

OPUS

MAGNA

CONSTITUCIONAL

Corte de Constitucionalidad - Instituto de Justicia Constitucional - República de Guatemala

www.opusmagna.cc.gob.gt

El rol de un tribunal constitucional para preservar el sistema republicano en el contexto de erosión democrática*

JORGE ROA ROA**

El autor declara que no tiene conflicto de interés. El estudio fue realizado con fondos propios.

Publicado el 22/04/2022

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v18i01.69>

Quiero agradecer muy especialmente a la Corte de Constitucionalidad por la invitación a esta conferencia, como decíamos ayer es el segundo año en que a mí me invitan y me parece siempre una invitación maravillosa del Instituto de Justicia Constitucional de la Corte y lamento mucho no poder estar allí presencial con ustedes, pero seguramente en muchas otras oportunidades nos volveremos a ver.

Quería aprovechar las fabulosas intervenciones que se han hecho antes de la mía para destacar que mi intervención tiene como objetivo señalar cuál es el rol de un tribunal constitucional para preservar el sistema republicano en el contexto de erosión democrática. Mi primer llamado de atención será decir que si el tribunal constitucional, si una Corte Constitucional o si un tribunal supremo con funciones

* Ponencia presentada por el Dr. Jorge Roa Roa en el panel “Las amenazas a la libertad en un Sistema Republicano y el rol del Tribunal Constitucional” realizado el 23 de septiembre de 2021 en el marco del Congreso Internacional de Derecho Constitucional “El Rol de los Tribunales Constitucionales en un Sistema Republicano de Gobierno”.

**Doctor en Derecho (summa cum laude) por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Abogado graduado con honores de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Gobernanza y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Madrid y Magister en Ciencias Jurídicas Avanzadas de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Profesor del departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia y asistente de docencia de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Es profesor invitado en distintas universidades de Brasil, Bolivia, Chile, Guatemala, Ecuador, España, Italia y México. También se desempeña como magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia.

constitucionales no entiende el rol que le corresponde jugar en el contexto social, político y económico en el que opera es un tribunal que está condenado a perder su legitimidad social, a perder su rol social y a perder las funciones que le han asignado constitucionalmente. Entonces mi tesis es que el poder judicial en América Latina en general está sometido a fuertes tensiones y presiones y que en ese contexto tiene un rol de preservación democrática frente a los fenómenos de constitucionalismo abusivo y constitucionalismo autoritario y también frente a las dictaduras que existen en América Latina. Nos hablaban de la situación de la libertad de expresión en Nicaragua que es paradigmática de un caso de constitucionalismo autoritario y casi de una dictadura donde la actividad más peligrosa en este momento en Nicaragua es el de ser candidato presidencial de oposición porque si una persona se convierte en candidato presidencial de oposición, inmediatamente hay una orden judicial que ordena detenerle, perseguirle y eso sin duda es no solo una limitación del derecho político a ser elegido sino que es una limitación a la libertad de expresión. Y además diré que durante la pandemia se agravaron muchas de esas tensiones y presiones que se ciernen sobre el poder judicial y, además, se profundizó el fenómeno de erosión democrática. Y alertaré muy especialmente sobre la intención de los poderes ejecutivos en todo el continente de invadir, cooptar los tribunales constitucionales y cuando no logran invadirlos o cooptarlos, entonces disminuir sus funciones o eliminarlos.

Entonces el primer concepto que me parece fundamental que tengamos en cuenta es el de erosión democrática y además con las particularidades de América Latina. Este se refiere al hecho de que los más grandes peligros para el sistema democrático que ocurren actualmente, no se refieren a golpes abruptos de Estado, a la toma del poder violenta por los militares o de una parte del sector político social. Los peligros actuales para la democracia son más sofisticados o menos groseros, más sutiles, más progresivos, más paulatinos y, en ese sentido, menos perceptibles y, por ende, más peligrosos. De esa manera, erosión democrática existe no solo en América Latina, existe en Europa del Este o en la presidencia de Trump hubo fenómenos de erosión democrática en EEUU, pero el eje fundamental que hace especial la erosión democrática latinoamericana, es que nuestra región está marcada por un profundo hiper-presidencialismo, es decir, una concentración excesiva de poderes en la figura

del presidente de la república. En la mayoría de países de América Latina, nuestros sistemas presidenciales funcionan como sistemas parlamentarios, por lo que a pesar de que son electos y tenemos un sistema presidencial, los parlamentos terminan, por una razón u otra, dando la confianza al presidente. Es decir que el presidente consigue cooptar a los parlamentos, como ocurre en El Salvador, en Brasil, en Colombia, en Argentina y el presidente gobierna con una coalición mayoritaria de gobierno, como si fuera un primer ministro que necesita la coalición del parlamento, para poder ser primer ministro.

Ese fenómeno de que nuestros sistemas presidenciales funcionen como sistemas parlamentarios, en el sentido de que el parlamento es cooptado por el poder ejecutivo, genera una excesiva concentración de poderes en el poder ejecutivo y es muy importante saber, que esa concentración se hace en detrimento de los poderes de las demás ramas del poder público y muy especialmente, en detrimento del control ciudadano. Entonces América Latina aparece con una ecuación política bastante desequilibrada. En ningún país latinoamericano existe equilibrio igualitario de poderes. Existe separación de poderes más no equilibrio igualitario de poderes. En la mayor parte de nuestros países, el presidente tiene una preeminencia fáctica, no formal ni en sus funciones constitucionales, sobre los demás poderes del Estado. Pero, además, en la totalidad de los países latinoamericanos, la ecuación no solo política sino la social está profundamente desequilibrada. No tenemos sociedades igualitarias, nos enfrentamos al drama de la pobreza, de la exclusión, de la miseria, del desempleo y además tenemos órganos legislativos con déficits históricos de legitimidad democrática y que funcionan de manera imperfecta o disfuncional por distintos factores como corrupción, cooptación, populismo, etc. Y además durante la pandemia se decretaron en todos nuestros países estados de emergencia y de excepción que permitieron que se restringieran las libertades públicas, especialmente la de locomoción, pero, además, que el poder ejecutivo concentrara aún más los poderes.

Entonces la erosión democrática que se presenta en Europa del Este, en Hungría, en Polonia, en los EEUU con el presidente Trump, en América Latina tiene unas connotaciones especiales que hacen que nos tengamos que preocupar mucho más, por el proceso de erosión democrática latinoamericana, cuyo elemento

fundamental es que nadie percibe o es muy difícil de percibir y cuando la sociedad se da cuenta que hay un proceso de erosión democrática, a veces es demasiado tarde porque ya se han perdido los canales institucionales, para recuperar el sistema democrático. En ese contexto, la pregunta es, ¿cuál es el rol que le corresponde a los jueces constitucionales? El primer rol es hacer efectivas las promesas sociales de la Constitución. Garantizar que los derechos fundamentales dejen de ser unas meras garantías formales y se conviertan en una realidad en la vida diaria de todos y cada uno de los ciudadanos. De esa manera el tribunal constitucional adquirirá no solo una legitimidad democrática o jurídica, sino muy especialmente una legitimidad social.

En estos momentos, los tribunales constitucionales reciben en sus agendas, en todo el mundo, reclamos de los ciudadanos, las formas cómo se distribuyen las vacunas, si están bien o no las limitaciones de derechos en la pandemia, etc. Los tribunales constitucionales tienen dos opciones: decir eso no nos corresponde, es función del legislador o del poder ejecutivo. El gran problema de esa opción es que el tribunal constitucional está renunciando a su función como garante de los derechos fundamentales y de los derechos sociales. Cuando el ciudadano presenta el drama social ante el tribunal constitucional, seguramente lo hace porque los otros poderes del Estado están fallando. Si el legislativo garantiza un presupuesto adecuado para educación y salud y la administración pública fuese eficiente en esas áreas, seguramente los ciudadanos no perderían su tiempo llevando los problemas en esas materias a los tribunales constitucionales. Entonces el tribunal constitucional tiene que entender que cuando el drama social llega a su agenda por la vía del amparo, por la vía del control de constitucionalidad, es porque los demás poderes del Estado han fallado. De manera que sería una infra-aplicación de la Constitución y una denegación de justicia que, ante la disfunción de los demás poderes del Estado, el tribunal constitucional dijera “es que eso le corresponde a los economistas, es que eso se trata de una política pública en la cual no nos corresponde intervenir, es que podemos instituir el gobierno de los jueces”. No hay ningún país en el mundo en donde exista el gobierno de los jueces. Esa es una expresión que se acuñó en un libro que se llama *Governing with judges*, para criticar las decisiones activistas de los tribunales constitucionales. Pero en realidad no hay ninguna persona en el mundo

que piense que se encuentra en un país que está siendo gobernado por los jueces. Por el contrario, hay países en el mundo en los que se destaca el rol, no activista sino transformador de los jueces constitucionales, acercando las abstractas promesas de la a la vida diaria de las personas.

Entonces el primer rol del tribunal constitucional es asumir que en América Latina tenemos a unos jueces que actúan en un contexto especial, no es el contexto noruego ni danés, en el que los demás poderes del Estado garantizan eficazmente los derechos económicos, sociales y culturales de los ciudadanos. Si yo estuviera dando esta conferencia allí, le diría al tribunal constitucional de ese país (que además no existe, en el caso de Noruega), “su rol es respetar lo que hacen los demás poderes del Estado, su rol es ser totalmente deferente” ¿por qué? Porque ajusto la respuesta a la ecuación democrática, social y política danesa o noruega. Como los demás poderes del Estado están haciendo su función, garantizando los derechos a la salud, a la educación y las demás promesas constitucionales, le digo al tribunal constitucional “lo mejor que puede hacer es hacerse a un lado y dejar que los demás hagan su función”. Desafortunadamente, en la mayoría de los países en los que a mí me invitan a hablar, los demás poderes del Estado no cumplen su función. Por el contrario, son excesivamente pasivos en la garantía de los derechos sociales, económicos y culturales. Y entonces debo decirle a los tribunales constitucionales y a las judicaturas constitucionales y en general a los jueces “su rol es transformador. Su rol es impulsar los cambios sociales. Su rol es mirar de frente el drama social que los ciudadanos canalizan ante los tribunales mediante las acciones de amparo y las acciones de inconstitucionalidad”. Y hoy, después de la pandemia, el rol de los tribunales constitucionales es contener los retrocesos democráticos. No es una función de superhéroes. Así lo han hecho los tribunales constitucionales en Brasil, así lo intentaron hacer en El Salvador. Manteniendo al poder ejecutivo comprometido con los valores de la Constitución a pesar de sus profundos deseos de extralimitarse, y de reelegirse y mantenerse o perpetuarse en el poder.

Y desde luego, el tribunal constitucional tiene el rol de ser un tribunal contramayoritario. Es muy importante entender que el modelo kelseniano de justicia constitucional fundado en 1920 ya no existe. El tribunal constitucional en todo el mundo ha dejado de ser un mero legislador negativo que se limitaba a corregir

aqueellos errores del parlamento democráticamente elegido, que hoy se considera que los tribunales constitucionales son representantes argumentativos y deliberativos de la ciudadanía y que, en ese sentido, tienen la misma legitimidad democrática, aunque por distinta fuente, que el parlamento y que el poder ejecutivo. De manera que su función no es solo declarar inexecutable o inconstitucionales y expulsar del ordenamiento jurídico las leyes que contrarían la Constitución, sino que su función también es transformadora en tomarse en serio la Constitución, aplicarla y mantener dentro de sus cauces a los demás poderes del Estado. Eso de ninguna manera significa invadir los otros poderes. El tribunal constitucional no es legislador, el tribunal no es administrador. De lo que se trata es que el tribunal constitucional entienda que su rol no puede ser infra aplicar la Constitución, sino tomarse en serio la Constitución.

¿Cuáles son los riesgos a los que se enfrentan los tribunales cuando ejercen un rol transformador? En el marco de sistemas de constitucionalismo abusivo y autoritario, lo primero que intentará hacer el poder ejecutivo es cooptar el tribunal, nombrar magistrados y magistradas afectos a sus proyectos políticos.

Derechos de Autor ©2022 Jorge Roa Roa



Este texto está protegido por una licencia [Creative Commons 4.0](#).

Usted es libre para Compartir —copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato— y Adaptar el documento —remezclar, transformar y crear a partir del material— para cualquier propósito, incluso para fines comerciales, siempre que cumpla la condición de:

Atribución: Usted debe dar crédito a la obra original de manera adecuada, proporcionar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que tiene el apoyo del licenciante o lo recibe por el uso que hace de la obra.

[Resumen de licencia](#) - [Textocompletodelalicensia](#)