
DOCTRINA

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Mark Van Hoecke ¹⁻²

RESUMEN: *En este trabajo se argumenta, a partir de una revisión del caso europeo, que definir los límites mínimos de la democracia y el alcance de los derechos humanos es un proceso continuo, con decisiones provisionales por parte de los legisladores nacionales y europeos y de los Tribunales Constitucionales, las cuales, junto con los debates doctrinales y políticos, contribuyen a la formación de una cultura constitucional común, en un contexto de comunicación democrática deliberativa.*

PALABRAS CLAVE: *Comunicación deliberativa - Democracia - Derecho europeo - Derechos humanos - Tribunal Constitucional - Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

TABLA DE CONTENIDOS: *1. Introducción. 2. Antecedentes ideológicos. 3. Legitimación de la revisión constitucional. 4. Legitimación a través de la comunicación deliberativa. 5. La comunidad de la interpretación constitucional.*

¹ **MARK VAN HOECKE.** PhD de la Universidad de Gante. Profesor de Derecho Comparado y de Teoría del Derecho de la Universidad de Gante. Director de la Escuela Doctoral en Artes, Humanidades y Derecho de la Universidad de Gante. Co-director de la Academia Europea de Teoría del Derecho.

² El presente artículo fue traducido por Arturo Felipe Onfray Vivanco, Abogado Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado y Profesor de Derecho Procesal de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

ABSTRACT: *The author argues, from an analysis of the European case, that defining the minimum limits of democracy and the scope of human rights is a continuous process, including decisions on the part of national and European legislators and of Constitutional Courts. These decisions, along with the theoretical and political debates, contribute, to the establishment of a common constitutional culture, in a context of a democratic deliberative communication.*

KEYWORDS: *Deliberative communication - Democracy - European Law - Human rights - Constitutional Court - European Court of Human rights.*

TABLE OF CONTENTS: *1. Introduction. 2. Ideological antecedents. 3. Legitimation of the constitutional revision. 4. Legitimation through the deliberative communication. 5. The community of the constitutional interpretation.*

1. Introducción

La historia política europea del siglo XX ha desafiado considerablemente nuestras concepciones de la democracia. La protección de las minorías y de los derechos fundamentales ha cuestionado la regla de la mayoría. La compleja estructura legal de Europa y de sus Estados miembros, con un creciente rol protagónico de los tribunales, ha desafiado el modelo tradicional, monopólico y centralizado, del Estado-Nación. Si bien todavía dependemos, casi exclusivamente, de las teorías que subyacen en la Revolución Francesa, los hechos ya no se ajustan a ellas. Algunos lo lamentan y quisieran adaptar la actual realidad a las anticuadas teorías. Critican lo que llaman el ‘déficit democrático’ de la Unión Europea y parecen apuntar a la construcción de una Europa según el modelo del Estado-Nación del siglo XIX, o a eliminar o, al menos, limitar considerablemente la Unión Europea en favor del antiguo patrón. Otros tienen un enfoque más creativo y realista y tratan de desarrollar teorías que permitan y estructuren un enfoque más plural y menos jerárquico de la realidad jurídica y política. Conceptos que originalmente se desarrollaron para la legitimación de los monarcas absolutos (e.g. ‘soberanía’) o como una reacción contra el poder de

ellos (e.g. ‘voluntad del pueblo’) son parcialmente reinterpretados (e.g. ‘pluralismo constitucional’ o ‘última soberanía’³) y reemplazados por nuevas nociones, tales como ‘democracia deliberativa’.

En este trabajo se argumenta que definir los límites mínimos de la democracia y el alcance de los derechos humanos es un proceso continuo, con decisiones provisionales por parte de los legisladores nacionales y europeos y de los Tribunales Constitucionales. Estas decisiones, junto con los debates doctrinales y políticos, contribuyen a la formación de una cultura constitucional común, en la cual la aceptación de las decisiones de los Tribunales Constitucionales por la comunidad interpretativa constituye la base de su legitimación.

2. Antecedentes ideológicos

Según la teoría tradicional, en los últimos dos siglos, los tribunales han estado en una posición muy débil en relación con el poder político en lo que se refiere a la competencia para la creación de la ley.

El miedo a un *gouvernement des juges* llevó a las autoridades, en Francia y en muchos otros países, tras la Revolución Francesa, a poner a los jueces en una posición estrictamente subordinada al legislador. Durante ese tiempo, por supuesto, habría sido impensable crear un Tribunal Constitucional con el poder de evaluar la constitucionalidad de la legislación, por no hablar de anular las leyes.

La relación entre los tribunales y los legisladores, al menos durante el último siglo, ha sido vista, por lo general, en el contexto de su legitimación democrática. Según sostiene la teoría clásica, al ser los legisladores elegidos democráticamente y los jueces no, corresponde a los primeros y no a los segundos determinar el contenido de la ley. Los jueces deben solamente aplicar las normas democráticamente establecidas y no, en cambio, abolirlas. Esta fuerte posición ha sobrestimado la posibilidad de organizar la sociedad enteramente a través de las normas generales y

³ Para mayores detalles sobre la ‘soberanía’, ver: Dieter Grimm, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs* (Berlin: Berlin University Press, 2009).

subestimado la necesidad de una división del trabajo entre el legislador y los jueces, en la creación de la ley.

A su vez, este punto de vista ofrece un enfoque muy formal para el concepto de *democracia*. La protección de los derechos humanos se ha convertido en una parte esencial de la concepción actual de la *democracia*. Esto implica un posible conflicto entre, por una parte, una decisión judicial democrática *substancialmente*, a favor de la protección de los derechos fundamentales del ciudadano, la que no aparece, sin embargo, legitimada democráticamente desde un punto de vista *formal* y, por otra parte, una norma legal que es *formalmente* legítima pero que no cumple con las normas democráticas *sustantivas* en materia de derechos humanos.

De hecho, en la mayoría de los países, los Tribunales Constitucionales han sido introducidos con el fin de verificar si la legislación se ajusta, en cuanto a su contenido, a los derechos fundamentales del ciudadano, establecidos por la Constitución. Se trata de un nuevo paso a favor de una plena aplicación de la *rule of law*. Si todo el mundo y todas las instituciones están limitadas por, al menos, algunas reglas legales, debe existir un organismo oficial encargado de controlar si se acatan o no estas normas. Si no lo hacen, debería ser posible imponer algún tipo de sanción, con el fin de hacer cumplir la ley. En el caso de la revisión de un Tribunal Constitucional esta sanción consiste en la anulación de la ley supuestamente inconstitucional.

La revisión constitucional está siguiendo la tradición del Derecho Natural. De hecho, el énfasis en los derechos humanos importa la idea de los derechos innatos de la Ley Natural, los cuales escapan del control de los legisladores y de otras autoridades públicas: Los derechos humanos existen al margen de cualquiera decisión legislativa y deben estar protegidos de las actuaciones de las autoridades públicas en su contra. Los derechos fundamentales se consideran absoluta y universalmente válidos pero, al contrario de la Ley Natural, ellos permiten una diversidad de interpretaciones según las tradiciones locales. Esto ocurre en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los Tribunales Constitucionales, los cuales se han convertido en

el dispositivo de vigilancia para proteger al ciudadano y, en especial, a los grupos minoritarios contra los abusos de poder de las mayorías políticas. Los Tribunales Constitucionales son una especie de ‘Corte de Derecho Natural’. El argumento contramayoritario, el cual niega legitimación democrática a tales tribunales, falla debido a que la tarea de los Tribunales Constitucionales es precisamente corregir los abusos o errores de las mayorías políticas.

3. Legitimación de la revisión constitucional

En la discusión sobre la legitimación democrática de la revisión constitucional, varios argumentos se podrían dar en su favor.

En primer lugar, se podría señalar que si los jueces constitucionales no son elegidos directamente por el ciudadano, al menos son nombrados por un órgano electo, generalmente el Parlamento.

En segundo lugar, el poder de los jueces, ya sea en un Tribunal Constitucional o en otros tribunales, es normalmente mucho más limitado que el poder de los legisladores o de los gobiernos.

En términos generales, si bien los jueces constitucionales revisan la legislación inconstitucional no crean regla alguna. Ellos simplemente dejan sin efecto un estatuto, aun cuando, en algunos casos, pueden actuar como un ‘legislador positivo’ (al realizar anulaciones moduladas o al completar lagunas legislativas⁴, por ejemplo). En la mayoría de los casos, sin embargo, las reglas previas cobrarán vida por lo que, indirectamente, los jueces parecen crear reglas ‘nuevas’. Sin embargo, en términos generales, estas viejas reglas se han decidido y promulgado por un Parlamento elegido democráticamente y no por los jueces. Si esto no excluye el problema de la legitimación democrática formal, por lo menos reduce su importancia sustancialmente en comparación con la cuestión de la legitimación democrática formal del legislador. Al determinar el

⁴ Ver, por ejemplo: Allan Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law* (New York: Cambridge University Press, 2011); y Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur cadre positif* (Bruselas: Bruylant / París: LGDJ, 2006).

alcance de los derechos humanos, los Tribunales Constitucionales y, en particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, actúan al modo de reglas de redacción como si fueran los legisladores. Sin embargo, aquí nos enfrentamos a la tarea principal de dichos tribunales, cual es la de proteger a los grupos individuales o a las minorías contra los poderes públicos, incluyendo a los legisladores.

En cuanto a la discusión de los jueces de no haber sido elegidos, al contrario de los parlamentarios, podría argumentarse que una elección directa ofrece menos garantías para los mejores jueces de ser elegidos. De hecho, las cualidades que se necesitan para ser un buen juez son bastante diferentes de las que se requieren para ser popular y, por lo tanto, elegido por el pueblo. El modo en que funcionan las elecciones directas de los jueces en la práctica de algunos países, como Estados Unidos, ofrece un claro ejemplo de esto. Si los jueces casi nunca son elegidos mediante un sistema de elecciones directas, pero sí nombrados por el Gobierno o por el Parlamento, o por algún otro órgano independiente, es porque debe haber buenas razones para ello. Estas deben encontrarse en la evaluación de las ventajas y desventajas de un sistema de elecciones, el que ofrece una mejor legitimación democrática formal para las decisiones judiciales pero menos garantías para su calidad sustantiva, en comparación con un sistema de elección que ofrece un más débil ‘pedigrí democrático’ pero más garantías de calidad de los jueces.

Todo esto demuestra cómo la legitimación democrática formal no es sino un elemento en la discusión. No es el único y, más aún, no es el principal. Sería erróneo limitar el problema de la legitimación de la revisión constitucional de la legislación a este elemento formal.

Pero hay más. Todo el problema de la legitimación democrática no puede limitarse a un pesar y equilibrar la legitimación formal y la sustantiva. Debemos preguntarnos si el problema no se formula de manera incompleta cuando así se plantea. Sale desde un enfoque lineal, vertical y jerárquico, como una deducción Kelseniana de una norma básica: Si el ‘pedigrí democrático’ nos lleva a un consenso por el ciudadano entonces la decisión judicial se considera, formalmente, legitimada democráticamente; se razona que si nos devuelve a los derechos

fundamentales, aprobados previamente por un legislador constitucional, la decisión judicial se considera legitimada democráticamente sobre la base de su contenido.

En ambos casos, alguna preexistente ‘voluntad’ del ‘pueblo’ o ‘voluntad’ del ‘legislador constitucional’ es presumida, la que debe legitimar la decisión judicial de hoy.

Sin embargo, me gustaría argumentar que la legitimación de las decisiones judiciales debe verse en una perspectiva *circular* y *comunicativa* en lugar de una perspectiva lineal y jerárquica.

Para esto, uno debe aceptar que la discusión general sobre la legitimación de las decisiones judiciales es diferente de la discusión sobre la aceptabilidad de una sola sentencia. Limitar el análisis a este enfoque atomístico, conduce, casi inevitablemente, a una visión lineal en el sentido Kelseniano. Al ver el problema desde un punto de vista sistémico, global, otras funciones y elementos, que contribuyen a legitimar las decisiones judiciales, salen a la luz. Es solamente dentro de este enfoque que la perspectiva circular se hace visible.

La perspectiva lineal, *vertical y jerárquica*, está basada en la reacción histórica contra reyes y jueces que fue legitimada desde un punto de vista democrático. Así, aun cuando solamente un escaso porcentaje de la población, en las democracias del siglo XIX, tenía derecho a votar, la legislación promulgada por sus parlamentos estaba claramente mejor legitimada que la legislación emitida por los reyes anteriores, al menos desde un punto de vista formal.

En la segunda mitad de siglo XX hemos tomado conciencia de los límites de un enfoque puramente formal de la democracia. De hecho, dicho enfoque permite una represión ‘democrática’ así como la discriminación e incluso la eliminación física de todo tipo de minorías. Consecuentemente, los derechos fundamentales se comenzaron a tomar más en serio, por ejemplo en Europa, con la redacción y firma de un Tratado de Derechos Humanos, que estableció un tribunal internacional, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Por primera vez en la historia

se permitió a una Corte Internacional condenar a un Estado y su legislación sobre la base de una violación de los derechos humanos contra sus propios ciudadanos. En la misma línea de pensamiento, en el nivel nacional, se establecieron Tribunales Constitucionales, dotados con el poder de anular la legislación parlamentaria cuando, según los jueces constitucionales, ella violaba los principios establecidos en la Constitución.

Por esto, la relación vertical entre tribunales y legisladores evolucionó hacia una *relación circular*. En lugar de una supremacía absoluta de los legisladores (electos democráticamente) sobre los jueces (no electos democráticamente), nos enfrentamos ahora a una relación circular entre legisladores y jueces. El poder de un Tribunal Constitucional está determinado por el legislador (constitucional). El legislador también, en la mayoría de los casos, designa a los jueces constitucionales. Pero el Tribunal Constitucional tiene la última palabra en cuanto a la interpretación de la Constitución y al alcance de la legislación sometida a su juicio.

Esta relación circular se puede encontrar asimismo dentro de la Unión Europea, entre los Estados miembros y la Unión: ninguno de ellos tiene una posición de *soberanía*: los Estados miembros solamente han dado parte de su poder legislativo y judicial a la Unión (lo que inevitablemente seguirá siendo así, al menos por un período bastante largo, debido al *principio de subsidiariedad* introducido en 1992 por el Tratado de *Maastricht*). Siguen siendo ‘soberanos’ en muchas áreas, pero se subordinan al nivel europeo en un número creciente de campos. Por otra parte, las decisiones claves a nivel europeo son tomadas por los ministros de los gobiernos *nacionales*.

En Europa tribunales como el *Tribunal Europeo de Justicia* (dentro de la Unión Europea) o el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (en el ámbito del Consejo Europeo y cubriendo, con muy pocas excepciones, todo el continente), han evolucionado hacia Tribunales Constitucionales fuertes, los cuales han establecido, mediante la interpretación de los tratados europeos respectivos, nuevas reglas generales con un alcance mucho más amplio y, a veces, en contextos diferentes, en comparación con lo que las partes en esos tratados originalmente tenían en mente.

Debido a la estructura de múltiples niveles (nacionales y europeos) en la Unión Europea, la relación circular se vuelve aún más compleja cuando los *jueces europeos* están controlando a los *legisladores nacionales*. Los jueces europeos, de hecho, están delimitando las fronteras dentro de las cuales pueden operar los legisladores nacionales (y los Tribunales Constitucionales).

Una relación circular puede encontrarse también a nivel de las relaciones entre los órganos jurisdiccionales dentro de la estructura de los tribunales nacionales. En cada sistema jurídico existe una estructura jerárquica de los tribunales, en la que los tribunales inferiores están subordinados a los tribunales superiores: de manera fuerte en sistemas de precedentes vinculantes, de manera débil en los otros. Sin embargo, los tribunales superiores, a veces, cambian su posición basándose en el hecho de que una decisión anterior no fue aceptada ni seguida por los tribunales inferiores o que fue rechazada masivamente por la doctrina jurídica⁵. La autoridad formal así, a veces, es revocada por los argumentos, esto es, por una autoridad sustantiva.

Estas relaciones circulares no son solamente una falla o una debilidad del sistema jurídico actual, resultado de una degeneración de los sistemas jurídicos desde el punto de vista de la fuerza democrática (formal). Al contrario, estamos ante una de las maneras en que una nueva concepción de la legitimación democrática de la creación de la ley se está desarrollando, incluso en el plano del Derecho Internacional.

El punto de partida esencial aquí es que la ley no es algo que se hace (totalmente) en algún momento y luego es simplemente ‘aplicada’ por los funcionarios, los ciudadanos y los jueces para casos concretos. La ley se está realizando constantemente, adaptando y desarrollando en la práctica legal y, principalmente, por los jueces. Si un tribunal adapta, o incluso cambia, el contenido de una norma legislativa, no está

⁵ Por ejemplo, en el caso de Bélgica, ha pasado más de una vez que la Corte Suprema (*Hof van Cassatie/Cour de cassation*) reconsidera su jurisprudencia, sobre la base de una denegación de tribunales inferiores para seguir una decisión anterior de la Corte Suprema. El *Hof van Cassatie*, entonces, se hará cargo de la interpretación, por unanimidad, con el fin de restablecer la ‘paz jurídica’.

usurpando su rol sino, en la mayoría de los casos, asumiendo sus tareas y deberes. Los legisladores no pueden prever todo, ni tampoco puede adaptarse constantemente cada estatuto a las nuevas circunstancias. Es precisamente la tarea y el deber de los jueces llenar la brecha que, inevitablemente, deja cada legislador.

La pregunta, entonces, es: ¿Cómo podemos legitimar estas decisiones judiciales si no existe, al menos formalmente, una fuente de legitimación para un papel tan activo de los tribunales? La respuesta es: a través de la *comunicación deliberativa*.

4. Legitimación a través de la comunicación deliberativa

Al igual que el *Derecho* se hace constantemente en y a través de la práctica jurídica, la *legitimación* también es constantemente alcanzada mediante la comunicación deliberativa.

En un juicio, las partes intercambian argumentos y pruebas. Probablemente ellas no intentan convencerse unas a otras pero sí, sin duda, tratan de convencer a los jueces. En algunos casos, los jueces harán preguntas y requerirán más información de una o más partes. A través de este proceso de comunicación, entre las partes y el juez, nace una ‘verdad judicial’. Si el tribunal ofrece razones convincentes para su decisión, bien puede lograr que ambas partes la acepten. Se trata de un primer ‘*círculo comunicativo*’, el cual involucra al juez y a las partes en el juicio.

Si la decisión del tribunal no logra convencer a ambas partes y si una de ellas lleva el caso a un tribunal superior, se amplía el proceso de comunicación: el tribunal superior no solamente tendrá en cuenta los argumentos y pruebas ofrecidos por las partes sino que también la anterior decisión del tribunal inferior. Se trata de un segundo ‘*círculo comunicativo*’, que implica más de un tribunal en el mismo juicio.

De todos modos, fuera del contexto de una apelación, las decisiones judiciales se localizan en una estructura más amplia de decisiones anteriores en casos similares. Como regla general, siguen esos precedentes. Si no lo hacen, tendrán que dar razones para ello, las cuales,

a su vez, probablemente, se discutirán por la doctrina y luego serán seguidas o revocadas por futuras decisiones judiciales.

Cuando el caso se considera suficientemente interesante para ser publicado, que es la regla con las decisiones de un Tribunal Constitucional, los juristas formularán sus comentarios, criticando o apoyando la decisión, colocándola en un contexto más amplio en el cual aparezca su valor o su debilidad, etc. Esos comentarios pueden, a su vez, influir en futuras decisiones del mismo tribunal o de otros órganos jurisdiccionales. Se trata de un tercer '*círculo comunicativo*', el cual involucra a la comunidad de intérpretes profesionales.

Algunos casos pueden atraer el interés de los medios de comunicación y discutirse, asimismo, con una audiencia no jurídica. Con las decisiones de un Tribunal Constitucional, esta será la regla más que la excepción. Este es el cuarto '*círculo comunicativo*', el cual involucra un foro público.

Por último, aun cuando raramente para las causas ordinarias y no así para los casos del Tribunal Constitucional, un asunto puede debatirse en la sociedad en general si trata de cuestiones éticas o políticas fundamentales (por ejemplo, el aborto, la eutanasia, la inmigración, el racismo, etc.). En estos temas tenemos una gran participación del ciudadano en la determinación del contenido de la ley. Este es el quinto y más grande '*círculo comunicativo*', el cual involucra a toda la esfera pública de una sociedad.

Estos tipos de casos y de procesos de comunicación crean diferentes, y siempre más amplios, círculos de política deliberativa. Ofrecen diversas formas y grados de un '*foro público*'. Entre más técnica y acotada sea la materia, más limitado será el círculo deliberativo, ya que hay solamente un pequeño interés de la comunidad en general. Entre más ética y política sea la cuestión mayor será el interés general, por lo que será apropiado discutir dentro de un público más amplio. Lo mismo ocurre con cuestiones más bien técnicas que son de importancia general ya que la decisión, como un precedente, puede afectar a muchos otros. Aquí, también, un debate más amplio es deseable.

La legitimación democrática de la revisión constitucional y del activismo judicial, en general, es ofrecida por los procesos deliberativos. Es a través de la función del *foro público* que el control público, la crítica y el debate son posibles. Este ‘foro público’ también puede ser encontrado en los Parlamentos⁶. Es al menos tan importante como la función de hacer las leyes sobre la base de la representación democrática. Podríamos preguntarnos cuál sería la peor situación: (1) una sociedad abierta con pleno acceso a cualquier tipo de información y una amplia gama de oportunidades para la discusión política, también respecto al Parlamento, aunque éste pueda no haber sido elegido democráticamente, sino, por ejemplo, constituido en base hereditaria; o (2) un Parlamento elegido democráticamente que trabaja en secreto, con ninguna información al público (excepto el resultado de la labor parlamentaria, en particular la legislación como tal) y sin ningún tipo de debate público.

Si tuviéramos que elegir entre estas dos alternativas, es obvio que estaríamos mejor con la primera de ellas. La razón es que tal debate público *fuera* del Parlamento es una condición necesaria para posibilitar elecciones democráticas. Si tal recurso al debate no es posible, las elecciones no pueden ser significativas. Por otro lado, es muy probable que el debate público en la sociedad, con un Parlamento no elegido democráticamente, conducirá eventualmente a elecciones democráticas.

Este ejemplo muestra cómo el debate público es una condición necesaria para la democracia y, por ende, para la legitimación democrática.

Todo esto no es solamente una cuestión de, en forma defensiva, intentar legitimar un Poder Judicial que sufriría, de todos modos, de algún ‘déficit democrático’. La manera como la práctica legal opera, como una comunidad delibera permanentemente, permitiendo que nuevos conceptos jurídicos, nuevas reglas, nuevos principios, nuevas interpretaciones y nuevas teorías sean propuestas, discutidas, elaboradas y, finalmente, aceptadas, demuestra que también, cualitativamente,

⁶ Para mayores detalles, ver J.H.H. Weiler, U. Haltern, y F. C. Mayer, *European Democracy and its Critique. Five Uneasy Pieces*, EUI Working Paper RSC N° 95/11, European University Institute, Florencia, 1995.

ofrece un *valor añadido*, en comparación con la ley hecha a través de la delegación, que es (solamente) formalmente legítima. Ello confirma lo que Michael Sandel escribió: “Cuando la política va bien, podemos conocer un bien común que solos no podemos conocer”⁷. En otras palabras, nos encontramos ante un ‘*beneficio democrático*’.

Es cierto que, en el corto plazo, algunas decisiones ‘equivocadas’, algunos ‘accidentes’, pueden ocurrir, pero, en el largo plazo, tal fabricación deliberativa de la ley ha demostrado crear una mejor norma.

5. La comunidad de la interpretación constitucional

Hoy, debido a la estructura estratificada de los sistemas jurídicos europeos y de los poderes constitucionales, repartidos en, a lo menos, tres sistemas legales (Corte Europea de Derechos Humanos, Sistemas Nacionales y Unión Europea), el cuadro de la comunicación deliberativa dentro de un foro público es bastante complejo, con un rol mayor de los Tribunales Constitucionales (domésticos, Estrasburgo y Luxemburgo).

La interacción entre los Tribunales Constitucionales y los legisladores ha sido bien ilustrada por Kaarlo Tuori a través del caso finlandés:

“La opinión prevaleciente es que la obligación de Derecho Internacional de Finlandia se refiere a la Convención según lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo. La Convención se ha incorporado en el ordenamiento jurídico interno a través de una ley del Parlamento y el derecho interno, también, posee el contenido que el Tribunal de Estrasburgo le ha asignado. Por lo tanto, un tribunal transnacional constantemente está redefiniendo el contenido normativo del ordenamiento jurídico de Finlandia. Además, según la doctrina imperante, los derechos de la Convención definen la línea de base de la protección ofrecida por las disposiciones constitucionales correspondientes. Por lo tanto, la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo tiene

⁷ Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, New York: Cambridge University Press, 1998, p.143.

un impacto inmediato en el Derecho Constitucional nacional. En consecuencia, la Comisión de Derecho Constitucional del Parlamento, en su revisión constitucional *ex ante*, rutinariamente invoca la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo. En algunos de sus recientes precedentes, el Tribunal Supremo se ha referido también a la jurisprudencia de Estrasburgo, por ejemplo cuando pesa y equilibra el derecho a la intimidad y a la libertad de prensa como principios interpretativos en la aplicación de la disposición del Código Penal sobre la violación de la privacidad. El Tribunal Supremo Administrativo, también, en varias resoluciones, ha invocado la Convención y la jurisprudencia de Estrasburgo al especificar la relevancia de las disposiciones constitucionales relativas a los derechos básicos”⁸.

Las resoluciones de los Parlamentos o de las Cortes Supremas nacionales han sido reemplazadas por una comunidad europea interpretativa amplia, llamada a determinar el alcance de la democracia y de los derechos fundamentales de los ciudadanos a través de un diálogo constante.

Así como los tribunales nacionales no siempre siguen a sus Cortes Supremas, los Tribunales Constitucionales nacionales pueden tomar una postura crítica hacia los niveles europeos tal como, en particular, el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) lo ha demostrado regularmente. Junto con los comentarios doctrinales y políticos sobre las decisiones constitucionales, esto crea un proceso de comunicación y debate profundo sobre las cuestiones en juego. A su vez, ello influirá en las posiciones adoptadas por los Tribunales Constitucionales.

La definición de los límites mínimos de la democracia y del alcance de los derechos humanos es un proceso continuo, con decisiones provisionales de los legisladores y de los tribunales. Estas decisiones, junto con los debates doctrinales y políticos, contribuyen a su vez, a

⁸ Kaarlo Tuori, *Judicial Constitutional Review as a Last Resort*, en: T. Campbell, e.a. (editores), *The Legal Protection of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, p. 367.

construir una opinión generalizada en la sociedad y a la creación de una cultura constitucional europea común. Los Tribunales Constitucionales en Europa han experimentado cambios en sus cosmovisiones de la sociedad pero también han contribuido a crear nuevas perspectivas sobre la democracia y los derechos fundamentales.

Un aporte a los puntos de vista sobre la democracia y los derechos fundamentales está, sin lugar a dudas, claramente presente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Veamos, al respecto, dos ejemplos:

Un primer caso es la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 10 de enero de 2012, por la cual el Estado italiano fue condenado por la violación del artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos por haber mantenido las calles de Nápoles llenas de basura durante un período prolongado (siete meses)⁹. El derecho a un ambiente sano no está incluido explícitamente en la Convención, pero la Corte lo vincula al derecho al respeto de la vida privada. Es obvio que, en el común entendimiento, el ‘respeto a la vida privada’ no incluye el derecho a un ambiente sano. Tampoco la mayoría de los ciudadanos europeos considera el problema de la basura napolitana como una cuestión de ‘derechos humanos’ aun cuando la mayoría estaría de acuerdo en que es un ejemplo de mala política, más aún considerando que la Camorra estuvo implicada. Al decidir en este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está contribuyendo a *la creencia* de que el gobierno estaba violando un derecho humano y, además, por pura negligencia.

Un segundo caso es la reacción de los políticos y miembros del Poder Judicial a la decisión ‘Salduz’ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰. Hasta esa decisión era, en muchos países, incluyendo a Bélgica, generalmente aceptado que alguien fuese interrogado por la policía sin la presencia de un abogado, cuando este derecho no era

⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10 de enero de 2012, N° 30.765/08, Di Saro y otros v. Italia.

¹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 27 de noviembre de 2008, Salduz v. Turquía.

concedido expresamente por la ley. Como resultado de dicha decisión, que condenó esta práctica, Bélgica tuvo que reorganizar su procedimiento penal¹¹. Lo que parecía impensable y prácticamente imposible de realizar hasta 2011, pronto se hizo una realidad procesal a partir de enero de 2012. Es interesante señalar que nos encontramos aquí con un caso en que un legislador está siguiendo las decisiones judiciales. Lo anterior se ha hecho costumbre por los Parlamentos nacionales en relación con las decisiones de Estrasburgo, pero aquí la Ley belga de 2011 también había sido precedida por una decisión de la Corte de Casación de 2010, en la que el Tribunal, tras la decisión del caso ‘Salduz’, revocó su propia jurisprudencia y pasó a considerar que la presencia de un abogado durante el primer interrogatorio es necesaria para una adecuada defensa de los sospechosos¹². Además, el Tribunal de Apelaciones de Amberes, en 2009, había ya excluido como evidencia, en un caso penal, las confesiones hechas por un sospechoso en ausencia de su abogado¹³.

Eventualmente, la aceptación de las decisiones de los Tribunales Constitucionales, en las sociedades a las cuales se aplican, es la última piedra de toque de su legitimación. Esto no significa que una mayoría debe estar de acuerdo, pero sí que dicha mayoría podría aceptar la referida decisión, considerándola no claramente irrazonable o inaceptable.

En este proceso, la comunidad interpretativa de los jueces constitucionales y estudiosos del Derecho Constitucional desempeña un papel importante como *mediador* entre la política y la opinión pública. Cuanto mayor sea el consenso en el seno de esa comunidad interpretativa (Académicos, Tribunales Constitucionales nacionales y Tribunal Europeo de Derechos Humanos) más claramente la decisión será aceptada por la opinión pública y los políticos involucrados¹⁴.

¹¹ Ley de 13 de agosto de 2011, en vigencia a partir del 1 de enero de 2012.

¹² Tribunal de Casación, 23 de noviembre de 2010, P. 10.1428.N.

¹³ Tribunal de Apelaciones de Amberes, 9ª Cámara, 24 de diciembre de 2009, 973 P. 09.

¹⁴ Una falta de consenso en la comunidad interpretativa puede comprometer la

Las discusiones en la esfera pública sobre los conceptos de democracia y el alcance de los derechos humanos son debates en desarrollo permanente, en los que grandes grupos participan. Los Tribunales Constitucionales tienen una posición privilegiada, en la medida que tienen la autoridad para determinar el exacto alcance de los principios y de las normas constitucionales. Sin embargo, como nos enfrentamos a un debate, cada decisión es, por definición, provisional y puede cambiar en el futuro ya sea por una distinta posición del Tribunal Constitucional o por una nueva norma establecida por el legislador constitucional¹⁵.

posición de la Corte Constitucional debido a la falta de legitimación. Para mayores detalles, ver los comentarios formulados, en el año 2010, por el Presidente de la Corte Constitucional belga, Marc Bossuyt, contenidos en su libro *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant*, Bruselas: Bruylant, 2010.

¹⁵ Básicamente, Jacques Chevalier escribe lo mismo, aun cuando ve la relación entre los diferentes actores como competencia y no como comunicación (Jacques Chevallier, Denys de Béchillon, e.a. (editores), *L'architecture du droit "Pour une sociologie du droit constitutionnel"*. *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, París: Economica 2006, 281-297, p. 296.

