio democrático de predominio de la voluntad popular. Esta no podrá traspasar los límites constitucionales, y particularmente los referentes a los derechos fundamentales. Principio democrático y principio constitucional aparecerían como polos separados y en ocasiones opuestos.

¿Bajo qué fundamento democrático puede sostenerse que los jueces puedan anular e incluso sustituir la acción política de los órganos de elección popular, gobierno y legislador?

Esta contraposición presenta el grave peligro de reducir a un segundo lugar el principio de legitimación democrática, que debería ceder frente a la preeminencia de otros principios y valores (esencialmente encarnados en los derechos fundamentales) radicalmente ya desvinculados de la legitimidad democrática. Se volvería así a una legitimación iusnaturalista del poder, basada en unos valores permanentes e independientes de la voluntad de la comunidad, inafectables por el capricho de la mayoría.

Ahora bien, ello sólo es posible si se reduce la legitimación democrática a la aplicación mecánica e inmediata de la voluntad mayoritaria (expresada por el pueblo o sus representantes) en cualquier momento, y sobre cualquier asunto, pertenezca a la esfera legislativa, ejecutiva o judicial. Pero una concepción de este tipo supondría un reduccionismo inaceptable o, aún más, una falsificación del principio democrático. Este no puede identificarse con la mecánica asamblearia como forma de gobierno omni-comprehensiva; la fórmula democrática lleva ínsita, como elemento inseparable de su esencia, la vigencia de un marco de garantías y controles, que no necesitan de ninguna justificación extrademocrática.

La garantía de la autenticidad de la voluntad popular, origen único de la legitimidad democrática, exige que la expresión de esa voluntad se lleve a cabo en condiciones de libertad e igualdad que sólo pueden conseguirse mediante la vigencia de unos derechos fundamentales (y su forzoso correlato, la división del poder) y que tal expresión se realice mediante procedimientos que excluyan su falseamiento o supresión. Para que la democracia o el poder del pueblo sea una característica duradera del poder político en vez de una convulsión momentánea y quizá revolucionaria, debe requerir la observancia del orden constitucional y la consolidación de un Estado de Derecho. La vigencia de la Constitución y de los derechos fundamentales en ella reconocidos se justifica así, no frente a la voluntad popular, sino por el contrario, como parte integrante y necesaria del proceso de formación de ésta.

Como consecuencia, no cabe oponer la defensa de la Constitución a la defensa del principio democrático; o, en otras palabras, si la Constitución se justifica en definitiva en cuanto garante del orden democrático, cuando resulte atacada o vulnerada será el mismo orden democrático el que será puesto en peligro.

Importante es, además, advertir que la noción *legitimidad democrática*, no deriva de una fórmula única para llevar a cabo a todos los poderes del Estado, la traslación de esa legitimación; ello dependerá de su peculiar naturaleza y funciones. En otras palabras, el principio democrático, justificador en última instancia de todos los poderes, se proyectará en formas distintas en cada uno de ellos, de manera compatible con las tareas que tengan encomendadas. La relación entre la voluntad popular y la forma de integración y actuación de los poderes públicos puede ser muy diversa.

En los Colombia, Venezuela y Ecuador, cuando se refiere al poder legislativo (Congreso bicameral, Asamblea Nacional y Congreso Nacional, respectivamente) y al poder ejecutivo (Presidente), la vía de manifestación de la legitimidad democrática es la elección de sus miembros, mediante sufragio universal, libre, directo y secreto. En estos casos, la conexión entre voluntad popular y poder del Estado se lleva a cabo mediante sistemas de integración (selección de miembros) del órgano basados en la elección popular periódica. Es también claro que en estos casos, “legitimidad democrática” se hace coincidir con “principio mayoritario”, con la matización de que ese principio se hace valer de acuerdo con reglas preestablecidas. La legitimación democrática del legislativo y el ejecutivo deriva pues del origen de sus miembros.

Otra cosa, desde luego, ocurre respecto de otros poderes del Estado, en los que no se produce una conexión entre voluntad popular y actuación del órgano de que se trate basada en la elección, directa o indirecta, de sus titulares.

Por ejemplo, en Ecuador, el Tribunal Supremo Electoral, el Contralor General del Estado, la Procuraduría General del Estado, el Ministro Fiscal General del Estado, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y las Superintendencias, entre otros, además de La Corte Suprema de Justicia, Las cortes, tribunales y juzgados y El Consejo Nacional de la Judicatura, no son de elección popular y tienen diferentes formas de designación, donde participan o no, total o parcialmente, el Congreso Nacional y el Presidente de la República, además de otros entes de la sociedad.

Lo mismo sucede en Venezuela, donde órganos como el Fiscal General de la República, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, el Consejo Nacional Electoral, además del Tribunal Supremo de Justicia y demás órganos del poder judicial, tampoco son elegidos directamente por el pueblo, sino a través de diferentes formas de designación, donde participan o no, según sea el caso, la Asamblea Nacional u otros entes de la sociedad.

Y, finalmente, en Colombia, donde de los máximos órganos de la rama judicial, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, son designados por la propia corporación de listas enviadas por el Consejo de la Judicatura (art. 231 Constitución Política), y la Corte Constitucional, es elegida por el Senado de la República, de ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (art. 239 Constitución Política). Los jueces ordinarios, administrativos y de jurisdicción especial, tampoco son de elección popular. Y los demás órganos del poder público, Fiscal General de la Nación, Consejo Nacional Electoral, Consejo Superior de la Judicatura, Contralor General de la República, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, entre otros, tienen diferentes formas

de designación, donde participan o no, según sea el caso, el Congreso de la República u otros entes del Estado y de la sociedad.

Reflexiones finales

El principio democrático debe traducirse en el predominio de la voluntad popular expresada mediante los procedimientos y con las garantías previstas en la Constitución y que persiguen asegurar su autenticidad. La actuación de los poderes del Estado debe pues (mediante tales procedimientos y garantías) reconducirse a la voluntad popular; y, consecuentemente (si se han observado los procedimientos constitucionales), esa actuación tendrá, prima facie, la legitimidad que le da la primacía de aquella voluntad.

La noción *legitimidad democrática*, no deriva de una fórmula única para llevar a cabo a todos los poderes del Estado la traslación de esa legitimación; ello dependerá de su peculiar naturaleza y funciones. En otras palabras, el principio democrático, justificador en última instancia de todos los poderes, se proyectará en formas distintas en cada uno de ellos, de manera compatible con las tareas que tengan encomendadas.

Referencias

- Arocena, G. (2017). Pensamientos sobre la legitimación de la función de los jueces, desde la mirada de un jurista penal. *Revista Misión Jurídica*, Vol.10, Núm.13/Julio–Diciembre de 2017. pp. 173–187, <https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2020/09/7-Pensamientos-sobre-la-legitimacion.pdf>
- Bickel, A. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven, Yale University Press.
- Constitución Política de Colombia. Presidencia de la República. Secretaría Jurídica.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, N° 36.860. Ediciones Dabosan, C.A.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. London, Duckworth.
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione*. Roma–Bari: Laterza. (Trad. Cast. Derecho y razón. Madrid: Trotta, 1995).
- Ferrajoli, L. (2011). Las Fuentes de Legitimidad de la Jurisdicción. <https://todosobrelacorte.files.wordpress.com/2011/09/ferrajoli-legitimidad-de-la-jurisdiccion.pdf>
- Lopez, G. L. (1997). La Legitimidad Democrática del Juez. *Cuadernos de Derecho Público*, No. 1 (mayo–agosto 1997). <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/454>.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. México: Universidad Autónoma de México.

