



José Ramón Cossío Díaz (México)*

La función constitutiva de los tribunales constitucionales y la división de poderes**

No es posible seguir entendiendo la división de poderes como la entendía Montesquieu, por una pluralidad de razones. En primer lugar, porque no tenemos una división de clases sociales como la que suponía Montesquieu en el capítulo sobre la “Constitución de Inglaterra” de su tan conocido y citado *Del espíritu de las leyes*. No podemos asignar cada una de las tres funciones al rey, a la aristocracia o al tercer estado, como se denominó posteriormente.

En segundo lugar, tampoco podemos seguir imaginando la división de poderes como el elemento único o central para garantizar la libertad. Montesquieu es un pensador *preconstitucional*. Después de él aparecieron las constituciones y las ideas del constitucionalismo, de forma tal que la protección de la libertad ya no puede descansar en exclusiva en la división de poderes.

Sin embargo, hay otro asunto de mucho mayor complejidad. Si bien Montesquieu pensó y escribió la división de poderes en términos de filosofía política, cuando este modelo general, este modelo racionalizado se incorpora a las constituciones, pierde muchísima de su fuerza originaria y termina siendo un gran principio de *juridicidad*. Al final de cuentas, la división de poderes plasmada en los textos consti-

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

** Extracto de la conferencia “La función constitutiva de los tribunales constitucionales y la división de poderes”, impartida por el autor durante los trabajos del XIII Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, celebrado en Jiutepec (Morelos, México) el 15 de septiembre de 2006.

tucionales, positivizada, va a ser lo que las constituciones digan que es. Si la Constitución establece que, en ciertos casos, el Ejecutivo puede hacer determinadas funciones legislativas una vez que se han suspendido las garantías individuales —como es el caso de la Constitución mexicana—, podrá realizar esa función sin incurrir con ello en algún problema de constitucionalidad. Si en otros casos la Constitución establece que los órganos jurisdiccionales pueden tener ciertas facultades legislativas en cuanto a la emisión de normas con un ámbito general de validez —como hacemos nosotros con los reglamentos y los acuerdos generales—, ello también puede acontecer válidamente. Si en otros casos se establece que el Congreso tiene facultades jurisdiccionales —como ocurre con nuestro juicio político—, ello también podrá suceder jurídicamente hablando.

En definitiva, cuando uno de los criterios orientadores más serios del constitucionalismo se plasma en los textos constitucionales, termina por decirnos que los órganos pueden hacer aquello que las constituciones dicen que pueden hacer. Por supuesto, a partir de ahí se genera una enorme cantidad de problemas que cotidianamente tenemos que resolver, pero esa es ya una cuestión que no es del caso analizar aquí.

Hay un segundo tema que considero muy importante. Tradicionalmente la división de poderes asignaba distintas funciones de manera preponderante a determinados órganos del Estado, y después, por razones evidentemente prácticas, se permitía determinado tipo de combinaciones, pero siempre con predominio de un poder en esa asignación. Sin embargo, desde hace un buen número de años, los órganos del poder que ejercían las tres funciones identificadas han tenido que ceder espacios de la construcción normativa a otros órganos, y creo que lo han hecho a partir de la construcción de racionalidades distintas a la puramente jurídica.

Me parece que en nuestros países latinoamericanos —y hablo en general, por lo que, desde luego, puede haber excepciones— tuvimos un derecho administrativo de corte francés en los siglos XIX y buena parte del XX. No obstante, desde los años ochenta hemos vivido la incorporación del derecho administrativo norteamericano con la creación de agencias reguladoras. Estas agencias han generado un cambio central, a mi entender, respecto a lo que fue el modelo de construcción de los órganos de derecho administrativo de inspiración francesa, y han generado *racionalidades* diferenciadas.

Por ejemplo, cada banco central se sustrae a la decisión política, pero además genera una racionalidad económica específica en la forma en que se constituyen sus órganos directivos —junta de gobierno, directorio o como se llame en cada uno de los países—, así como también por el modo como culturalmente se evalúan sus decisiones, esto es, en razón de la satisfacción de ciertos criterios económicos. Simultáneamente, se crea una comisión de competencia económica cuyos integrantes tienen una mezcla de conocimientos jurídicos y conocimientos económicos, una comisión de energía compuesta por ingenieros y abogados, y así sucesivamente.

De esta forma, estamos en una condición en la que no producimos estrictamente conocimiento a través de normas jurídicas en un sentido tradicional, sino que estamos produciendo normas jurídicas con un fuerte contenido material diferenciado del derecho, pero que al adquirir forma jurídica generan una serie de distinciones en lo que había sido la aproximación tradicional al mismo derecho.

Consecuentemente, veo a la división de poderes como una idea rectora del constitucionalismo, es decir, como un conjunto de ideas particularizadas que van orientando —a través de la discriminación de acontecimientos históricos, doctrinas políticas, resoluciones judiciales, prácticas constitucionales y textos normativos— la manera como debieran ser las constituciones particulares, sus sentidos y alcances. Ahí, sin duda, la división de poderes tiene un papel central. Sin embargo, cuando ese *principio* o esas *ideas rectoras* se positivizan, pierden y terminan modulándose en los términos en los que se vayan estableciendo o diferenciando las competencias de los diversos órganos estatales.

Por lo que hasta aquí se ha dicho, me parece que a la división de poderes nos tenemos que acercar a partir de una idea diversa. La división de poderes, hoy en día, opera en una sociedad plural; no plural simplemente por la diferencia de creencias o de posiciones que puedan estar validadas o respaldadas por diversos derechos fundamentales, que eso ya sería bastante, sino plural también en el sentido de que hay un sinnúmero de intereses. Aunque siempre los ha habido, antes no se hacían explícitos, suponiendo que vivíamos en una sociedad homogénea como parte de una ideología jurídica y de una ideología política que generaban ciertas condiciones de gobernabilidad.

Aquí se ha hablado de empresas con un enorme poder en su forma de actuación; inclusive en la forma en que a veces se da esto que los norteamericanos llaman *captura de los órganos reguladores*, es decir, la captura de los agentes productores de normas jurídicas, por vías lícitas o ilícitas —esto último en casos de soborno y corrupción, como hemos presenciado en algunos momentos en algunos países de la región.

En consecuencia, me parece que tendríamos que aceptar la existencia de esta división de poderes en unas condiciones que, por utilizar una etiqueta, simplemente denomino de *pluralidad*.

Identificadas estas diversas posiciones, debemos admitir que en cada una de ellas se trata de generar y plasmar las demandas a través de diversos agentes normativos, y esto también me parece de gran importancia para entender nuestra función actual.

Si tenemos actores variados en los sectores de energía, de telecomunicaciones, de competencia económica o en relación con personas infectadas de VIH, por ejemplo, cada uno de ellos trata de llevar sus propias pretensiones a los órganos que están actuando en ese mundo general al que por ahora voy a llamar *división de poderes*, para que les dé formalización jurídica, genere las normas que atiendan a sus propios reclamos y así formalice en el orden jurídico —nada menos— las reivindicaciones propias de muchos de ellos. Esto nos lleva a una situación de pluralidad normativa

derivada de cada uno de los agentes que están actuando, de lo que resulta el orden jurídico con el que cada uno de nosotros se enfrenta.

Una vez que esas demandas se han formalizado, y toda vez que vivimos en una sociedad de recursos que no alcanzan para satisfacer a la totalidad de la población, evidentemente surgen posiciones contrarias en las que, si bien aparentemente se está combatiendo a la norma jurídica por una razón formal o por una razón sustantiva, lo que en el fondo se está combatiendo es la posición que ese determinado grupo logró al formalizar su demanda, su pretensión en una determinada ley, reglamento, resolución jurisdiccional o decisión administrativa. Y aquí es donde me parece que se da la actuación, ya contextualizada, de la justicia constitucional de nuestro tiempo.

¿Qué solemos entender en nuestros días por *justicia constitucional*? Hemos dicho en otras ocasiones, citando a Enterría, a Zagrebelsky o a cualquiera de los autores importantes de nuestro tiempo, que la *justicia constitucional* es un garante de la Constitución, y de la Constitución en condiciones de supremacía. Cuando hacemos esto, normalmente nos quedamos con la idea de que producimos, otra vez, puras normas jurídicas por la vía de las sentencias, y que con ello vamos formalizando el mundo. Adicionalmente, lo que en realidad estamos haciendo es determinar las condiciones de operatividad del texto constitucional, decir cómo debe ser entendido el texto constitucional. Por supuesto que esto tiene un primer tramo en el que operamos en un sentido puramente normativo, pero, si lo entendemos en su sentido completo, lo que hacemos es abrir o cancelar diversas opciones del conjunto de los actores sociales que tenemos frente a nosotros.

Cuando definimos el derecho de expresión, o el derecho a las creencias religiosas, o a determinadas modalidades de culto, o cuando definimos un derecho a la privacidad, estamos reconstituyendo a la sociedad por vía de las normas jurídicas (y afortunadamente no por otras vías), pero en realidad estamos incidiendo en la forma concreta, en la forma real y no solo en la normativa. Por supuesto que estamos eligiendo unos valores y no otros; por supuesto que estamos dando predominio a ciertas *visiones del mundo* —para usar, aunque traducida, la expresión alemana—; por supuesto que estamos discriminando ciertas formas de entendimiento y de comportamiento de la realidad para privilegiar otras. En ese sentido, me parece que nuestra función en esta otra parte de la ecuación es, también, mucho más complicada.

Sin embargo, considero que la representación ordinaria de la justicia constitucional no se aviene correctamente a su forma de comportamiento real. Estimo que simplemente hemos reactualizado la expresión de Montesquieu en el sentido de que somos *la boca que pronuncia la palabra de la ley*. La expresión actualizada de lo que hacemos parece decir que somos *la boca que pronuncia la palabra de la Constitución*, como si la Constitución estuviera dada, tuviera sus sentidos claros y nosotros, simple y sencillamente, lográramos extraerla de los textos.

Entiendo que esta es una defensa importante de nuestra forma de operación y de nuestras formas de vinculación con el resto del entramado político, y en esto

debemos ser cuidadosos. Sin embargo, me parece que esa simple actualización de Montesquieu para una condición actual tiene muchos inconvenientes.

Desde este punto de vista, nosotros también decimos que hemos abandonado la idea de Kelsen de *legislador negativo*. Es decir, no declaramos sencillamente la invalidez de las normas en un ejercicio de contraste entre la inferior y la superior y determinamos que vamos a expulsar aquella del ordenamiento jurídico por no ser adecuada a esta. Coincido con quienes están en contra de seguir sosteniendo esa idea, pero me parece que debajo seguimos operando, o seguimos suponiendo, o nos seguimos explicando nuestra actividad como si fuéramos meros legisladores negativos.

¿Cuál es la contrapartida? Decir que, si no somos legisladores negativos, somos legisladores positivos. Sin embargo, aquí el tema se vuelve extraordinariamente complejo y pantanoso. En primer lugar, no tenemos las herramientas para ser legisladores positivos. Si nos tomáramos en serio la actividad de legisladores positivos, teniendo como función general la determinación de los sentidos de la Constitución, terminaríamos en la posición de órgano constituyente. Si al final de cuentas legisláramos sobre la cuestión, nos asimilaríamos a ese órgano constitucional en este caso.

Ahí aparece una paradoja, porque no aceptamos, probablemente por recato, decir: “no somos legisladores negativos porque no solo expulsamos normas, sino que le damos sentido operativo a la Constitución”; pero tampoco aceptamos estar en una condición de legisladores positivos en su sentido integral, en su sentido completo, porque eso nos generaría o nos llevaría al viejo problema —que planteaba el profesor Bickel en los Estados Unidos— del *principio contramayoritario* y la ilegitimidad de origen de nuestras funciones, en virtud de no tener tales atribuciones de carácter constituyente.

A mí me parece que, desde el propio Kelsen, esta figura de legislador negativo nunca operó, nunca tuvo una condición de ejercicio claro. Eso se debe a que los tribunales constitucionales, en la medida en que interpretan la Constitución, y en la medida en que abren y cancelan opciones, siempre han sido legisladores positivos.

Lo que me parece que Kelsen no vio, aunque estaba ahí presente —o que tal vez por su condición democrática expresada en *Esencia y valor de la democracia* no quiso ver—, es el problema central de que los tribunales, desde el momento en que están interpretando normas jurídicas, y particularmente normas constitucionales, están generando una condición muy importante de reconstitución social, que es lo que al final de cuentas demandamos de la política en cualquier sociedad más o menos racionalizada.

Me parece que ahí es donde tenemos una primera tensión. Tenemos una representación en la que queremos seguir viéndonos como boca que pronuncia la palabra de la Constitución, cuando en realidad estamos actuando mucho más a fondo: estamos determinando funciones constitutivas o estamos realizando funciones constitutivas del orden jurídico, de la Constitución y, por ende, de la sociedad.

Aquí es donde quiero empezar a formular algunas de mis conclusiones. Por un lado, tenemos una división de poderes sumamente compleja que opera según diversas racionalidades, que tiene lógicas distintas por el tipo de actores y que a través de diversidad de órganos está procesando la pluralidad de demandas que recibe. Por otro lado, tenemos un tribunal constitucional que se representa a sí mismo como un legislador negativo o positivo, pero que normalmente tiene un discurso ideologizado en el sentido de que no interviene más allá de la extracción de los sentidos de la propia Constitución. Sé que esto no es generalizado, y sé cuáles son los tribunales que tienen un discurso diferente. Sin embargo, en este momento estoy hablando de situaciones generales.

El problema que se me plantea, entonces, es el siguiente: ¿qué pasa cuando los órganos que están produciendo esa diversidad de normas vienen al tribunal constitucional, cualquiera sea su denominación, para que este juzgue las normas que ellos produjeron como consecuencia de la pluralidad de demandas que se están planteando muy distintos actores sociales?

Por supuesto que podemos seguir diciendo que el discurso que manejamos es un discurso jurídico, absolutamente autónomo, absolutamente cerrado en sí mismo; un discurso que se autoconvalida y eso se satisface operando exclusivamente con fórmulas jurídicas. Nos puede llegar una demanda sobre prácticamente cualquier cuestión, para que nosotros, insisto, a partir de lo que se supone un discurso jurídico imaginado en condiciones de autonomía, resolvamos lo precedente respecto de la cuestión planteada.

Sin embargo, ¿cuál es la consecuencia de imaginar así la forma de abordar los problemas por el tribunal constitucional? Supongo que es extraordinariamente peligrosa, porque vamos a tener un desencuentro no normativo, pero sí entre lo que se está produciendo en ese complejo modelo que he dado en llamar *división de poderes* y lo que vamos a resolver a partir de la suposición de que nuestro discurso jurídico es autosuficiente. Pienso que aquí hay un enorme problema con estas condiciones de operación de la división de poderes.

¿Qué podemos hacer para tratar de resolverlo? Me parece que una cosa es la autonomía del discurso jurídico que mantenemos en razón de nuestra educación, de la manera como se nos entrenó para ejercer la profesión de abogados: el conocimiento del orden jurídico positivo, algo de derecho comparado, algo de filosofía política o filosofía jurídica y poco más. No obstante, al lado de estos contenidos puramente profesionales, cabe preguntarnos: ¿cuáles son los fenómenos que acontecen en la economía, cuáles en la medicina y cuáles en la ingeniería?

Ese, en principio, es un asunto de los economistas, los médicos o los ingenieros, de los cuales nosotros poco tendríamos que ocuparnos. Aun así, esos contenidos cognoscitivos y muchos otros que en su momento podríamos imaginar tienen cabida de diversas maneras en la forma en que los tribunales constitucionales argumentamos y construimos nuestras resoluciones.

En nada se afecta la racionalidad jurídica —que es una cosa distinta al discurso jurídico— al incorporarle el contenido de otras racionalidades, que provienen de otras ramas del conocimiento o de otro tipo de actividades humanas. Este es un tema importante, sobre el cual quiero detenerme.

Hay sentencias dictadas por los tribunales de diversos países, principalmente Estados Unidos y Europa, en las cuales se allegan de la información necesaria para, dentro de un discurso jurídico sostenido en una sólida racionalidad también jurídica, incorporar los conocimientos de otras ciencias, de otras técnicas y de racionalidades diversas a la jurídica. Así, al procesar la racionalidad jurídica, se dialoga en condiciones más adecuadas con los órganos que están integrados en la división de poderes, como expresión genérica de la pluralidad que está produciendo este tipo de contenidos y dándoles forma jurídica.

Tal vez esta es la única solución que podemos tener para tratar de mantenernos como tribunal constitucional, ser intérpretes finales de la Constitución y, simultáneamente, estar incorporados en un mundo donde una pluralidad de órganos está produciendo una pluralidad de normas como consecuencia de una pluralidad de demandas de una pluralidad de actores sociales.

Me parece que, si no entendemos la función constitutiva del tribunal constitucional en la forma como se enfrenta a la sociedad y pensamos sencillamente que podemos mantener la autonomía del discurso jurídico, nos ponemos en una condición en la que no vamos a encajar con todo el conocimiento material y el procesamiento social que se está formulando en instancias diversas, y, consecuentemente, a través de nuestras decisiones podemos afectar el *mundo real*.

Si, por ejemplo, definimos mal un tema que tiene que ver con VIH, con competencia económica, con telecomunicaciones, con energías o con cualquier otro elemento material o técnico, estaremos hablando de dos mundos completamente diferentes. El hecho de que finalmente ambos mundos terminen unificándose en uno solo a través de la formalización normativa que habrá de realizarse por vía de la correspondiente sentencia no evita la diferenciación entre el mundo formalizado del derecho y los enormes sustantivos que mediante este pudieran acogerse.

Si únicamente, y a la Montesquieu, aceptáramos ser bocas que pronuncian la palabra de la Constitución, nuestra actuación se daría en términos de jerarquía normativa y de un discurso que se supone autosuficiente, pero no estaríamos incidiendo en las condiciones reales que se nos están presentando para su resolución.

Un antiguo y querido jefe me decía hace algunos años: “Si nosotros tenemos o participamos de un *negocio* en el cual al menos el cincuenta por ciento de nuestra *clientela* se va insatisfecha, dado que de las dos partes una gana, una pierde y a veces las dos pierden, ¿cómo legitimamos nuestro ejercicio cotidiano?”.

Hace ya algunos años el profesor Tyler, en la Universidad de Chicago, se planteó un análisis para resolver la siguiente pregunta: ¿por qué las personas obedecen el derecho? La respuesta que él da tiene que ver con las condiciones en que la

argumentación se produce. Se dice que, si las sentencias recogen la totalidad de los argumentos, la totalidad de las consideraciones, la totalidad de las cadenas argumentales —como se dice ahora—, llevan a entender los pormenores del sentido final de la resolución. Si alguien pierde la casa o la libertad —y en algunos sistemas, afortunadamente cada vez menos, la vida—, tendría que entender el conjunto de razones objetivadas que lo llevan a perder el bien que estuvo en litigio.

En este momento tenemos una “división de poderes” sumamente compleja, sumamente diversificada, y en algunas ocasiones muy sofisticada, como pueden ser las acciones de bancos centrales, o de órganos reguladores, o inclusive de órganos que están tratando de resolver una pluralidad política y social a través de diversas corrientes. A mi entender, la única manera de lograr la legitimidad de los tribunales en las condiciones apuntadas, como un valor muy importante de estabilidad del orden jurídico por las funciones que cumplimos, es a través de las formas de argumentación utilizadas.

Dentro de ese modo de hacer necesario, la manera más inteligente de actuar es a través de la incorporación, en la cadena argumental de la resolución, de los elementos materiales necesarios para lograr una correcta incidencia en el ámbito *real* en el cual la sentencia deba recaer. Esta forma de actuación nos lleva a entender que somos órganos que constituyen derecho, pero órganos que también constituyen realidad, y que tenemos que allegarnos de este conjunto de elementos que se están produciendo en la “división de poderes”, otra vez como expresión genérica, no técnica, para efectos de incorporarlos a la racionalidad jurídica y producir resoluciones que tengan un alto grado de aceptación.