

Tribunal
Constitucional



REVISTA PERUANA DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL

Reforma Constitucional,
Política y Electoral

61 NUEVA ÉPOCA | 2013
Edición Especial

SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 6, NUEVA ÉPOCA
EDICIÓN ESPECIAL 2013

Reforma Constitucional, Política y Electoral

PRESENTACIÓN

Ernesto Álvarez Miranda 13

ESTUDIOS

Domingo García Belaunde

La Constitución peruana de 1993: sobreviviendo a todo pronóstico 19

José Palomino Manchego

¿Reforma, mutación o enmienda constitucional?..... 35

Francisco Morales Saravia

La Reforma de la Constitución de 1993 y sus problemas..... 61

Edwin Figueroa Gutarra

Certiorari y Reforma Constitucional. Entre propuestas y necesidades..... 81

César Delgado Guembes

Entre la participación absoluta y la ficción representativa. ¿Qué podemos esperar y qué no, del régimen representativo?..... 101

Victorhugo Montoya Chávez

La selección de candidatos para las elecciones congresales de 2011..... 153

Berly Javier Fernando López Flores

El control parlamentario de los decretos de urgencia..... 179

Stephen Haas del Carpio

La transición política peruana y la participación obligatoria de la ciudadanía en los procesos electorales peruanos. Presentación de la problemática e hipótesis..... 193

Rafael Rodríguez Campos/ Edith Neyra Córdova
*Consenso Electoral para una nueva ley de los derechos de participación y control
ciudadanos. Proceso de revocación de autoridades*..... 219

Cynthia Vila Ormeño
*Las Reformas Electorales en el Perú (1978 - 2012) y el principio de representación
proporcional*..... 239

MISCELÁNEA

Francisco Távora Córdova
*El juez como garante de los derechos y el papel de la ética en las democracias
constitucionales*..... 271

Martha Paz
*La Corte Constitucional Colombiana reivindica una categoría olvidada.
La trabajadora sexual como "sujeto de especial protección"* 279

Abraham García Chávarri
Derecho a la Integración y soberanía. Anotaciones interrelacionales 299

Sergio Bobadilla Centurión
*Breve análisis del contexto socio-histórico-político-jurídico para el surgimiento
jurisprudencial del Derecho a la Verdad. ¿Es viable su normativización positiva
constitucional*..... 311

Paola Brunet Ordoñez Rosales
Derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia constitucional peruana 339

Aldo Blume Rocha
*La legitimidad democrática del juez en el marco del Estado Constitucional de Derecho:
El debate respecto a la dificultad contramayoritaria* 365

Carmen Ortega Chico
*Interpretación y aplicación de lo dispuesto en el artículo 68° de la Ley de Relaciones
Colectivas de Trabajo. Alcances del hoy denominado arbitraje obligatorio.* 387

JURISPRUDENCIA COMPARADA

1. *Caso: Alimentación forzosa de internos en casos de peligro de muerte por Gonzalo Carlos Muñoz Hernández*
STCE N.º 120/1990 403
2. *Caso: Sobre la ilegalización de partidos políticos por Alberto Neira López*
STCE N.º 48/2003 405

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Reforma Constitucional:

1. *Exp. N.º 0014-2002-AI/TC por Nadia Paola Iriarte Pamo*
Demandante: Colegio de Abogados del Cusco
Norma impugnada: Ley N.º 27600
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-Mhtml> 417
2. *Exp. N.º 0014-2003-AI/TC por Evelyn Chilo Gutiérrez*
Demandante: Alberto Borea Odria y más de cinco mil ciudadanos
Norma impugnada: el denominado "documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993"
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2003-ALhtml> 425

Reforma Política:

1. *Exp. 00013-2009-AI/TC por Miriam Handa Vargas*
Demandante: Treinta y un congresistas de la República
Norma impugnada: artículo 25º del Reglamento del Congreso de la República modificado mediante la Resolución Legislativa N.º 008-2007-CR publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de octubre de 2008.
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00013-2009-ALhtml> 431
2. *Exp. 0050-2004-AI/TC por Miriam Handa Vargas*
Demandante: Colegio de Abogados del Callao y más de cinco mil ciudadanos
Norma impugnada: Leyes N.º 28389 y N.º 28449.
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-ALhtml> 439

Materia Electoral:

1. *Exp. N.º 0002-2011-CC/TC por Carolina Parra Decheco*
Demandante: Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)
Demandado: Jurado Nacional de Elecciones (JNE)
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00002-2011-CC.html> 461

2. *Exp. N° 0003-2006-AI/TC por Nora Luzmila Fernández Lazo*
Demandante: Más de cinco mil ciudadanos
Norma impugnada: artículo 37° de la Ley N° 28094 —Ley de Partidos
Políticos (LPP)
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00003-2006-AI.html> 467

Relevante y de actualidad:

1. *Exp. 0022-1996-AI/TC (publicada agosto de 2013) por Jaime de la Puente Parodi*
Caso: La Ejecución de la Sentencia sobre la Cancelación de los Bonos Agrarios
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00022-1996-AI%20Resolucion.pdf>.... 473
2. *Exp. 01969-2011-HC/TC por Carlos Quispe Astoquilha*
Caso: Frontón
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/01969-2011-HC.pdf> 483
3. *Exp. 00013-2012-AI/TC por Clementina del Carmen Rodríguez Fuentes*
Caso: Reforma del Sistema Peruano de Pensiones
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00013-2012-AI.pdf> 487
4. *Exp. 04147-2012-PA/TC por Claudia Orbegoso Gamarra*
Caso: Racismo y Discriminación por parte de un Abogado - Multa
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/04147-2012-AA.pdf> 493

LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL JUEZ EN EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO:

EL DEBATE RESPECTO A LA DIFICULTAD
CONTRAMAYORITARIA

ALDO BLUME ROCHA*

SUMARIO: 1. Introducción. II. La posición del juez en el Estado Constitucional de Derecho. III. El problema de la dificultad contramayoritaria. IV. Respuestas desde el constitucionalismo contemporáneo. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los rasgos distintivos del Estado Constitucional de Derecho es el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución y el consecuente establecimiento de mecanismos de garantía para asegurar su supremacía jurídica y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, siendo el control de constitucionalidad de las leyes a cargo de los jueces, ya sea en su modalidad concentrada o en su modalidad difusa, una herramienta clave para la consecución de tales fines.

Sin embargo, existen cuestionamientos respecto a si dicho control de constitucionalidad de las leyes resulta realmente compatible con la democracia, en la medida en que a través de tal mecanismo los jueces tienen la potestad de invalidar lo decidido por el legislador, el cual es concebido como el representante de la voluntad popular. Esto es lo que se ha venido denominar, en término acuñado por Alexander Bickel, como la dificultad contramayoritaria, la cual puede a su vez ser traducida como la siguiente pregunta: ¿Cómo es

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Ex adjunto de docencia del curso Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

[1] BICKEL, Alexander. "The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics". New Haven: Yale University Press, 1962, p. 16.

posible permitir que los jueces, que no han sido elegidos por el pueblo, estén en capacidad de ir en contra de lo dispuesto por los representantes de la voluntad popular amparados en la interpretación que realizan de la Constitución?

En ese sentido, el propósito del presente trabajo es realizar un recuento de los principales argumentos que se han planteado en este debate y, a partir de ello, verificar que la tutela de la Constitución por parte de los jueces tiene un costo democrático que no puede ser obviado, y que, en aras de que tal costo sea compensado y que las decisiones judiciales sean legítimas desde el punto de vista democrático, debe ser un punto a tomar en cuenta en el ejercicio del control de constitucionalidad.

Adelantamos nuestra opinión respecto a que es posible considerar como legítimo democráticamente el control de constitucionalidad por parte de los jueces. Sin embargo, esta es una cuestión que debe ser adecuadamente matizada teniendo en cuenta el contexto particular de cada comunidad jurídica, sobre todo en lo que respecta a la interpretación última de la norma constitucional.

Asimismo, plantearemos que la legitimidad democrática de los jueces en el marco del Estado Constitucional de Derecho no solamente se encuentra justificada por la necesidad de garantizar la fuerza normativa de la Constitución frente a los embates de la mayoría y las precondiciones del proceso democrático, sino por el ejercicio mismo de la función jurisdiccional en consonancia con la defensa de la Constitución y con la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. En otras palabras, la dificultad contramayoritaria es una cuestión a la que corresponde hacer frente a los jueces en su quehacer cotidiano. La legitimidad democrática de los jueces en el marco del Estado Constitucional de Derecho es una legitimidad entonces que depende en buena cuenta del adecuado desempeño de la función jurisdiccional, dentro del cual juega un elemento clave la argumentación jurídica en la elaboración de resoluciones debidamente motivadas.

II.LA POSICIÓN DEL JUEZ EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

A efectos de comprender adecuadamente el debate respecto a la dificultad contramayoritaria es preciso analizar primero el contexto en el cual esta tiene lugar, en la medida en que esta representa en buena cuenta una objeción a la exigente labor que corresponde realizar a los jueces dentro del marco del Estado Constitucional de Derecho. Esta forma de Estado, también denominada como

neoconstitucionalismo^[2], se caracteriza, a decir de Pietro Sanchís^[3] por ser una síntesis de las tradiciones constitucionales norteamericana y francesa en la medida en que reúne elementos característicos de ambas tradiciones: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. Dicho resultado puede resumirse en "una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces"^H.

Dos elementos caracterizan entonces al Estado Constitucional^[5]:

- a) La fuerte "rematerialización" constitucional, lo cual implica el establecimiento de límites y parámetros para el legislador, tanto en lo que respecta al modo de producción del Derecho como a la predeterminación de amplias esferas de regulación jurídica, en la medida en que la norma constitucional establece un conjunto de valores y principios que corresponden ser desarrollados por el legislador.
- b) El desbordamiento constitucional, es decir, la inmersión de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema que es de acceso directo para todos los operadores jurídicos.

Cabe resaltar, siguiendo la terminología empleada por Comanducci^[6], que para efectos del presente trabajo, asociamos el contexto de un constitucionalismo en sentido fuerte, es decir, aquel en el cual se requiere una Constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal.

En ese sentido, la concepción de Constitución que está detrás de este modelo de Estado, es decir, la Constitución entendida como norma suprema del ordenamiento jurídico que contiene principios y valores cuyos efectos irradian todos los ámbitos de dicho ordenamiento, trae aparejada un reforzamiento del rol del juez dentro de la organización estatal por cuanto es a este a quien le corresponderá interpretar los alcances de la Constitución a fin de hacerla valer como norma jurídica vinculante frente a todos los poderes públicos, incluyendo el propio legislador. A diferencia del clásico Estado de Derecho, donde la ley tenía el papel preponderante y correspondía únicamente al juez aplicarla; en

[2] Reconocemos que este último término, conforme a lo señalado por el profesor Miguel Carbonell, puede ser considerado desde diversas acepciones, tanto como una teoría del Derecho (neoconstitucionalismo teórico), como una ideología (neoconstitucionalismo ideológico) y como una metodología (neoconstitucionalismo metodológico). Ver: COMANDUCCI, Paolo. "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis meta teórico". En: Carbonell, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, pp. 75 y ss.

[3] PRIETO SANCHÍS, Luis. "Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial". Lima: Palestra, 2002, pp. 114-115.

[4] Ibid.

[5] Ibid.

[6] Ver: COMANDUCCI, Paolo. "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis meta teórico". En: Carbonell, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, p.77.

el Estado Constitucional de Derecho es la Constitución la que pasa a tener ese papel preponderante y los jueces se convierten en su primera línea de defensa.

De acuerdo con Pozzolo, lo que al parecer caracteriza de modo peculiar el Estado constitucionalizado respecto de lo que habitualmente se llama "Estado de Derecho" es precisamente el papel del juez. El papel de la jurisdicción ya no es meramente mecanicista sino que tiene a ejercer una labor interpretativa que tiene por finalidad concretizar los principios establecidos en la Constitución. Se trata de una transformación del papel de la jurisdicción que se ha desarrollado con el paso del tiempo y, en cierto modo, de forma espontánea, una especie de adecuación a los cambios de la política y de la sociedad contemporánea.

Así, el juez se configura entonces como el protagonista sobre la escena del Estado constitucional democrático contemporáneo; en efecto, la naturaleza del objeto que interpreta (la Constitución), la explicación de funciones particulares (establecer la escala de valores considerada justa), las específicas consecuencias de su actividad interpretativa (su particular impacto jurídico-político), hacen de él uno de los principales órganos políticos de la moderna organización estatal, transformándolo contemporáneamente en el gestor del constitucionalismo moderno.

Sin embargo, como bien lo pone de relieve Zagrebelsky^[7], el juez dentro del Estado Constitucional de Derecho debe actuar de manera sumamente prudente, ejerciendo una función modesta y no agresiva, reconociendo determinado margen de acción al legislador como intérprete auténtico de las concepciones éticas y políticas de la comunidad. Así, "cuando están en juego dos apreciaciones discrecionales, además de los principios y las convicciones, debe considerarse con pragmatismo también la calidad de los efectos sociales, económicos y políticos de las decisiones"^[8].

[7] POZZOLO, Susanna. "La concepción neoconstitucionalista de la Constitución". En: Carbonell, Miguel; y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional*. Madrid, Trotta, 2010

[8] *Ibid.*

[9] POZZOLO, Susanna. "Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico". Lima: Palestra, 2011, p. 169.

[10] ZAGREBLESKY, Gustavo. "Jueces constitucionales". En: Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007, p. 100.

[11] *Ibid.*

III. EL PROBLEMA DE LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA

Frente a este importante rol que el modelo de Estado Constitucional de Derecho le asigna al juez, al otorgarle la responsabilidad de defender la primacía jurídica de la Constitución interpretando los alcances de la norma constitucional en cada caso concreto que es sujeto a su conocimiento, surge la interrogante acerca de la compatibilidad del ejercicio de este control de constitucionalidad con el principio democrático de la regla de la mayoría, en la medida en que un juez, funcionario no elegido por el pueblo, tendría la facultad de dejar sin efecto una norma expedida por los representantes de la voluntad popular. Esto es lo que hemos convenido en denominar, en término acuñado por Alexander Bickel^[12], conforme a lo indicado líneas arriba, como la dificultad contramayoritaria.

Antes de pasar a revisar con detalle los argumentos que la justifican, creemos que es importante apuntar, conforme a lo apuntado por Bayón^[13], que esta objeción debe ser entendida en términos relativos pues su mayor o menor fuerza depende de los siguientes factores:

- a) El modo en el que se establezcan en la Constitución las restricciones a la capacidad de decisión del legislador democrático y la práctica interpretativa seguida de hecho por los jueces constitucionales. A mayor indeterminación en los enunciados de la Constitución y a mayor ambigüedad y controversia en cuanto a sus alcances, habrá mayor margen de discrecionalidad para los jueces y, por tanto, mayor poder para ellos.
- b) Los jueces tienen una legitimidad democrática de origen menor a la del Parlamento y son elegidos por tiempo limitado. Este es un factor que limita el poder de los jueces.
- c) El grado de rigidez de la Constitución, en la medida en que los jueces tendrán mayor poder en caso haya mayor dificultad para realizar una enmienda constitucional que permite revertir los efectos de la interpretación de la Constitución realizada por los jueces.

Cabe precisar, respecto a este último punto, que hay autores, como es el caso de Alfonso Ruiz Miguel^[14], que sostienen que el problema no radica tanto en la legitimidad del control de constitucionalidad por cuanto este en sí mismo no

[12] BICKEL, Alexander. "The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 1962, p. 16.

[13] BAYÓN, Juan Carlos. "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del neoconstitucionalismo". En: Carbonell, Miguel; y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neo constitucional*. Madrid: Trotta, 2010, pp. 289-291.

[14] RUIZ MIGUEL, Alfonso. "Constitucionalismo y democracia". En: *Isonomía*. Número 21— Octubre 2004. México D.F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), 2004, pp. 62-63.

tiene por qué suscitar objeción contramayoritaria alguna si no va acompañado de una Constitución rígida. En ese sentido, el problema radicaría entonces en los procedimientos de reforma constitucional especialmente rígidos antes que en los controles externos de constitucionalidad.

Como elementos centrales de la dificultad contramayoritaria podemos identificar los siguientes^[15]:

- a) Una mayoría de la sociedad dispuesta a implementar cierta política por medio de una ley que considera constitucional.
- b) Su impugnación ante la justicia, independiente y no elegida mediante el voto popular, la que debe decidir contemporáneamente sobre su validez.
- c) Una discrepancia aguda en la interpretación de la Constitución.
- d) Una Constitución difícil de reformar.

Como puede observarse a partir de estos elementos, la dificultad contramayoritaria es el fiel reflejo de una tensión que trasciende toda la estructura del Estado Constitucional, la tensión entre el principio de soberanía popular y el principio de supremacía jurídica de la Constitución. Consideramos que ello es así en la medida en que lo que se encuentra en debate es cuál debe ser el órgano o instancia encargado de interpretar la Constitución y si dicha interpretación debe ser considerada como la última palabra respecto a los alcances de la norma constitucional. Ello resulta especialmente delicado teniendo en cuenta que en dicha norma se apunta a regular los alcances de los derechos de los ciudadanos.

En ese sentido, otra de las formas en las que se presenta la dificultad contramayoritaria apunta a un cuestionamiento de la labor interpretativa del juez respecto a la norma constitucional, el cual puede ser traducido en los siguientes argumentos: i) La justicia constitucional se atribuye a una élite no representativa ni responsable ante los ciudadanos que termina imponiendo su propia ideología a través de sus interpretaciones de la Constitución; y ii) A través de la justicia constitucional se propugna la sobreprotección en mayor o menor medida de los criterios éticos y políticos de la mayoría de un determinado momento histórico a expensas de las generaciones sucesivas^[16].

Como principales expositores de los argumentos que sustentan la validez de la dificultad contramayoritaria podemos citar a John Ely, Richard Bellamy y Jeremy Waldron, si bien cada una de sus posiciones tiene matices que es preciso tener en cuenta, y que explicaremos a continuación

[15] González Bertomeu, Juan F. "Cómo aprendía a odiar (y a amar) la discusión sobre el control judicial". En: Campos Bernal, Heber Joel. *Control Constitucional y Activismo Judicial*. Lima: Ara Editores, 2012, p. 168.

[16] RUIZ MIGUEL, Alfonso. Op. Cit., pp. 66-70.

En el caso del jurista estadounidense John Ely⁰⁷¹, no estamos ante una postura que rechace por completo la posibilidad de la revisión judicial sino, más bien, ante una postura moderada que matiza sus alcances pues circunscribe la legitimidad de dicha práctica a aquellos casos en los cuales se haya restringido derechos fundamentales de orden procedimental, es decir, derechos con incidencia en el proceso político democrático, como es el caso del derecho al voto o la libertad de expresión. En otras palabras, para este autor la dificultad contramayoritaria solamente sería superada por razones de tipo procedimental, en la medida en que solamente sería justificable restringir el principio democrático de la regla de la mayoría en aras de preservar las condiciones que hacen posible el propio proceso democrático, como es el caso de los derechos civiles y políticos. Para tal efecto, esgrime como argumentos los siguientes:

- a) La Constitución de Estados Unidos se ocupa fundamentalmente de procedimientos antes que de valores.
- b) El control judicial resulta compatible con la democracia representativa en aras de preservar precondiciones democráticas.
- c) Los jueces están en mejor posición que las asambleas legislativas para identificar y corregir los defectos 'procesales del sistema democrático pues en su condición de instituciones externas al debate democrático están mejor situadas para detectar el problema y buscar una solución pues no tienen tanto interés en mantener el *statu quo*.

Desde nuestro punto de vista, este alcance limitado que propone Ely respecto a la revisión judicial no resulta pertinente, pues en buena cuenta supone reconocer que no todos los derechos fundamentales cuentan con igual protección constitucional y reduce la Constitución a su valor meramente procedimental, desconociendo el carácter de norma jurídica suprema que contiene principios y valores que irradian todo el ordenamiento jurídico.

En el caso del profesor Bellamy, en cambio, sí hay un rechazo hacia el control judicial por cuanto considera que la asamblea legislativa es un espacio más propicio para interpretar la Constitución y los alcances de los derechos fundamentales que los tribunales. Para ello aduce las siguientes razones⁹¹:

- a) Los tribunales, si bien resuelven casos entre individuos, crean políticas públicas. Los efectos de las sentencias no se agotan en el caso, sino que

[17] ELY, John. "Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review". Cambridge : Harvard University Press, 1980. Citado por: FERRERES COMELLA, Víctor. *El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática*. En: Carbonell, Miguel; y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trona, 2010, pp. 369-371.

[18] Ibid.

[19] BELLAMY, Richard. "El constitucionalismo político". Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 46-56.

generan precedentes e incluso acciones positivas por parte del Estado. Esto es peligroso, pues el diseñar una política pública a partir de un único caso puede generar distorsiones en perjuicio del bienestar colectivo. Al respecto, la legislación tiende a operar con mayor eficiencia, pues tiene la ventaja de los números, en lo judicial no pueden intervenir todas las partes interesadas o afectadas respecto a una materia discutida de alcances generales, por lo que los jueces no pueden estimar de la misma forma que sí puede un político los alcances sociales de una decisión.

- b) La independencia de los jueces a la política o su supuesta dependencia a la razón y la ley para decidir un caso son elementos problemáticos. El autor nos propone a Gran Bretaña y Estados Unidos como ejemplos de casos en los cuales las iniciativas populares que habían sido rechazadas por los tribunales fueron respaldadas posteriormente por los legisladores, de lo cual concluye que el debate legislativo puede ser incluso más favorable que el judicial en la protección de los derechos. Asimismo, considera también que la seguridad jurídica de los procedimientos legalistas es mayor a la judicial, dada la dificultad que representa el modificar o derogar una ley, frente a la posibilidad de cambiar o apartarse de un precedente judicial.
- c) Considera dudoso que los tribunales sean una mayor garantía al criterio contramayoritario frente al Parlamento por cuanto los jueces también, al momento de tomar sus decisiones, son susceptibles de caer en el fenómeno conocido como ciclos de votación (A vence a B, B vence a C, pero C vence a A), según el cual, habiendo más de dos opciones, ninguna alternativa es capaz de vencer a todas las restantes en comparaciones binarias. El autor sostiene que en los tribunales finalmente, al igual que en las asambleas legislativas, se llega a la decisión por la sumatoria de votos antes que por la deliberación respecto a la mejor solución del caso.

Desde nuestro punto de vista, la crítica de Bellamy, si bien puede resultar válida dentro del contexto norteamericano, cuyos niveles de representación y de cultura política justificarían aparentemente una mayor confianza en el legislador, no resulta aplicable de modo universal pues la evaluación del comportamiento tanto de los jueces como de los legisladores respecto al control de constitucionalidad y a la interpretación constitucional es una cuestión que depende del contexto particular de cada ordenamiento jurídico. En ese sentido, a nuestro parecer, la posición planteada por Bellamy, a efectos de ser aplicada, supone una actuación de los legisladores como verdaderos representantes de la voluntad popular, factor que no se encuentra presente en nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo, en el que, ante la pereza y/o incapacidad del legislador

para entrar a regular determinadas cuestiones de las cuales dependen derechos fundamentales, es el juez constitucional, a través de sus sentencias, el que finalmente termina zanjando el asunto.

Por último en lo que respecta al profesor Jeremy Waldron, se trata de una posición mucho más radical puesto que este autor antepone el derecho de participación en condiciones de igualdad de todos los individuos para efectos de la toma de decisiones colectivas, lo cual incluye desde luego la toma de decisiones respecto al contenido y alcance de los derechos, de modo tal que no resulta admisible que dicha decisión sea tomada por los jueces. En otras palabras, la revisión judicial o control de constitucionalidad no resulta compatible con el respeto a nuestra capacidad epistémica como individuos, conforme a la cual, "si nos consideramos titulares de derechos deberíamos considerarnos capaces de tomar decisiones razonables sobre nuestros derechos", ni con el derecho a la deliberación pues en cuanto titulares de derechos todos tenemos derecho a participar en términos de igualdad en las controversias sobre derechos^[20].

Tan importante es para este autor el derecho de participación que lo concibe inclusive como el derecho de los derechos, en la medida en que través de él es que tendrá lugar la discusión acerca de los contenidos de las decisiones colectivas de la comunidad (teoría de la justicia) así como la discusión acerca del procedimiento para tomar tales decisiones (teoría de la autoridad). La tesis del control judicial, a criterio del autor, estaría obviando la discusión respecto al procedimiento, la teoría de la autoridad, para encargar la delimitación del contenido y alcance de los derechos ciudadanos a los jueces^[21].

Desde nuestro punto de vista, la tesis de Waldron es la que presenta tal vez de manera más radical y directa la tensión entre constitucionalismo y democracia que se encuentra detrás de la dificultad contramayoritaria. Sin embargo, no consideramos, como lo hace el autor, que la resolución a dicha tensión sea inclinarse por la solución democrática sin tener en cuenta la defensa de los derechos fundamentales y la garantía del orden constitucional que propugna el constitucionalismo. La evidencia de tal tensión nos debe llevar a la reflexión sobre cuáles serían las alternativas de solución para procurar estabilizar dicha tensión.

A manera de conclusión del presente acápite, debemos tener en cuenta también la concepción que presenta Bayón, en base a los postulados de John Rawls, sobre la dificultad contramayoritaria, por cuanto esta presenta una

[20] WALDRON, Jeremy. "Law and Disagreement". Oxford, Clarendon Press, 1999, pp. 243-249. Citado por: BAYÓN, Juan Carlos. "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del neoconstitucionalismo". En: Carbonell, Miguel; y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neo constitucional*. Madrid: Trotta, 2010, pp. 306-307.

[21] Ibid.

visión intermedia entre las posiciones de Ely y Waldron que es susceptible de ser compatibilizada con el rol que el constitucionalismo contemporáneo otorga a los jueces. De acuerdo a este autor, siguiendo la idea de Rawls de que la participación ciudadana en términos de igualdad no es solamente un medio sino que tiene un valor intrínseco en sí misma, plantea que la dificultad contramayoritaria puede ser concebida como un conflicto de derechos entre, de un lado, el derecho de igual participación o principio de autogobierno, y la mejor protección del resto de derechos¹²¹.

Siguiendo este planteamiento, los instrumentos del constitucionalismo contemporáneo constituyen una limitación al derecho de igualdad en la participación política y se hallan justificados siempre y cuando ostenten una ventaja instrumental para proteger el resto de derechos fundamentales.

IV RESPUESTAS DESDE EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

Planteada la problemática en torno a la dificultad contramayoritaria, pasaremos a revisar cuál ha sido la respuesta que el constitucionalismo contemporáneo ha brindado, para lo cual debemos recordar cuál es la legitimación conceptual que en principio permitiría superar la dificultad contramayoritaria.

Conforme a lo descrito líneas arriba, el constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo, en el marco del cual se concibe a la Constitución como norma jurídica suprema y conjunto de valores y principios que irradian todo el ordenamiento jurídico, otorga un papel preponderante a los jueces como garantes del orden constitucional, permitiéndole un amplio margen de interpretación del contenido y alcances de la Constitución frente al legislador. En este contexto, a entender de Ruiz Miguel^{123]}, las principales funciones que se han atribuido al constitucionalismo son dos:

- a) Garantizar que el poder político jurídico sea ejercido dentro de los límites establecidos. Dicha limitación del poder incluye al poder democrático. Desde esta perspectiva se plantea la existencia de proteger los derechos individuales frente a la tiranía de la mayoría, los cuales se constituyen en un coto vedado o esfera de lo indecible fuera de la negociación política.
- b) Permitir y facilitar ciertas acciones a largo plazo, es decir, las normas constitucionales no son solamente limitadoras sino capacitadoras y

[22] BAYÓN, Juan Carlos. "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del neoconstitucionalismo". En: Carbonell, Miguel; y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neo constitucional*. Madrid: Trotta, 2010, p. 331.

[23] RUIZ MIGUEL, Alfonso. Op. Cit., pp. 63-66.

permisivas del poder políticos. Los instrumentos del constitucionalismo contemporáneo, como es el caso de la revisión judicial, tendrían como objetivo salvaguardar el propio sistema democrático en su conjunto, el cual se asume como parte integrante de la norma constitucional.

Como puede observarse, la respuesta apriorística del constitucionalismo contemporáneo frente a la tensión con la democracia que le plantea la dificultad contramayoritaria radica en negar dicha tensión y soslayarla, aduciendo que en la medida en que la labor del juez dentro de dicho esquema coadyuva finalmente a asegurar las precondiciones de la democracia y, por ende, a garantizar su buen funcionamiento, no hace más que fortalecer el régimen democrático. En esa medida, Dworkin[24] afirmará que el control judicial no representa un coste democrático pues sirve para garantizar las condiciones básicas de la democracia. Por su parte, Ackerman sostendrá que la Constitución es la verdadera expresión de la voluntad popular, de modo tal que lo que hacen los tribunales cuando invalidan una ley es preservar los principios adoptados por el pueblo en momentos extraordinarios de deliberación democrática^[25].

Otro argumento apriorístico empleado desde el constitucionalismo contemporáneo para hacer frente a la dificultad contramayoritaria y a su consecuente tensión con el principio democrático es el argumento del precompromiso, que se ejemplifica con la alusión empleada por el jurista noruego Jon Elster sobre Ulises y las sirenas, aquella antigua historia según la cual el mítico héroe griego, consciente de que su debilidad por los cánticos de las sirenas podía llevarlo a perder el rumbo y quedar preso con ellas, ordena a su tripulación que lo ate a un mástil con objeto de verse imposibilitado de caer en la tentación. De la misma forma, el pueblo, al momento de dictar la Constitución, consciente de los momentos de pasión que pueden venir después y que pueden llevarlo a perder el rumbo, crea determinados mecanismos establecidos en la Constitución con el objeto de asegurar el cumplimiento de lo ordenado en la Carta Magna.

[24] DWORIN, Ronald. "Freedom's Law". Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 24-26. Citado por: FERRERES COMELLA, Víctor. *El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática*. En: Carbonell, Miguel; y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, pp. 359-360.

[25] ACKERMAN, Bruce. "We the People. Foundation". Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 262. Citado por: FERRERES COMELLA, Víctor. *El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática*. En: Carbonell, Miguel; y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, p. 362.

No obstante, este último ejemplo es criticado por el propio Elsner en su obra "Ulises desatado" por cuanto a su juicio dicho ejemplo incurría en imprecisiones y ahora utiliza como ejemplo de la idea de precompromiso el relato de un noble que, ad portas de adquirir unas cuantiosas tierras herencia, se compromete, en atención a sus ideales socialistas, a repartir dichas tierras entre los campesinos. Para tal efecto, firma un documento en virtud del cual donará automáticamente la tierra, el cual solamente puede ser revocado con el consentimiento de su esposa, a quien instruye a no dar tal consentimiento incluso en caso él posteriormente cambie de opinión. La idea detrás de metáforas como estas es la dotar de racionalidad a través del tiempo a las decisiones respecto a la Constitución¹²⁶³.

Sin embargo, dichas respuestas apriorísticas por parte del constitucionalismo contemporáneo resultan insuficientes, desde nuestro punto de vista, para hacer frente a la dificultad contramayoritaria, en la medida en que tienden a soslayar el coste democrático o a negar la tensión entre constitucionalismo y democracia que dicho problema pone en evidencia. En efecto, tanto la teoría del coto vedado como la teoría del precompromiso, así como la teoría de las precondiciones de la democracia, pretenden en buena cuenta subordinar lo político a la justicia. No obstante, a efectos de determinar previamente que es lo justo se ha tenido que recurrir primero al proceso democrático, en el marco del cual debería de haber sido posible evaluar cuál es el mecanismo procedimental que lleva a una mejor garantía de los derechos fundamentales.

En ese sentido, sin desmedro de la importante posición que en el Estado Constitucional tienen los jueces, considero que la dificultad contramayoritaria es una cuestión que no puede ser soslayada a priori y que requiere, a efectos de ser resuelta satisfactoriamente, propugnar un argumento instrumental de los jueces frente al legislador como órganos con mejores capacidades y en mejor posición para garantizar los derechos fundamentales y la primacía jurídica de la Constitución. En ese sentido, concordamos con Ferreres Comella, en que los jueces hacen frente a la dificultad contramayoritaria presentando los puntos a favor que ostentan frente al legislador en lo que respecta a la protección de los principios constitucionales. Tales factores son los siguientes¹²⁷¹:

- a) Factor tiempo: El ejercicio del control de constitucionalidad supone atribuir una determinada responsabilidad a una institución en particular, lo cual implica que esta goza de un tiempo disponible para reflexionar

[26] ELSTER, Jon. "Ulises Desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones". Barcelona: Gedisa, 2002, p. 68.

[27] FERRERES COMELLA, Víctor. *El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática*. En: Carbonell, Miguel; y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, pp. 376-377.

acerca de esta delicada materia con mayor detenimiento que los propios políticos.

- b) Factor valorativo: Existe mayor predisposición institucional a tomarse en serio los valores constitucionales. La judicatura hace las veces de inspector de calidad del producto normativo elaborado por el legislador.
- c) Factor argumentativo: Los tribunales tienen que decidir conforme a principios. Tienen que ofrecer razones para justificar sus decisiones, y estas razones tienen que ser de orden general, pues deben valer, no sólo para el caso concreto, sino también para casos futuros. En la medida en que los jueces no pueden saber con precisión quiénes resultarán beneficiados o perjudicados el día de mañana por las reglas jurisprudenciales que hoy formulan, tienen un fuerte incentivo para actuar de manera objetiva.

Asimismo, siguiendo a Lawrence Sager, debemos tener en cuenta las siguientes virtudes estructurales del proceso judicial²⁸¹:

- Nadie debe ser juez de su propia causa. La tarea de contrastar un acto político democrático con los principios constitutivos de la justicia política no debería corresponder a la misma institución que emitió ese acto.
- Los jueces son considerablemente más independientes frente a la presión de la opinión pública que las autoridades públicas elegidas.
- Los jueces ostentan una tendencia natural a la generalidad y a la abstracción de los argumentos en la medida en que las decisiones que toman deben ser consistentes con sus decisiones futuras.

Los jueces están obligados a ofrecer las razones que fundamentan sus decisiones a los demás jueces y al público en general, y estas razones son de un tipo especial, a saber: son accesibles públicamente y defendibles públicamente (ejemplo de razón pública). Este rasgo se refuerza con la naturaleza colegial y deliberativa de los tribunales.

La función de los jueces es especializada y está dirigida a evaluar la conducta gubernamental a la luz de la Constitución (inspector de calidad).

Como último complemento a este esquema argumentativo que tiende a justificar, aunque sea de manera instrumental, la superación de la dificultad contramayoritaria y la consecuente legitimidad democrática de los jueces, debemos tener presente que esta no se trata, conforme lo hemos podido observar a lo largo del presente trabajo, un tema que deba ser tomado en cuenta meramente

[28] SAGER, Lawrence G. "Juez y democracia: Una teoría de la práctica constitucional norteamericana". Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 91-107.

de soslayo por parte de los jueces en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho.

En ese sentido, planteamos que la legitimidad democrática de los jueces no solamente debe ser evaluada en función al rol que le corresponde ocupar a la judicatura en el ordenamiento constitucional sino, además, como una legitimidad de ejercicio, es decir, una legitimidad que los jueces van ganando conforme van cumpliendo con las funciones que les han sido encargadas por la Constitución.

Una herramienta clave para la consecución de dicho objetivo es la teoría de la argumentación jurídica, para lo cual podemos tomar como referencia los seis criterios enunciados por Bernal Pulido para evaluar la racionalidad de una decisión judicial²⁹:

1. Primer criterio: Claridad y consistencia conceptual
Las resoluciones judiciales deben expresar los argumentos en los cuales se fundamentan de manera clara y precisa, de modo tal que estos puedan ser comprendidos por las partes. Asimismo, no puede haber contradicción entre tales argumentos ni atribuir significados distintos a los términos empleados para sustentar el fallo.
2. Segundo criterio: Consistencia normativa
Los jueces deben asignar los mismos resultados a hechos análogos. Las diferencias de criterio deben ser justificadas.
3. Tercer criterio: Saturación
La resolución judicial debe contener todas las premisas que sirven de sustento para arribar al fallo expresado en ella.
4. Cuarto criterio: Respeto de la lógica deductiva
5. Quinto criterio: Respeto de las cargas de argumentación
6. Sexto criterio: Consistencia argumentativa y coherencia
No puede haber contradicción entre los argumentos que sustentan el fallo judicial. Los argumentos deben estar sustentados en reglas, valores comunes o principios generales.

Siguiendo esta línea de pensamiento, cabe considerar también herramientas técnicas tales como el test de ponderación y el principio o examen de proporcionalidad, las cuales, si bien no logran excluir una posible interferencia de los valores subjetivos del juzgador en el caso en concreto, permiten circunscribir un marco en el cual este debe fundamentar sus decisiones.

En la medida en que, conforme fue señalado líneas arriba, la Constitución está conformada en su mayoría por normas de principio, las cuales se encuentran referidas en mayor parte a los derechos fundamentales, la ponderación se

[29] BERNAL PULIDO, Carlos. "El Derecho de los derechos". Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

constituye en un mecanismo a través del cual se interpreta el contenido y alcances de los derechos fundamentales a partir de la resolución de los conflictos que se susciten entre ellos.

La ponderación, como mecanismo de resolución de conflicto entre principios, se encuentra estructurada en las siguientes partes^[30]:

a) La ley de la ponderación

El presente mecanismo tiene como máxima la siguiente: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de no afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"^[31]. En otras palabras, la restricción de un principio en beneficio de otro solamente será admisible en caso que la satisfacción de este último principio compense el menoscabo efectuado al otro principio en conflicto.

Esta ley supone entonces la realización de tres pasos elementales: la identificación del grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios enfrentados, la identificación del grado de satisfacción de otro principio, y determinar si ese grado de satisfacción de uno de los principios compensa o justifica la restricción o afectación del otro.

b) La fórmula del peso

A efectos de determinar si la satisfacción de uno de los principios en conflicto justifica la afectación del otro, se deben tener en cuenta las siguientes variables:

El grado de afectación de los principios en el caso concreto, tanto en lo que respecta a la satisfacción de uno como a la afectación o no satisfacción del otro.

El peso abstracto de los principios en conflicto, el cual depende en buena cuenta de la posición en la que se encuentren ubicados dentro de las fuentes del Derecho y de la concepción de los valores predominantes en la sociedad.

La seguridad de las apreciaciones empíricas

La determinación del grado de cada uno de estas variables se expresa a través de una escala triádica o de tres intensidades. Así, el grado de afectación de los principios, tanto en sentido abstracto como en sentido concreto, puede ser intenso, medio o leve; mientras que las apreciaciones empíricas pueden ser seguras, plausibles o falsas.

[30] BERNAL PULIDO, Carlos. "Estructura y límites de la ponderación". En: *Doxa*. Número 26, 2003, pp. 225-238.

[31] ALEXY, Robert. "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales". Traducción de Carlos Bernal Pulido. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Número 66, 2002, p.32. Citado por: BERNAL PULIDO, Carlos. Op. Cit., p. 227.

Tales variables se relacionan a través de la siguiente fórmula:

$$\text{Peso relativo} = \frac{\text{Peso concreto} \cdot \text{Peso abstracto} \cdot \text{Seguridad (Principio 1)}}{\text{Peso concreto} \cdot \text{Peso abstracto} \cdot \text{Seguridad (Principio 2)}}$$

Escala triádica

- Peso concreto: leve (1), medio (2), e intenso (4)
- Peso abstracto: leve (1), medio (2), e intenso (4)
- Seguridad: seguro (1), plausible (2), falso (4)

El propósito de esta fórmula es expresar el peso relativo de un principio respecto de otro principio en conflicto. Prevalece el principio cuyo peso relativo es menor.

a) Las cargas argumentativas

En caso la fórmula del peso lleve a un empate entre los principios en conflicto, existen dos criterios a optar a efectos de resolver el conflicto, los cuales se encuentran referidos a las cargas argumentativas requeridas para que un principio supere al otro. Tales criterios son los siguientes:

- *In dubio pro libertate*

La carga argumentativa se encuentra a favor de la libertad y la igualdad jurídica. Es decir, ningún principio opuesto a ellas prevalece a menos que se aduzcan razones más fuertes.

- *In dubio pro legislatore*

Se debe favorecer el acto enjuiciado, el cual aparece como medida no desproporcionada, en atención al principio democrático, en virtud del cual las leyes dictadas por los representantes de la voluntad popular son en principio legítimas.

Como puede observarse, la ponderación implica todo un íter procedimental que debe seguir el juzgador a efectos de resolver el conflicto entre principios que se somete a su conocimiento. Dicho conflicto puede producirse tanto entre derechos fundamentales entre sí como entre derechos fundamentales y bienes de relevancia constitucional, de ahí que puede sostenerse que la ponderación es un mecanismo a través del cual se resuelve un conflicto entre derechos fundamentales.

No obstante, conforme lo señala Bernal Pulido^[32], si bien en principio aparenta ser una fórmula completamente racional, en realidad no lo es tanto pues la determinación de las variables que intervienen en la fórmula del peso (el peso abstracto, el peso concreto y la seguridad de las apreciaciones empíricas) no

[32] *Ibid.*

puede ser realizada en base a parámetros objetivos sino que depende en última instancia de las apreciaciones discrecionales del juez. En el caso de la seguridad de las apreciaciones empíricas, se trata además de una variable condicionada por los conocimientos empíricos limitados del juzgador y por la dificultad en la evaluación de factores como la rapidez, la probabilidad, el alcance y la duración de la medida sometida a juzgamiento.

Sin embargo, ello no quiere decir que este mecanismo carezca por completo de racionalidad y que no valga la pena su utilización como herramienta de resolución de conflictos entre derechos fundamentales. La búsqueda de tal grado de racionalidad es imposible e implica finalmente caer en un hiperracionalismo que desconoce que la racionalidad tiene límites y que es imposible apartar por completo las apreciaciones subjetivas^[33].

Antes que una fórmula algorítmica que proporciona una única respuesta correcta, la virtud de la ponderación constituye en ser un mecanismo estandarizado a través del cual los jueces pueden expresar ampliamente sus argumentos respecto al contenido y alcance de los derechos fundamentales en términos que pueden ser conocidos y debatidos por todos los operadores del Derecho.

En ese sentido, la fórmula del peso hace explícitos todos los elementos que el juez debe tener en cuenta para que sus decisiones encuentren respaldo en una fundamentación correcta. En la práctica jurídica, estas decisiones judiciales conforman una red de precedentes que permite la aplicación consistente y coherente de los principios y la predicción de los resultados de las ponderaciones futuras^[34].

De otro lado, el principio o examen de proporcionalidad es aquel mecanismo que permite determinar si la medida sometida a conocimiento del juzgador puede ser reputada como una restricción ilegítima de algún derecho fundamental. Está constituida por los siguientes subprincipios^[35]:

- **Idoneidad:** Según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. Supone la identificación y precisión en la mayor medida posible del fin o de los fines estatales legítimos, la individualización del medio implementado y la limitación del (o los) derecho(s) afectado(s) por la limitación que se ataca de excesiva. Después, se evalúa la relación de fomento entre medio y fin. Esta última

[33] BERNAL PULIDO, Carlos. "La racionalidad de la ponderación". En: Carbonell, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 44.

[34] *Ibid.*

[35] BERNAL PULIDO, Carlos. *Op. Cit.*, pp. 66-68.

relación es entendida en sentido débil pues no se requiere la satisfacción del fin en todo sentido sino que basta que este sea realizado aunque sea en parte.

Necesidad: Según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido. El medio es necesario cuando no pudo ser establecido otro medio, igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. En este caso la comparación es doble: los medios alternativos se comparan con el implementado en relación con el fomento del fin estatal (examen de medios alternativos respecto a la idoneidad) y en relación con la intensidad de la afectación del derecho (examen de medios alternativos que menos limita el derecho).

Proporcionalidad en sentido estricto: Según este subprincipio, la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general.

Respecto a este último concepto, cabe destacar también el desarrollo que ha realizado al respecto Laura Clérico, quien sostiene que el examen de proporcionalidad no solamente debe ser realizado teniendo como objeto una medida que se considera lesiva de algún derecho fundamental (exceso de restricción) sino también aquella omisión o acción insuficiente que imposibilite injustificadamente el ejercicio del derecho fundamental invocado[36].

En conclusión, una de las virtudes de herramientas como la ponderación que se condice con el principio democrático, es el hecho de que permite al juez explicitar las razones por las cuales resuelve en determinado sentido, sobre todo en lo que respecta al contenido y alcances de los derechos fundamentales. Bajo el esquema de la ponderación, los argumentos de los jueces pueden ser conocidos por todos los ciudadanos y ser sometidos al escrutinio público. Así, a decir de Barberis^[37], la ponderación es una técnica básicamente destinada a explicitar,

[36] CLÉRICO, Laura. "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto". En: Carbonell, Miguel. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 125-173.

[37] BARBERIS, Mauro. "Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa y la mía". Ponencia presentada en el *Master* en argumentación jurídica de la Universidad de Alicante el 6 de junio de 2011, p. 550.

no a ocultar las pautas éticas, políticas y económicas que la interpretación constitucional necesariamente conlleva.

En ese sentido, no se trata de que la ponderación sea un procedimiento eminentemente racional que tiene por finalidad servir de parámetro al juez para llegar a la respuesta correcta. La virtud de la ponderación radica, antes que en el resultado, en el método, que permite conocer las consideraciones, inclusive las meramente subjetivas, que se encuentran detrás de la decisión tomada por el juez. Este método resulta siendo mucho más razonable que el mero ocultamiento del conflicto bajo la pretendida solución al amparo de un solo principio.

En la misma línea, cabe apuntar que "todos los autores del derecho —el constituyente, el legislador e incluso los jueces— ponderan valores, no pueden no hacerlo, y, si es así, mejor que lo hagan explícitamente. Si los jueces constitucionales quieren aplicar (toda) la Constitución, entonces no pueden dejar de lado ninguno de los principios relevantes: ellos deben tomarlos en cuenta todos, resolver sus conflictos y especificar las reglas abstractas que puedan ser aplicadas en sentido estricto"[38].

Entonces, la ponderación es un mecanismo que resulta compatible con la democracia en la medida en que, al explicitar los términos de los conflictos subyacentes entre los distintos principios establecidos en la Constitución, permite el diálogo y el establecimiento de equilibrios y compromisos entre las diferentes pautas éticas y políticas presentes en la sociedad.[39]

Asimismo, como lo señala Bernal Pulido, "la concepción de los derechos fundamentales como principios aplicables mediante la ponderación logra ligar de la mejor manera posible dos dimensiones que son relevantes en la aplicación de los derechos fundamentales: la dimensión institucional y la dimensión de la corrección. Desde el punto de vista institucional, debe reconocerse que en el ámbito de los significados implícitos de los derechos fundamentales, allí en donde no es claro si la Constitución ordena o prohíbe algo, el Tribunal Constitucional disfruta de un margen de deliberación. Por su parte, desde la perspectiva de la corrección, en estos casos el Tribunal Constitucional debe respetar los márgenes de acción del legislador y de la jurisdicción ordinaria. La única respuesta correcta es que en estos casos, los derechos fundamentales no ofrecen ninguna respuesta correcta"⁴⁰.

[38] Ibid.

[39] Ibid.

[40] BERNAL PULIDO, Carlos. "¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España". En: Sieckmarm, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 241.

Dicho autor pone de relieve también la importancia de la ponderación para la formulación de decisiones judiciales que conformen una red de precedentes que permitan otorgar seguridad jurídica respecto al contenido y alcances de los derechos fundamentales. La fórmula del peso hace explícitos todos los elementos que el juez debe tener en cuenta para que sus decisiones encuentren respaldo en una fundamentación correcta. En la práctica jurídica, estas decisiones judiciales conforman una red de precedentes que permite la aplicación consistente y coherente de los principios y la predicción de los resultados de las ponderaciones futuras^[41].

Por tanto, dado que la ponderación permite una mejor explicitación de las razones que se encuentran detrás de las decisiones de los jueces, sobre todo en lo que respecta al contenido y alcances de los derechos fundamentales, y que el ejercicio de dicho mecanismo contribuye también al asentamiento de precedentes que otorgan predictibilidad respecto a las futuras decisiones judiciales, consideramos que el ejercicio de la ponderación por parte de los jueces permite la legitimación de su función en el contexto de un régimen democrático. Se trata de una legitimación de ejercicio antes que de origen, cuyo menor o mayor grado dependerá de la calidad de sus resoluciones y del buen uso de la técnica de la ponderación.

Cabe advertir, en ese sentido, ciertos matices que son indispensables tener en cuenta a efectos de que la ponderación cumpla ese papel legitimador del accionar de los jueces. El primero de ellos estriba en que la ponderación, dado su carácter instrumental, depende finalmente, para la consecución de tal finalidad legitimadora, de un uso prudente por parte de los jueces, que tenga en cuenta también los márgenes de acción propios del legislador y el alcance de sus competencias. El desconocimiento de este factor puede hacer que la ponderación pierda las virtudes que por naturaleza la hacen compatibles con el principio democrático y que sea reducida nuevamente a su visión disminuida como juicio subjetivo y arbitrario.

Bernal Pulido propone justamente como matiz a la definición de norma principio otorgada por Alexy que dicha norma debe definirse como un mandato de optimización que, a efectos de ser realizado en la mayor medida posible, tenga en cuenta no solamente las posibilidades jurídicas y fácticas existentes sino también las posibilidades epistémicas, entendidas estas como el margen legislativo para la toma de decisiones políticas y el margen de la jurisdicción ordinaria para la interpretación del derecho ordinario y la valoración de pruebas^[42].

[41] *Ibid.*

[42] BERNAL PULIDO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 239.

Como segundo matiz es importante apuntar también que la ponderación, como toda construcción teórica, supone un ideal de racionalidad que no necesariamente es posible de realizar en todos sus términos en la práctica. No obstante, teniendo en cuenta tales limitaciones debemos procurar alcanzar el logro de dicho ideal en la medida de lo posible.

V. CONCLUSIONES

Dentro del marco del Estado Constitucional de Derecho, a los jueces se les ha asignado la responsabilidad de ser los garantes de la primacía jurídica de la Constitución y de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, para lo cual cuentan con la facultad de interpretar las leyes en función a la Constitución y determinar la incompatibilidad del producto normativo del legislador respecto a la norma constitucional.

- Dentro de tal contexto, tal labor de revisión judicial revela una tensión entre constitucionalismo y democracia, la cual se denomina como dificultad contramayoritaria. Se plantea la interrogante sobre la legitimidad que faculta al juez para dejar de lado decisiones adoptadas por los legisladores, los representantes de la voluntad popular.
- Tal dificultad contramayoritaria no puede ser contestada únicamente a través de argumentos apriorísticos tendientes a soslayar o negar la tensión que dicho fenómeno evidencia entre constitucionalismo y democracia. Dichos argumentos resultan insuficientes y deben ser complementados con la enunciación de las características instrumentales que hacen que los jueces se encuentren en mejor posición que el legislador en lo que respecta a la interpretación constitucional y a verificar que la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales sea acorde con la Constitución.
- Tal argumento instrumental debe ir de la mano con una consideración permanente por parte de la judicatura de hacer frente a dicha dificultad contramayoritaria. Por ello, se plantea la construcción de una legitimidad de ejercicio basada en una adecuada motivación de las decisiones judiciales basada en la teoría de la argumentación jurídica y en el empleo de herramientas técnicas tales como el test de ponderación y el examen de proporcionalidad.
- El ejercicio de la ponderación por parte de las jueces, en la medida en que le permite tener la capacidad para dejar de lado las normas emitidas por el legislador como representante de la voluntad popular, parece implicar que es una situación que resulta incompatible con el principio democrático.

A esta situación, que revela la tensión entre constitucionalismo y democracia, se le denomina dificultad contramayoritaria.

- Tal presunción de incompatibilidad se deriva únicamente de una concepción minimizada de la ponderación, la cual la asume simplemente como una estratagema que esconde meramente la decisión arbitraria de los jueces basada meramente en sus apreciaciones subjetivas.
- Por el contrario, la virtud de la ponderación radica, antes que en el resultado, en el método, que permite conocer las consideraciones, inclusive las meramente subjetivas, que se encuentran detrás de la decisión tomada por el juez. Este método resulta siendo mucho más razonable que el mero ocultamiento del conflicto bajo la pretendida solución al amparo de un solo principio. En ese sentido, al permitir delimitar el ámbito de discrecionalidad de los jueces, es posible conocer con mayor detalle los argumentos detrás de sus decisiones, con la consecuente posibilidad de que la actuación judicial pueda ser ampliamente conocida y debatida por la comunidad. Ello es una virtud que la hace compatible con el principio democrático.
- Tal compatibilidad permite la construcción de legitimidad de ejercicio por parte de los jueces en el contexto de un régimen democrático. Sin embargo, a efectos de que dicha legitimidad sea consolidada, es indispensable que los jueces ejerzan con prudencia la ponderación y tengan en cuenta las consecuencias de sus decisiones. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, si bien un ejercicio conforme en todo punto con el ideal de la ponderación no siempre es posible, representa un ideal al que hay que apuntar.