

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación de Estudios y Publicaciones

Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador

Sebastián López Hidalgo



Derecho y Sociedad

4

Sebastián López Hidalgo

**REFLEXIONES ACERCA
DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA
DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL
EN ECUADOR**



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



Quito, 2018



Derecho y Sociedad

Claudia Storini, *editora general*

***Reflexiones acerca de la legitimidad democrática
de la justicia constitucional en Ecuador***

Sebastián López Hidalgo

Primera edición:

ISBN Corporación de Estudios y Publicaciones: 978-9942-10-433-5

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador: 978-9978-19-892-6

Derechos de autor: 054479

Impreso en Ecuador, septiembre de 2018

Coordinación editorial: *Jefatura de Publicaciones, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*

Supervisión editorial: *Shirma Guzmán Palacios*

Diseño y revisión de texto: *Corporación de Estudios y Publicaciones*

Diseño de portada y logotipo de la serie: *Corporación de Estudios y Publicaciones*

© Corporación de Estudios y Publicaciones

Cristóbal de Acuña E2-02 y Juan Agama

Apartado postal: 1721000186 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 222 1711, 223 2693, 223 2694 • Fax: (593 2) 222 6256

www.cep.org.ec • ventas@cep.org.ec

© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Toledo N22-80

Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426

www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

La versión original de texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión de pares ciegos, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de esta editorial.

El texto original de este ensayo fue realizado para la obtención del título de Doctor en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Índice

Dedicatoria	I
Abreviaturas	III
Prólogo	V

Introducción	1
---------------------	---

Capítulo 1

ORIGEN Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Origen y expansión de la justicia constitucional: Notas para el análisis	1
---	---

El modelo americano y el modelo europeo de justicia constitucional	1
Una apuesta por la opción judicialista	12

El carácter contramayoritario de la revisión judicial y el principio democrático	22
---	----

Originalismo y el elitismo epistemológico	33
Una defensa parcial-procedimental de la revisión judicial	45
La crítica a la revisión judicial y su fuente de legitimidad	49

La aportación de la democracia deliberativa a un constitucionalismo dialógico como fuente de legitimidad democrática	56
---	----

La legitimidad democrática y las objeciones contramayoritarias desde el atrincheramiento de los derechos	70
---	----

El coto vedado de los derechos	72
La teoría del precompromiso	76
La abstracción como estrategia conciliadora	80

Una defensa contextual de la revisión judicial	91
---	----

Capítulo 2

EL CARÁCTER DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: EL JUEZ Y EL LEGISLADOR DEMOCRÁTICO

La interpretación constitucional, sus normas y los intérpretes de la Constitución	99
La interpretación y la particularidad de las normas constitucionales	99
Diferencias estructurales	109
Diferencias como razones para la acción	111
Los agentes encargados de la interpretación constitucional	121
La particularidad de la interpretación constitucional: Una referencia al método tópico	129
La interpretación y la actividad judicial en el marco de la teoría cognitiva y escéptica: Un problema de legitimidad constitucional	136
Interpretación en el marco de una teoría cognitiva de la actividad judicial	138
Interpretación en el marco de una teoría escéptica de la actividad judicial	142
Entre la teoría de la interpretación constitucional, el juez y el legislador democrático: El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad y fuente de legitimidad	148
Precisión conceptual; estructura del principio de proporcionalidad y estatus jurídico	148
Precisión conceptual del principio de proporcionalidad	149
Estructura del principio de proporcionalidad	157
Estatus del principio de proporcionalidad	161
El principio de proporcionalidad y su vínculo con el legislador democrático: una mención al contenido esencial de los derechos y sus teorías	167
Una teoría absoluta del contenido esencial	172
Una teoría relativa del contenido esencial	176
Una teoría mixta del contenido esencial	179
El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad y fuente de legitimidad del juez frente al legislador	190
Interpretación y los casos fáciles en el control de constitucionalidad de la ley	193

Interpretación y los casos difíciles en el control de constitucionalidad de la ley: Las normas adscritas	195
Objeciones a la aplicación del principio de proporcionalidad	201
La subjetividad del principio de proporcionalidad como método válido con claridad conceptual	202
La incommensurabilidad del principio de proporcionalidad	206
El ejercicio de la discrecionalidad controlable en la interpretación judicial constitucional: La interdicción de la arbitrariedad	208

Capítulo 3

**INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA
DE LA REVISIÓN JUDICIAL EN LA CORTE
CONSTITUCIONAL ECUATORIANA**

Interpretación en la Corte Constitucional ecuatoriana: El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad y fuente de legitimidad democrática	215
Algunos datos cuantitativos del control abstracto de normas y de actos administrativos con efectos generales en la CCPT y en la primera CC	221
a) Número total de sentencias emitidas que se relacionan con impugnaciones a actos normativos y acto administrativos con efecto generales	222
b) Número de sentencias relativas a impugnaciones contra actos normativos y actos administrativos con efectos generales ante la CCPT y la Primera Corte Constitucional.	224
c) Número de sentencias por legitimado pasivo	225
d) Número y porcentaje de sentencias de fondo respecto de normas emanadas del legislador y del ejecutivo	227
Análisis cualitativo de las decisiones de la CC: El principio de proporcionalidad, la dificultad contramayoritaria y la democracia deliberativa	231
CCPT	231
a) El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad	231
b) La dificultad contramayoritaria y la práctica deliberativa	245
Primera Corte Constitucional	248
a) El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad	248
b) La dificultad contramayoritaria y la práctica deliberativa	256

Otros mecanismos como fuente de legitimidad de la revisión judicial: el deber de motivación y forma de elección de los miembros de la CC	260
El deber de motivación como fuente de legitimidad democrática de la revisión judicial	260
La forma de elección de los miembros de la CC: Una aportación a la legitimidad democrática	266
La CRE de 2008: ¿Una articulación entre soberanía popular, participación ciudadana y justicia constitucional? ¿Rasgos de una Carta que facilita el diálogo democrático?	275
Conclusiones	281
Bibliografía	309

*A mi esposa y compañera
Maricela.*

*A mis hijos
María Angélica, Juan Sebastián y Ana Camila.*

Abreviaturas

CAL:	Consejo de Administración Legislativa de la Asamblea Nacional
CC:	Corte Constitucional.
CCPT:	Corte Constitucional para el Período de Transición.
CE:	Constitución de España
CEDEC:	Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional
CEPC:	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
CPE:	Constitución Política de la República del Ecuador de 1998
CRE:	Constitución de la República del Ecuador de 2008
DRC:	Dictamen de reforma constitucional
EP:	Acción Extraordinaria de Protección
IA:	Inconstitucionalidad de acto administrativo con efectos generales
IN:	Inconstitucionalidad de acto normativo
LOFL:	Ley Orgánica de la Función Legislativa
LOGJCC:	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
SAN:	Sentencia de acción por incumplimiento
SCN:	Sentencia de consulta de norma
SEP:	Sentencia acción extraordinaria de protección
SIA:	Sentencia de inconstitucionalidad de acto administrativo con efectos generales
SIN:	Sentencia de inconstitucionalidad de acto normativo
TC:	Tribunal Constitucional
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Prólogo

La teoría de la interpretación, entendida como límite a los poderes de los últimos intérpretes de la Constitución, es uno de los ámbitos del derecho constitucional en el que, a pesar de la multiplicidad de estudios existentes, todavía existe un amplio debate.

Las Altas Cortes, que nacieron para desarrollar la que debería haber sido una labor jurisdiccional aséptica, han llegado a configurarse como partícipes, en muchas ocasiones, del proceso legislativo. El simple análisis de los fallos de algunas de sus sentencias demuestra la progresiva acentuación de las características normativas de la labor de ese órgano, y su creciente afirmación como interlocutor privilegiado del Parlamento en el proceso de formación y aplicación de sus decisiones normativas fundamentales. El renovado papel de las Cortes, su progresiva expansión y su función sustancialmente normativa ya no pueden justificarse con la imagen, hábilmente esbozada en la doctrina, de una legislación de “rimas obligadas”, con la que se intentó contemperar el método para-judicial de las Cortes y las consecuencias sustancialmente normativas de algunas de sus decisiones¹. La jurisprudencia constitucional demuestra que solo con una buena dosis de ingenuidad se podría todavía sostener que las sentencias normativas de los Tribunales o Cortes constitucionales son el mero resultado de una interpretación mecánica impuestas por la “métrica” de las normas constitucionales. Pues es evidente que en muchas ocasiones se trata de una elección conscientemente adoptada por este órgano frente a una multitud de soluciones posibles. El inevitable, pero implícito en sus mismas premisas, desarrollo del principio de legalidad, esto es, la afirmación de las Constituciones rígidas garantizadas, tiende por tanto a desplazar el baricentro del ordenamiento jurídico desde el Parlamento al órgano de justicia constitucional y, aunque la ley siga siendo el principal acto normativo en el sistema de las fuentes, esto será así tan solo dentro de los límites impuestos por el Tribunal por medio de sus decisiones inmodificables. Todo esto ha llevado a la doctrina a auspiciar la elaboración de una teoría de la división de poderes más adecuada a la realidad de la justicia constitucional. Tanto la crisis del Parlamento, como la expansión de las capacidades

1 Vezio Crisafulli, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, vol. II (Padua: Cedam, 1978), 363 y s.

normativas de los Tribunales constitucionales ya no pueden calificarse como fenómenos contingentes o territorialmente aislados y, por ello, para poder justificarlos, se hace necesario reconsiderar los conceptos de “forma de Estado” y “forma de Gobierno”, en relación con la actual experiencia constitucional para revisar la posición en ellos asignada a los Tribunales constitucionales. Además, si se considera que los órganos de justicia constitucional no son órganos democráticamente legitimados, en el sentido de que sus miembros no poseen adecuados canales de conexión con la sociedad civil, de la que no pueden considerarse representativos, sino a través de una mediación institucional ambigua y, generalmente, no electiva, sus decisiones, desprovistas de una base consensuada preventiva, deben traer *aliunde* la capacidad de incidir eficazmente en la sociedad y autoafirmarse, con relación a las diferentes determinaciones tomadas por el Parlamento. Ya no es suficiente defender la jurisdicción constitucional como “alteración necesaria”, es decir, responder al problema de la falta de legitimidad de un órgano capaz de crear normas, sosteniendo que “si se observan las cosas serenamente la justicia constitucional no representa tanto una antinomia sino más bien una alteración del esquema democrático-parlamentario, pero una alteración intencionalmente puesta por el constituyente en función de un preciso diseño político [...] en el que la falta de legitimidad democrática que caracteriza la jurisdicción constitucional es inevitable y en alguna medida necesaria, a fin de asegurar la efectiva separación del controlador respecto al controlado”.²

En este marco de reflexión se inserta el brillante trabajo de Sebastián López que pretende discurrir en el debate de la denominada dificultad u objeción contramayoritaria atribuida a los jueces e intenta, sin descuidar los principales aportes teóricos existentes en torno a la temática, articular una respuesta de contexto al ejercicio de tal actividad.

Con esta finalidad, el autor analiza las corrientes más destacadas en torno a la crítica contramayoritaria y defensa de la revisión judicial, intentando articular una defensa de la revisión judicial desde la teoría de la abstracción de los derechos como estrategia conciliadora que permita sortear las críticas más incisivas a dicha actividad. Ensayo una defensa contextual de la revisión judicial, y pone de relieve los puntos más favorables de la vigencia de dicha institución, para así, articular una respuesta favorable, aunque no definitiva, a dicha problemática. A partir de allí, y pasando al análisis del tipo de disposiciones de las que se compone la Constitución, el estudio se

2 Vezio Crisafulli, “La Corte Costituzionale ha vent’anni”, en N. Occhicupo, dir. *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent’anni di attività* (Bologna: Il Mulino, 1978), 72-3.

adentra en el tema de la interpretación constitucional y en cómo los jueces deben asumir la tarea de ser coherentes con una teoría que justifique su intervención en una democracia. En este contexto el autor propone una aproximación al principio de proporcionalidad como mecanismo jurídico apto a justificar un grado de intervención racional y controlable del órgano jurisdiccional sobre la obra del legislador y del ejecutivo. Finalmente, esta construcción teórica servirá de base para la verificación empírica de la aplicación del principio de proporcionalidad por la Corte Constitucional ecuatoriana en el marco de los procesos de control abstracto de normas para evidenciar si dicho órgano jurisdiccional ha logrado o no sortear con éxito el dilema inherente a la anunciada dificultad contramayoritaria.

Como el lector podrá apreciar, todo ello se ha realizado desde el riguroso manejo de las teorías existentes sobre cada uno de los temas tratados, y desde una visión crítica que sobresale a lo largo de todo el trabajo. En este sentido, Sebastián López demuestra ser un investigador riguroso, cuya sólida formación le ha provisto de una coherencia metodológica en la que sobresale una “vigilancia epistemológica” durante todo el proceso de investigación que le permite llegar a significativas conclusiones desde el contexto analizado. Un investigador que logra enfrentarse con éxito a la lógica de circularidad que las relaciones de tipo dialéctico y la influencia recíproca entre los diferentes elementos teóricos presentados impone para demostrar si en Ecuador la Corte Constitucional ha sabido o no cumplir con el deber de motivación que tienen todos los jueces, como único elemento capaz de limitar el margen de discrecionalidad de toda actividad judicial y legitimar la labor del órgano supremo de jurisdicción constitucional. Su uso de categorías clásicas de la *Teoría del derecho* y su proyección en la interpretación constitucional resulta propio de quien ha alcanzado madurez académica e intelectual exigible a quienes dedican su trabajo diario al quehacer universitario.

Con seguridad, todos los trabajos que se han realizado y que puedan hacerse en esta materia resultan insuficientes, pues siempre faltarán aspectos por tratar, se escaparán matices y nunca se llegarán a prever todos los supuestos con los que la Corte Constitucional habrá de encontrarse. No obstante, obras como esta tienen un valor que va más allá de las cuestiones que analizan y de las aportaciones prácticas que hacen, y es el de contribuir con otro grano de arena a la construcción de una teoría democrática de la Constitución que permita legitimar la labor de las Altas Cortes uno de los mayores retos con los que se enfrenta la teoría constitucional del siglo XXI.

Esta obra es el fruto del trabajo presentado por Sebastián López Hidalgo para la consecución de su título obtenido en el programa de Doctorado en

Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de una estancia de investigación desarrollada por el autor en la Universidad de Sevilla, bajo la dirección del doctor Manuel Carrasco Durán. Trabajo que además contó con los aportes del Tribunal ante el que se defendió, compuestos por los doctores Javier Pérez Royo, Rodolfo Luis Vigo, César Montaña Galarza a quienes expreso mi agradecimiento como directora de la tesis y del programa de doctorado.

Solo queda decir que siempre es una alegría para una persona con vocación académica presentar la publicación de un trabajo que tiene su origen en una tesis doctoral previamente dirigida; las tesis doctorales son uno de los frutos más fácilmente identificables en nuestro trabajo académico, y su lectura y posterior publicación suponen la encarnación de ese fruto. Sebastián López ya es Doctor y publica ahora este valioso trabajo de investigación que sin duda llegará a ser un referente para todos aquellos que estarán dispuestos a competir su trabajo para apoyar el tortuoso camino hacia una democracia que permita que la vida constitucional de todo país quede finalmente en manos de una deliberada reflexión colectiva.

Claudia Storini

Introducción

Es frecuente, desde la referencia de Alexander Bickel,³ insistir en el problema de la denominada dificultad u objeción contramayoritaria atribuida a los jueces. Se trata de una idea recurrente que cuestiona, desde una teoría democrática, la existencia de Cortes, Tribunales Supremos o Tribunales Constitucionales, como órganos encargados de configurar y definir con el carácter de última palabra, los contornos constitucionales en detrimento de los órganos con mayor legitimidad democrática dentro del sistema político.

La tesis de un *gobierno de los jueces*, generalizada en Europa con el libro de Lambert⁴ como un gobierno carente de legitimación democrática e irresponsable respecto de sus actuaciones, tiene su origen en los Estados Unidos (EUA) desde que Theodore Roosevelt, en respuesta a las sentencias del Tribunal Supremo norteamericano, condenara el papel del “legislador irresponsable” asumido por los jueces de dicho órgano.

Constantemente, los defensores del principio democrático han sostenido que establecer una carta atrincherada de derechos o confiar la guardia de la supremacía constitucional a órganos elitistas no democráticos (Cortes o Tribunales Constitucionales), permitiéndoles conservar la última palabra en temas constitucionales, constituye una afrenta y una limitación injustificada al legislador democrático que afecta a las bases mismas de una sociedad democrática.

Por otro lado, hay quienes sostienen, con argumentos destacados, que la razón de ser de la justicia constitucional es su función antimayoritaria, la cual, con el objeto de preservar su calidad, limita la cantidad de democracia, para evitar así que el sistema se transforme en un régimen ciego, rendido al mero número.

Sin embargo, ¿cómo lograr conciliar el principio de supremacía constitucional con el principio democrático? ¿Cómo justificar una intervención de órganos jurisdiccionales que abandonan el papel de simples “legislado-

3 Ver Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a. ed. (Nueva Haven: Yale University Press, 1986).

4 Ver Edouard Lambert, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos: La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad del control de las leyes*, trad. por Félix de la Fuente (Madrid: Tecnos, 2010).

res negativos” en las democracias actuales para convertirse en órganos que constantemente crean derecho? ¿Cómo puede ser que, en una democracia, los jueces que no tienen un origen democrático directo puedan dejar sin efecto una ley aprobada por los representantes del pueblo?

Articular una respuesta satisfactoria a la crítica contramayoritaria, aportando algunos ingredientes que contribuyan a afianzar la legitimidad de la revisión judicial, es el objetivo de esta investigación.

Ciertamente, como se indicó inicialmente, en los EUA el problema respecto del fundamento de los límites de la revisión judicial ha recibido un extenso tratamiento doctrinal y ha sido objeto de apasionadas disputas. Sin embargo, en contextos como el ecuatoriano, la idea de un “guardián natural” ha eclipsado el núcleo del debate contramayoritario.

Bayón para el caso español, en palabras que resultan aplicables al contexto ecuatoriano, dice que se ha tendido “a subestimar la envergadura del problema y a dar por sentado con demasiada facilidad que entre democracia y constitucionalismo no hay ninguna dificultad de encaje especialmente severa”⁵, evitando quizá un problema que se torna intelectualmente incómodo.

En este contexto, la primera parte de esta investigación explica el origen y la expansión de la justicia constitucional en sus dos grandes paradigmas; el estadounidense y el europeo, con el fin de trazar el marco general en el cual se desenvuelve el conjunto de actividades asumidas por las Cortes y Tribunales modernas, las cuáles a su vez, han asumido un ámbito de competencias más extendido conforme se han ido consolidando y se han profundizado los sistemas democráticos.

Constituciones fuertemente materializadas en derechos, con una apuesta fuerte en el poder de los jueces, como es la ecuatoriana vigente, invitan a reflexionar sobre los principales aportes que se tejen en torno al debate contramayoritario de la revisión judicial y su relación con el principio democrático.

En el primer capítulo del presente trabajo se abordará, de la mano de destacados autores, las corrientes originalistas o un cierto elitismo epistemológico que encumbra a los jueces, hasta aquellas que llevan a cabo una crítica abierta al ejercicio de tal actividad, pasando por las posiciones que asumen una defensa parcial procedimental de la vigencia de la revisión judicial y por la aportación que brinda una teoría deliberativa de la democracia.

5 Juan Carlos Bayón, “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Jerónimo Betegón, Juan Ramón de Páramo y Francisco J. Laporta, *Constitución y derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales –CEPC–, 2004), 74.

Igualmente, las objeciones contramayoritarias son abordadas en el primer capítulo, desde el denominado coto vedado de los derechos hasta la teoría del precompromiso, intentando articular una defensa de la revisión judicial desde la teoría de la abstracción de los derechos como una estrategia conciliadora que permita sortear las críticas más incisivas a dicha actividad y, al mismo tiempo, revitalizar el papel del legislador, definiendo simultáneamente, los márgenes de actuación de la revisión judicial en una democracia.

Al finalizar el primer capítulo se ensayará una defensa contextual de la revisión judicial, poniendo de relieve los puntos más favorables de la vigencia de dicha institución, para, así, articular una respuesta favorable, aunque no definitiva, a dicha figura.

A partir de ahí, y dado que, la Carta Fundamental se compone de normas de carácter generalmente abstracto, en el segundo capítulo cobra especial atención el tema de la interpretación constitucional y de cómo los jueces, sobre la base de diferentes teorías de la interpretación, han de asumir dicha tarea en una sociedad democrática.

De esta forma, se entiende cómo el problema de la legitimidad de la justicia constitucional cobra un mayor protagonismo en los casos que el margen de discrecionalidad se encuentra ampliado para los órganos jurisdiccionales en razón de la naturaleza propia de las normas constitucionales que le sirven de parámetro.

Una legitimidad que, por no ser directa en el caso de los jueces constitucionales, y al tener que utilizar estas categorías jurídicas abiertas o generales en el ejercicio de su actividad, resulta reconocible solo en la medida en la que la decisión no obedezca a criterios particulares, sino a reglas generales de aplicación, aceptadas y consideradas jurídicamente como válidas por un auditorio, y capaces de ser sometidas a una crítica que no sea meramente intuitiva.

En el segundo capítulo se propone una aproximación al principio de proporcionalidad, como un instrumento jurídico que puede resultar relevante a efectos de justificar un grado de intervención racional y controlable del órgano jurisdiccional sobre la obra del legislador, pero también, de otros poderes públicos como el Ejecutivo.

Así, será necesario precisar conceptualmente el principio de proporcionalidad, analizar su estructura y composición como método y, finalmente, referirse al estatus jurídico que debe asumir el mismo con el fin de cumplir el cometido propuesto. En ese sentido, se intentará evidenciar la condición del principio de proporcionalidad como un parámetro objetivo de constitucionalidad y fuente de legitimidad de la tarea de revisión judicial.

Por otro lado, una verificación empírica en el tercer capítulo sobre la aplicación del principio de proporcionalidad llevada a cabo por la Corte Constitucional (CC) del Ecuador en el marco de los procesos de control abstracto de normas permitirá evidenciar si dicho órgano jurisdiccional ha logrado o no sortear con éxito el dilema inherente a la anunciada dificultad contramayoritaria.

Asimismo, en este capítulo final, la forma de elección de los jueces de la más alta magistratura destaca como un tema importante para los fines de esta investigación. Se trata de un elemento más a tener en cuenta con el fin de sortear las críticas contramayoritarias, denunciando aquellas formas de elección y configuración de los órganos de revisión judicial que riñan con los cánones propios de un sistema democrático participativo.

Si bien, desde una perspectiva apriorística se podría considerar como irrelevante la discusión sobre la composición o forma de elección de los miembros de la Corte, dado el carácter jurisdiccional del órgano, se evidenciará cómo el tratamiento de este tema permite arrojar algunas luces sobre la materia estudiada y, simultáneamente, invita a plantearse nuevas interrogantes al respecto.

Finalmente, algunas ideas adicionales en torno al deber de motivación que tienen los jueces, como el elemento que limita, aunque sin eliminar, el margen de discrecionalidad de toda actividad judicial, permitirá consolidar la fuente de legitimidad del órgano supremo de jurisdicción constitucional.

La necesidad de encontrar un vínculo de justificación racional y suficiente de la decisión judicial con una disposición normativa no supone abandonar el estímulo que para el “derecho judicial” involucran las Constituciones actuales, ricas en valores y principios de contenido genérico. Todo lo contrario, implicará poner a prueba el ejercicio argumentativo de los jueces, mediante prácticas deliberativas a la hora de aplicar una Constitución que cuenta con una variedad de disposiciones normativas.

Ello conducirá, finalmente, aunque resulte paradójico, a un cercenamiento de la arbitrariedad judicial, puesto que los estándares de conducta de los jueces no pueden provenir del arbitrio personal, sino que deben ser inferidos o deducidos de la propia normatividad.

Al cierre del capítulo final, se articulará un discurso que intente evidenciar si existe o no en la nueva Constitución ecuatoriana y la corriente de pensamiento que lo impulsa, una debida articulación entre participación ciudadana y justicia constitucional.

El trabajo que se presenta fue posible gracias a una estancia de investigación en la Universidad de Sevilla, así como a la guía y acompañamiento constante de Manuel Carrasco Durán, distinguido profesor del

Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla, y de Claudia Storini, directora del programa de doctorado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; esta obra busca constituirse en una modesta invitación que propicie repensar algunos lugares comunes sobre la institución de la revisión judicial de constitucionalidad en una democracia, prestando especial atención a ciertas herramientas o técnicas argumentales que son comúnmente usadas por las Cortes y Tribunales Constitucionales contemporáneas como canon de constitucionalidad, con el fin de valorar la legitimidad de ejercicio en dichos órganos.

Ciertamente, en muchos lugares de esta propuesta cabrían matizaciones e incluso concesiones a posiciones adversas. En la medida en la que esto suponga un debate, se habrá cumplido con el fin principal de este trabajo, que no es otro que articular una discusión importante, sobre la legitimidad de la justicia constitucional y de la forma en que esta función es ejercida en la CC, abriendo caminos para mejorar su práctica cotidiana.

Capítulo 1

ORIGEN Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El respeto al texto constitucional, pero también al legislador ordinario, la tendencia a una concepción autorestrictiva del propio poder y la resistencia (en ocasiones superada con acierto) a pronunciar sentencias apelativas o manipulativas no ocultan la notable importancia de la jurisdicción constitucional como modo de creación del derecho.

—Francisco Tomás y Valiente

Origen y expansión de la justicia constitucional: Notas para el análisis

El modelo americano y el modelo europeo de justicia constitucional

La justicia constitucional¹ como institución de defensa jurisdiccional de la Constitución frente a actos del poder público y de particulares, en de-

1 Manuel Aragón Reyes, *Estudios de derecho constitucional*, 2a. ed. (Madrid: CEPC, 2009), 237-8, manifiesta que el término *justicia constitucional* es plurívoco, razón por la cual ha sido entendido de diversas maneras. Para unos —dice el autor—, justicia constitucional es equivalente a jurisdicción especializada encargada de controlar la constitucionalidad de la leyes (así lo usaba Kelsen); para otros, se corresponde con una jurisdicción especializada encargada de aplicar la Constitución (que es el sentido en que en algunas ocasiones lo utiliza Cappelletti); y otros, lo identifican con una jurisdicción especializada en conocer determinados procesos constitucionales (así lo utilizaría Zagrebelsky en determinados momentos). Sin embargo, Aragón Reyes identifica al término “justicia constitucional” con una comprensión material del término que se refiere a la totalidad de la actividad judicial de aplicación de la Constitución, ya sea realizada por tribunales especializados o por tribunales ordinarios, de manera concentrada o difusa; en tanto que “jurisdicción constitucional” se refiere a un entendimiento formal, que se identifica con un tribunal especializado cuyo cometido es aplicar la Constitución. Así, la jurisdicción constitucional no se caracteriza por ejercer el monopolio de aplicación de la Constitución, sino por tener atribuido, en monopolio, el conocimiento de determinados procesos constitucionales y, por ello, concluye que el término justicia constitucional es mucho más amplio, ya que se refiere a toda la actividad judicial no política de aplicación de la Constitución; Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales —CEC—, 1987), 29, indica que la definición de justicia constitucional solo parece posible en el marco de cada derecho nacional, pudiendo verse considerablemente simplificada cuando se refiere al ámbito de competencia de un tribunal. De la misma manera, resulta interesante la referencia de Domingo García Belaúnde, “De la

terminados supuestos, tiene su origen y evolución en contextos diferentes tanto en América como en Europa. En uno y otro caso, la configuración y expansión del modelo de revisión judicial de constitucionalidad adoptado depende de un concepto mismo de Constitución.² Así, las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana encuentran unos rasgos que las diferencian en el distinto matiz que dan al concepto de Constitución, y que marcan con diferente alcance el mecanismo de defensa del texto constitucional.³

En efecto, en los EUA, la configuración del Estado y su organización pudieron empezar de cero; es decir, con una sociedad de carácter más o menos *homogénea*⁴ en la cual no fue necesario superar la resistencia de

jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed. (México DF: Porrúa, 2002), 212-3. Puede consultarse también Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)* (México DF: Universidad Nacional Autónoma de México –UNAM–, 1968), 12-8; Pedro Cruz Villalón, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución* (Madrid: CEPC, 1999), 487-8.

- 2 La literatura es amplia al respecto. Sin embargo puede consultarse Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado* (Madrid: Alianza, 1999), especialmente el capítulo II y el capítulo IV sobre la tipología de los conceptos de Constitución y las teorías modernas de la Constitución, respectivamente; Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 4ta. ed. (Madrid: Civitas, 2006); Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución* (Barcelona: Ariel, 1979), principalmente el capítulo V sobre la clasificación de las Constituciones; Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución: Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal* (Madrid: Alianza, 1995); Manuel Aragón Reyes, “Dos problemas falsos y uno verdadero: “Neoconstitucionalismo”, “garantismo” y aplicación judicial de la Constitución”, *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 29 (julio-diciembre de 2013); Francisco Rubio Llorente, *La forma de poder: Estudios sobre la Constitución* (Madrid: CEC, 1993), 81 y s.; Riccardo Guastini, “Sobre el concepto de Constitución”, en Miguel Carbonell, comp., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos* (México DF: Porrúa / UNAM-III, 2005); Manuel Aragón Reyes, “La Constitución como paradigma”, en Carbonell, comp. *Teoría de la Constitución*, 109-22; Josep Aguiló Regla, “Sobre la Constitución del Estado constitucional”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 24 (2001): 135-62; Pablo Lucas Verdú, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural* (Madrid: Dykinson, 1997), 39-54. Otra referencia básica, pero no desde una perspectiva exclusivamente jurídica al concepto de Constitución se encuentra en Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una constitución?* (Barcelona: Ariel, 1984), con el estudio preliminar e introductorio de Eliseo Aja.
- 3 Véase al respecto, Blanco Valdés, *El valor*; Aragón Reyes, *Estudios de derecho*; Roberto Blanco Valdés, “La política y el derecho: Veinte años de justicia constitucional y democracia en España (Apuntes para un balance)”, *UNED: Teoría y Realidad Constitucional*, No. 4 (II semestre de 1999); Roberto Blanco Valdés, “La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana”, *Working Paper*, No. 117 (1996); Ignacio de Otto y Pardo, *Derecho constitucional: Sistema de fuentes* (Barcelona: Ariel, 1988).
- 4 Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, vol. 1 (Madrid: Aguilar, 1989), 33, escribe: “Todas las colonias inglesas tenían entre sí, en el momento de su nacimiento, un gran aire de familia. Todas parecían destinadas, desde el principio, a ayudar al desarrollo de la libertad, no ya la libertad aristocrática de su madre patria, sino la libertad burguesa y democrática de la que la historia del mundo no presentaba todavía un modelo completo”.

un forma política anterior como ocurrió en Europa, de composición más bien *heterogénea*, contando con una monarquía absoluta –*Ancien Regime*– como telón de fondo. Como consecuencia, en ambas experiencias el concepto de Constitución y su valor normativo habrían de tener características diferentes.

El contexto histórico que rodea la revolución americana⁵ permitió que “en los EUA, una vez roto el vínculo con la metrópolis, la Corona y el Parlamento británicos dejan de ser el centro de poder frente al cual hay que afirmar otro distinto. De ahí que el principio de soberanía parlamentaria de las colonias al que se recurre en 1776 se transformaría muy rápidamente, en 1787, en el principio de soberanía popular”.⁶

Este hecho se reflejaría inmediatamente en que el pueblo norteamericano como manifestación del poder constituyente proclamaría su independencia respecto de la voluntad del parlamento en cuanto poder constituido sometido a unos límites y, con ello, daría lugar a la afirmación inmediata del principio de constitucionalidad sobre el principio de legalidad.⁷

En efecto, la experiencia norteamericana apoyada en la reflexión de los padres fundadores del constitucionalismo americano apuntaba a afirmar desde un inicio que la Constitución sería considerada verdadera norma jurídica suprema de aplicación directa, dando paso a la idea del *control* como un elemento inseparable del concepto de Constitución.⁸

Para el caso europeo, la base y construcción del Estado se fundan en un principio de soberanía nacional. Soberanía nacional que se convertiría en soberanía parlamentaria, asegurando la supremacía del principio de legalidad sobre el principio de constitucionalidad.

El parlamento quedaría configurado como la única instancia legitimadora del orden político liberal-burgués, mediante criterios de racionalidad legal.⁹ Solo el mecanismo de representación sublimado en la ley general y

5 Ver Gerardo Pizarro, *Un largo termidor* (Madrid: Trotta, 2011), 62-70; también Mauricio Fioravanti, *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las Constituciones* (Madrid: Trotta, 1996), 75-95.

6 Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, 14a. ed. (Madrid: Marcial Pons, 2014), 185.

7 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. por Rafael Agapito Serrano (Madrid: Trotta, 2000), 51, manifiesta que el poder constituyente del pueblo, considerado así como la forma necesaria de expresión de la soberanía popular, no puede reducirse desde la perspectiva de la teoría del derecho a una norma fundamental que haya que presuponer como hipótesis para explicar el hecho de la vigencia normativa de la Constitución, antes bien, el poder constituyente del pueblo tiene que poner de manifiesto también, y de modo específico, su referencia al pueblo real como magnitud política.

8 Ver Manuel Aragón Reyes, “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, No. 19 (enero-abril de 1987).

9 Pedro de Vega, “Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual”, *Working papers*, No. 141 (1998): 11-2.

abstracta llegaría a recrear una representación unitaria de todo el cuerpo político en una idea de “legislador virtuoso”.¹⁰

El concepto de Constitución en Europa quedará reducido a una afirmación del parlamento frente al monarca. En adelante la Constitución sería solamente un pacto programático supeditado a la voluntad del legislador soberano a través del cual la nación expresa su decisión.¹¹

Ciertamente, el proceso histórico resulta trascendental para explicar de forma clara lo inherente al valor normativo de la Constitución y su garantía. Y ello porque, en el modelo francés, la Constitución durante un largo período, sería concebida como un simple documento político carente de fuerza normativa y de aplicación directa; en tanto que, para el caso americano, la afirmación de la Constitución como norma jurídica suprema desde los momentos inmediatamente posteriores al proceso revolucionario genera consecuencias importantísimas con miras a definir el modelo de protección y defensa constitucional.¹²

Así, la experiencia constituyente norteamericana, en relación con el principio de separación de poderes, “se estructura en gran medida a partir del principio del temor y la desconfianza hacia el Poder Legislativo”,¹³ lo que provoca que se plantee el tema de la revisión judicial de la ley, mientras que, solo décadas más tarde el problema será tratado en Europa, con consecuencias diferentes.

Con el antecedente del juez inglés Edward Coke, y sobre la existencia de un *higher law* en el denominado *Bonhams case* (1610),¹⁴ en 1803 llegaría el momento de la decisiva sentencia pronunciada por la Corte Suprema norteamericana presidida por el juez Jhon Marshall, *Marbury vs. Madison*¹⁵, con la cual se inauguraría el denominado control de constitucionalidad difuso o *judicial review*, que solo acabaría consolidándose de manera plena a lo largo del siglo XX.¹⁶

10 Fioravanti, *Los derechos fundamentales*, 72.

11 Las palabras de Ignacio de Otto y Pardo son básicas en esta consideración cuando dice: “Lo que hace que una norma sea constitucional es que el ordenamiento le atribuya una posición suprema en el sentido de situarla jerárquicamente por encima de la legislación”. Véase De Otto y Pardo, *Derecho constitucional*, 18.

12 Blanco Valdés, “La configuración”.

13 *Ibid.*, 15.

14 Sobre el caso puede consultarse Francisco Fernández Segado, *La evolución de la justicia constitucional* (Madrid: Dykinson, 2013), 78-94.

15 La sentencia completa así como un análisis de los hechos y circunstancias puede consultarse en Gerardo Eto Cruz, “Jhon Marshall y la sentencia *Marbury vs. Madison*”, en Ferrer Mac Gregor, coord., *Derecho procesal constitucional*, 21-63.

16 Resulta valiosa una referencia al trabajo de José Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional* (Madrid: Tecnos, 1998), 115-23, en el que, con agudo criterio, evidencia

La importancia de la mentada sentencia estriba en la posibilidad que tienen todos los jueces americanos para dejar de aplicar o no aplicar una norma jurídica aprobada por el parlamento, si consideran que la misma es contraria a los mandatos de la Constitución.¹⁷

El marco general favorable que dio origen al control judicial de las leyes en Norteamérica residía en la existencia de un sistema constitucional fundado en una Constitución rígida, lo que no sucedió de forma efectiva en los Estados europeos durante buena parte del siglo XIX.¹⁸

La causa determinante del judicial review o control difuso de constitucionalidad se encuentra en el sistema jurídico de las colonias americanas anterior a la independencia, en el que las leyes de origen inglés (las Cartas o Estatus de la Corona)¹⁹ “permitían que las colonias se dotaran de sus propias normas siempre que no contradijeran a aquellas, y los jueces no aplicaban la ley americana cuando contenía alguna norma contraria a

que la mítica sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803 emitida por Marshall era muy poco original y una transcripción del artículo de Hamilton, además de que existieron otros casos anteriores en donde se estableció por primera vez la denominada revisión judicial (1796, con la sentencia *Ware vs. Hylton*; 1796, con la sentencia *Hylton vs. United States*; y 1798 *Hollingsworth vs. Virginia*). Destaca el autor que la sentencia de 1803, rodeada de paradojas políticas y de anomalías, se debió más bien a factores audaces desarrollados por Marshall, siendo el último objetivo la consolidación del Estado federal. Prueba de ello –según el autor– es que el obiter dicta utilizado por Marshall en la célebre sentencia no sirvió para declarar la inconstitucionalidad de ninguna otra ley federal en los treinta y dos años restantes de su presidencia en el Tribunal Supremo. Vale recalcar que el tema del control incidental de constitucionalidad a partir del caso *Marbury vs. Madison* no volvería a plantearse sino cincuenta años más tarde en el caso *Dred Scott vs Sandford*.

- 17 Alexander Hamilton, James Madison, Jhon Jay, *El federalista* (México DF: Fondo de Cultura Económica –FCE–, 2000), 78. La denominada lógica Hamilton-Marshall implica la siguiente línea argumental: 1. Ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida, dado que el parlamento es delegado del poder constituyente y, por tanto, no puede ejercer actos contrarios al mandato conferido por este último, pues todo acto del mandatario que excediese los límites del mandato sería nulo; 2. Los tribunales son órganos designados como un cuerpo intermedio entre el pueblo y el legislador para mantener al último dentro de los límites fijados por aquel; 3. En caso de conflicto entre la Constitución y la ley debe preferirse la Constitución, pues la intención del pueblo expresada en ésta es superior a la intención de sus agentes contenida en la ley; 4. La superioridad de los jueces de inaplicar leyes contrarias a la Constitución no supone la superioridad del poder judicial respecto del legislador. Solo supone que el poder del pueblo es superior a ambos y que los jueces deben ser gobernados por la voluntad del pueblo antes que por la voluntad de sus representantes.
- 18 Eliseo Aja, “El origen, la expansión y la transformación de los tribunales constitucionales en los Estados europeos” (Prólogo), en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual* (Barcelona: Ariel, 1998), 12.
- 19 Inclusive, como lo comenta James Bryce, los antecedentes de las Constituciones rígidas se encuentran en el siglo XVII. Los primeros pobladores de las colonias británicas en América del Norte vivieron bajo gobiernos creados por cartas reales inalterables por las legislaturas coloniales. Así, llegó a hacerse familiar la idea de un instrumento superior a la legislatura y a las leyes. Ver James Bryce, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas* (Madrid: CEPC, 2015), 62-3.

la ley inglesa".²⁰ No casualmente, entre 1776 y 1787 muchas leyes de las asambleas provenientes de las colonias habían sido declaradas ilegítimas por cuanto se oponían al derecho inglés.²¹

Tras la independencia, la sustitución de dichos estatutos por las Constituciones de los nuevos Estados conservó esta práctica en manos de los jueces.²² Una práctica que generó una fuerte polémica en virtud del carácter "antidemocrático" de los jueces encargados de dejar sin efecto una ley aprobada por representantes elegidos democráticamente, como el parlamento.

Todo este background político-jurídico en palabras de Pegoraro explica cómo el control de constitucionalidad pudo afirmarse en la jurisprudencia americana en los primeros años de aplicación de la Carta Federal.²³

Es claro, por tanto, que el modelo norteamericano obedecería a circunstancias históricas y políticas distintas a las de Europa, lo cual a la postre evidenciará diferentes relaciones de los jueces con la Constitución y la ley.²⁴

En definitiva, mientras los revolucionarios norteamericanos obtendrán con rapidez la consecuencia natural de la afirmación de superioridad de la norma fundamental sobre la ley, teorizada con notable claridad en *El Federalista*,²⁵ el caso europeo tuvo consecuencias diferentes.

20 Ibid., 12. Vale la pena recalcar, como expresa Pedro Cruz Villalón que "desde antiguo se encuentra suficientemente documentado cómo en la década que media entre las Constituciones de los Estados y la Constitución Federal los jueces americanos comienzan a declarar su propia competencia para examinar la constitucionalidad de las leyes y, en su caso, negarles aplicación, llegando efectivamente a hacerlo en algún que otro caso. El supuesto más inequívoco parece ser el del caso Bayard vs. Singleton, que dio lugar a que en 1786-87 fuera declarada la inconstitucionalidad de una ley de Carolina del Norte que suprimió el juicio por jurados para ciertos procesos. Años atrás, en 1783, el juez supremo de Massachussets, William Cushing, informó a un jurado que la esclavitud, de carácter consuetudinario en dicho Estado, era incompatible con la Constitución, dando así eficacia derogatoria a la misma. Si bien estas decisiones aparecieron rodeadas de polémica, solo con el caso Marbury vs. Madison se consolidaría el principio de la judicial review. Ver Pedro Cruz Villalón, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, No. 25 (enero-abril de 1989): 48.

21 Lucio Pegoraro, *La justicia constitucional: Una perspectiva comparada* (Madrid: Dykinson, 2004), 32.

22 Según Dermizaky, "Entre 1776 y 1787 nueve de las trece colonias incorporaron la revisión judicial en sus Constituciones, y hasta 1789 varias Cortes de los Estados habían declarado inconstitucionales ocho leyes. Con estos antecedentes, los convencionales estadounidenses reunidos en Filadelfia en 1787 buscaban un sistema judicial distinto al de la metrópoli, en cuanto a que, además de dotarse de jueces independientes del Ejecutivo y del Congreso, pudiesen anular leyes que no estuviesen conformes a la Constitución. Una propuesta en tal sentido fue presentada a la Convención constitucional, pero esta no la consideró. Las mentes no estaban preparadas para asimilar la idea. El momento llegó en 1803[...]". Ver Pablo Dermizaky, "Justicia constitucional y democracia" *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 13 (2009): 209.

23 Pegoraro, *La justicia constitucional*, 33.

24 Javier Dorado Porras, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos: Una polémica sobre la interpretación constitucional* (Madrid: Dykinson, 1997), 2-7.

25 Constituyen una serie de ensayos destinados a argumentar en favor de la defensa de la Constitución de los Estados Unidos de América (EUA) en tiempos de la independencia. Como

¿Por qué en Europa, a pesar de algunas similitudes con el caso norteamericano,²⁶ se llegaría, sin embargo, a conclusiones diferentes respecto del control de constitucionalidad?²⁷

Prisioneros durante el siglo XIX e inicios del XX del principio de soberanía parlamentaria y de la ley en concreto, el modelo europeo, motivado por una desconfianza hacia los jueces del antiguo régimen construiría un sistema concentrado de control de constitucionalidad algún tiempo más tarde que en América.

Con unos jueces sometidos al imperio de la ley, la cual no podían dejar de aplicar, y con una Constitución entendida como un documento

lo refiere Gerardo Pisarello, en su apoyo de la Constitución “aparecieron en los periódicos de Nueva York, entre 1787 e inicios de 1788, una serie de artículos bajo el seudónimo de *Publius*. Estos artículos, conocidos como *The Federalist Papers*, habían sido escritos por Alexander Hamilton, Jhon Jay y James Madison. Aunque sin llegar a los posicionamientos de Hamilton, Madison (1751-1836) consideró que uno de los temas centrales del momento era conjurar el peligro de las mayorías. En su escrito más importante –el No. 10 de *El Federalista*– Madison se refería de manera explícita a las experiencias de movilización radical”. Ver Pisarello, *Un largo temidor*, 69.

26 Sobre las similitudes de los procesos y fundamentalmente, en el ámbito de las declaraciones de derechos, Pedro Cruz Villalón afirmaría: “Las declaraciones de derechos francesas solo van a compartir con sus hermanas americanas el momento de –iusnaturalización– pero no así –al menos de forma lograda– el de la constitucionalización”. Ver Cruz Villalón, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, 44.

27 Conforme lo expone Gabriel Bouzat, las diferencias entre uno u otro modelo de control constitucional (concretamente el francés y el norteamericano) no están determinadas solo por factores tales como el diseño constitucional adoptado o la intención constituyente. Las causas también se fundan en circunstancias históricas, políticas y sociales más profundas, que tienen que ver con una tradición estatal y de producción del derecho distintas. En Europa continental la concepción jurídica posterior a la recepción del derecho romano fue desarrollada como un producto de la autoridad pública, aplicado por el poder público. El Estado recabó para sí la función de crear derecho. Sobre todo, a partir de las grandes codificaciones se llegó a la idea de que el derecho existe gracias a un acto de soberanía del poder público expresada en el parlamento, lo que conllevaría una estricta jerarquía de fuentes del derecho con preeminencia de la legislación, a la que se considera completa, clara y consistente. En el common law, como principal influencia del sistema norteamericano el derecho continuó siendo un producto independiente del Estado y del poder político. Fue considerado como derecho consuetudinario o derecho judicial y como manifestación de un consenso social tácito. En la tradición inglesa el derecho no era creado por el Estado sino declarado y reconocido por los jueces. Tomando en cuenta tanto la centralización del poder como el papel asignado a los jueces en la Francia revolucionaria es posible discernir el principal motivo por el que el control de constitucionalidad no está en manos de los jueces. Ello atentaría contra la centralización del poder y la creencia de que la ley es la principal fuente del derecho. En cambio, la descentralización del poder y el papel fundamental que los jueces cumplen en el sistema americano contribuyen a explicar la facultad judicial de declarar la inconstitucionalidad de normas provenientes del parlamento. Como el poder se encuentra descentralizado, y el derecho es básicamente un producto de la actividad judicial, la invalidación de una ley por razones de constitucionalidad es aceptada sin mayores conflictos. Ver Gabriel Bouzat, “El control constitucional: Un estudio comparativo”, en Bruce A. Ackerman, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad* (Madrid: CEC, 1991), 69 y s.

eminentemente político y no como norma jurídica, se inhibiría cualquier posibilidad de control.²⁸

En Europa, “la supremacía parlamentaria ha sido durante mucho tiempo su credo político —el parlamento nacional, como personificación de la voluntad democrática, que se pensaba era inmune al control judicial—”.²⁹

En esas condiciones, la introducción de un modelo como el americano estaba condenado al fracaso, esto porque la base misma del sistema giraba en torno a la soberanía del parlamento y de la ley como su máxima expresión, impidiendo cualquier posibilidad de revisión judicial en manos de los órganos jurisdiccionales.³⁰

Solamente, luego de una breve experiencia en Suiza y Alemania en el último tercio del siglo XIX sobre el control de constitucionalidad, se vendría a confirmar una conexión entre justicia constitucional y federalismo,³¹ afirmando luego el carácter jurídico vinculante de la Constitución, lo desataría en el viejo continente un intenso debate doctrinal acerca de la necesidad de instaurar un sistema de revisión de constitucionalidad.³²

Con Kelsen, un positivista convencido del legislador democrático frente al activismo judicial, y la Escuela del derecho libre que alimentaba el protagonismo de los jueces en aquellos momentos, se desarrollaría el espacio necesario para la creación de un modelo especializado de justicia constitucional.³³

Estructuralmente, el modelo kelseniano introduce un cambio básico en relación con el modelo norteamericano: la posibilidad de concretar el control en un órgano especializado que no enjuicia hechos concretos, sino que se limita a controlar la compatibilidad lógica entre dos normas de carácter abstracto: la Constitución y la ley.³⁴

28 Aragón Reyes, *Estudios de derecho*, 239.

29 Mauro Cappelletti, “¿Renegar de Montesquieu?: La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, trad. por Pablo Luis Durán, *Revista española de derecho constitucional*, año 6, No. 17 (mayo-agosto de 1986): 9-46.

30 Tiene interés revisar las diferentes explicaciones que algunos autores ofrecen del por qué no pudo ser el judicial review el modelo a adoptar. Ver García de Enterría, *La Constitución como norma*, 61 y s.; Javier Pérez Royo, *Tribunal constitucional y división de poderes* (Madrid: Tecnos, 1988), 34 y s.; Rubio Llorente, *La forma de poder*, 470 y s.; Pablo Pérez Tremps, *Tribunal constitucional y poder judicial* (Madrid: CEC, 1985), 26 y s.

31 Aragón Reyes, *Estudios de derecho*, 240.

32 Esperanza Gómez Corona, *Las cortes generales en la jurisprudencia del tribunal constitucional* (Madrid: Congreso de los diputados, 2008), 27.

33 Hans Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional). La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. por Juan Ruiz Manero (Madrid: Debate, 1988). También Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (Madrid: Tecnos, 1995).

34 Eduardo García de Enterría, “La posición jurídica del tribunal constitucional en el sistema español: Posibilidades y perspectivas”, *Revista española de derecho constitucional*, año 1, No. 1 (1981): 43.

Como es sabido, el autor austríaco distinguiría en toda norma un ámbito de aplicación y uno de creación. Al Tribunal Constitucional (TC) de estirpe kelseniana le correspondería solamente llevar a cabo los discursos de fundamentación lógica, y no los discursos de aplicación práctica, en los que intervienen hechos y circunstancias particulares.³⁵

El rasgo característico de la justicia constitucional para el modelo continental europeo residiría en la rigurosa exclusión de hechos particulares por parte del juez de la constitucionalidad, debido a que su tarea quedaba circunscrita a una simple comparación de enunciados normativos carentes de una referencia fáctica.³⁶

El TC se erigiría así en un órgano que se encontraría a medio camino entre el legislador democrático y los jueces, adaptándose fielmente al modelo de estructura jerárquica-piramidal creada por su autor: Kelsen.

Luego de 1919, en que la Constitución de Weimar introduce algunas instituciones del control de constitucionalidad con relación a la distribución territorial de competencias y los conflictos entre poderes en el seno de los *Länder*,³⁷ la transformación más profunda se produciría en Austria y Checoslovaquia en 1920 y, después, en España, en 1931, con el establecimiento de los denominados Tribunales Constitucionales, dando paso al surgimiento de la justicia constitucional concentrada o modelo europeo de control de constitucionalidad.³⁸

Sin embargo, la consolidación del modelo concentrado se produciría solamente luego de la Segunda Guerra Mundial, originando una recuperación de la justicia constitucional en países como Austria, Alemania, Italia y, más adelante, en el resto de Europa con la nueva ola democratizadora.³⁹

35 Luis Prieto Sanchís, "Tribunal constitucional y positivismo jurídico", en Carbonell, comp., *Teoría de la Constitución*, 315.

36 Marina Gascón, "La justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción", *Revista española de derecho constitucional*, No. 41 (1994): 64. En el mismo sentido, puede consultarse, además, Marina Gascón, "Los límites de la justicia constitucional: El Tribunal Constitucional entre legislación y jurisdicción", en Francisco Laporta, *Constitución: Problemas filosóficos* (Madrid: CEPC, 2003), 165-91.

37 Aragón Reyes, *Estudios de derecho*, 240.

38 Ver al respecto Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo*; Tania Groppi, "¿Existe un modelo europeo de justicia constitucional?", *Revista de Derecho Político*, No. 62 (2005). En alusión a la obra de Cruz Villalón puede consultarse Jesús García Torres, "El sistema europeo de control de constitucionalidad: La historia manifiesta la esencia", *Revista española de derecho constitucional*, No. 24 (1988); Francisco Fernández Segado, "La justicia constitucional ante el siglo XXI-La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano", en Francisco Fernández Segado, edit., *La Constitución española en el contexto constitucional europeo* (Bolonia: Centro de Estudios Constitucionales y Serie de Conferencias de Desarrollo Democrático, 2010); ver también Fernández Segado, *La evolución*.

39 Eliseo Aja, "El origen, la expansión y la transformación de los tribunales constitucionales, 23". Ver también, Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*

Esto es lo que ha venido a denominarse el modelo concentrado europeo frente al modelo difuso norteamericano judicial review o incidental,⁴⁰ caracterizado por su naturaleza abstracta y los efectos *erga omnes* de sus decisiones frente al carácter concreto y con efectos inter partes de este último.⁴¹

(México DF: UNAM, 1987), 309 y s. Como se indicó, las primeras Constituciones europeas en acoger la revisión judicial fueron las de Checoslovaquia y Austria, ambas en 1920, Rumanía (1923). Después de la Segunda Guerra Mundial siguen el ejemplo las de Italia (1947), Alemania (1949), Francia (1958), España (1978), Portugal (1982). En Asia, India y Japón incluyeron la revisión judicial en sus Constituciones de 1949 y 1947, respectivamente. En Europa oriental, Rusia y las exdemocracias populares lo hicieron en la década de los años 1990. Similares procesos ocurrieron en Canadá (1984), en Nueva Zelanda (1990), en Israel (1992), y en Sudáfrica (1993-96). En América Latina la mayoría de los países instituyeron tribunales o salas constitucionales en la segunda mitad del siglo XX, a pesar de que, como lo anota Marian Ahumada Ruiz en su obra *La jurisdicción constitucional en Europa: Bases teóricas y políticas* (Navarra: Civitas, 2005), 20, América Latina experimentaría también, una temprana penetración de la idea básica del control de constitucionalidad a lo largo del siglo XIX. Otros datos puede verse en Dermizaky, “Justicia constitucional”, 211, quien ha puesto de manifiesto que antes de 1920, países como México en la Carta de Yucatán en 1841, Venezuela en 1858 y Bolivia en 1861 habrían adoptado la revisión judicial. Puede verse al respecto, el trabajo de Francisco Eguiguren Praeli, “Los tribunales constitucionales en la región andina: Una visión comparativa”, *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, No. 4, (2000): 43 y s. Para el caso ecuatoriano y su evolución del control de constitucionalidad puede consultarse una reseña breve de Hernán Salgado Pesantes, “La jurisdicción constitucional en el Ecuador”, en Fernández Segado y García Belaunde, coord., *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica* (Madrid: Dykinson, 1997), 577 y s. quien ha indicado, que, con un desarrollo limitado, el control de constitucionalidad en Ecuador fue contemplado ya en la Carta Política de 1851 y, recogido especialmente, en la Constitución de 1906 y en la de 1929. Sin embargo, el control de constitucionalidad se ejercía conjuntamente con un control de legalidad a cargo del Consejo de Estado. A partir de 1945 se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales con una duración efímera ya que en 1946, con la nueva Constitución, se volvió a reestructurar, por última vez, el Consejo de Estado. Luego, la Constitución de 1967 retomó la figura del Tribunal de Garantías Constitucionales. Posteriormente, vale mencionar, que en 1998 se crearía el denominado Tribunal Constitucional y con la vigencia de la Constitución de 2008 la CC. Sobre la evolución europea puede consultarse, Groppi, “¿Existe un modelo europeo de justicia constitucional?”, 39 y s.

- 40 Prescindiendo de la traducción literal, el judicial review, control difuso o control incidental es aquel que se produce en el curso de un proceso ante la jurisdicción ordinaria dentro de un trámite común, donde cualquiera de las partes en conflicto y, en algunos sistemas, de oficio, se opone una duda de constitucionalidad respecto de una norma aplicable al caso concreto y el juez puede inaplicarla resolviendo el caso o, en su defecto procediendo a declarar su inconstitucionalidad con efectos solo para las partes que han intervenido en la controversia.
- 41 Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo*, 33 y s., refiere algunos elementos básicos que definen al sistema europeo de control de constitucionalidad: 1. Un proceso autónomo; 2. Un único y específico órgano de control; 3. Eficacia inmediata o general erga omnes de la declaración de inconstitucionalidad, así como, y aunque no pueda ser calificado de esencial; y, 4. Una restricción en el número de los legítimos. Conviene destacar, sin embargo, que los adjetivos de “americano” para referirse al control difuso con efectos inter partes, y de “europeo” para referirse al control concentrado con efectos erga omnes, no aluden necesariamente a la presencia territorial actual de los modelos, sino más bien, al origen de los mismos. El modelo americano con su origen en los Estado Unidos de América, y el modelo europeo en Austria. A tal punto que algunos países europeos han introducido un modelo americano como Dinamarca, Noruega, Finlandia, Irlanda, entre otros, pero también, el modelo europeo ha sido introducido en el

Cruz Villalón indica que lo que caracteriza al sistema europeo, tal como queda plasmado a partir de 1920, “es el haber hecho del control de constitucionalidad de las leyes una función regulada, positivizada, racionalizada y, en definitiva, limitada”.⁴²

Las causas de la introducción del modelo concentrado, o factores que se presentaron como decisivos para que el constituyente europeo instaurara dicho control, serían, entre otros: a) El antagonismo entre los sectores sociales políticamente representados en los procesos constituyentes; b) La complejidad de nuevas Constituciones fundamentalmente en su parte dogmática, con el objeto de obtener garantías para unos derechos que han alcanzado su constitucionalización; y, c) La necesidad de contar con un árbitro para los conflictos entre poder central y los poderes periféricos.⁴³

Bajo estas consideraciones, Favoreau parece haber tenido razón al indicar que el desarrollo de la justicia constitucional es, ciertamente, el acontecimiento más destacado del derecho constitucional europeo de la segunda mitad del siglo XX.⁴⁴

Sin duda, excede los límites de esta investigación la descripción del contexto y evolución de los sistemas de control de constitucionalidad existentes en la actualidad.⁴⁵ Basta decir –para lo que interesa– que desde la aparición misma de los TC o CC encargados de la guarda constitucional, su afirmación ha sido cada vez mayor al punto de constituirse, por decirlo de alguna manera, en el sello de calidad del Estado democrático actual.

Tal como lo comenta Martín de la Vega, la expansión de la jurisdicción constitucional responde a la desconfianza ante el legislador y a la experiencia histórica de su relación con la garantía de los derechos. Este sería el origen del generalizado rechazo que a priori puede suscitar la propuesta de dejar en manos del principio mayoritario la garantía de los derechos fundamentales.⁴⁶

continente americano como el caso de Chile y, con algunos matices, en los casos de Colombia, Perú, Bolivia o Ecuador entre otros, que cuentan con Cortes o Tribunales constitucionales. Sobre la jurisdicción constitucional en América Latina, anterior a las últimas Constituciones de Bolivia, Ecuador o Venezuela, puede verse Allan Brewer-Carías, “La jurisdicción constitucional en América Latina”, en Fernández Segado y García Belaunde, coord., *La jurisdicción*, 121 y s. Puede consultarse, además, un trabajo de Claudia Storini y Jhoel Escudero, “El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011).

42 Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo*, 32.

43 Pérez Royo, *Curso de derecho*, 118-9.

44 Louis Favoreau, *Los tribunales constitucionales* (Barcelona: Ariel, 1994), 13.

45 Para el caso iberoamericano, con alguna actualización necesaria debido a los últimos cambios producidos en determinados ordenamientos jurídicos, puede consultarse García Belaunde y Fernández Segado, coord., *La jurisdicción*.

46 Augusto Martín de la Vega, en el prólogo a la obra de Diego Rodríguez, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales: Una perspectiva crítica* (Madrid: CEPC, 2011), XVIII.

Ahora bien, más allá del auge y consolidación alcanzada por la justicia constitucional en los diversos ordenamientos jurídicos, su generalización no puede constituir un óbice para el análisis de los problemas que la vigencia de la revisión judicial de la ley comporta para el Estado democrático.

Lo que confirmaría, en términos de Esperanza Gómez, el “pecado original” que conlleva el control de constitucionalidad para la propia esencia de la democracia, orientando el debate ...” a definir cuáles son o deberían ser los límites de la revisión judicial de la ley, así como los mecanismos adecuados para reducir la crítica antidemocrática en sistemas con una marcada opción judicialista.⁴⁷

Una apuesta por la opción judicialista

Si el sistema norteamericano se encontraba diseñado en favor de una supremacía judicial, el modelo europeo de soberanía parlamentaria supuso, en su momento, un acto de desconfianza frente a los jueces devotos del antiguo régimen y de afirmación de la supremacía del parlamento,⁴⁸ aun cuando después, la misma desconfianza se cerniera en contra del propio legislador. Dicha situación daría lugar a dos modelos diversos de control de constitucionalidad.

No obstante, de que cada modelo de justicia constitucional encuentra una fundamentación propia, debido a la constante influencia que ha existido entre uno y otro sistema, resulta cada vez más complicado, más allá de lo teórico, hablar de modelos “puros” de revisión judicial.⁴⁹ La obsolescencia de la clásica polaridad “sistema americano” versus “sistema europeo” es patente.⁵⁰

47 Se entenderá por opción judicialista un modelo o sistema de fuerte supremacía o protagonismo judicial en el marco de la revisión judicial de la ley, así como en el marco de delimitación y configuración del contorno de los derechos fundamentales, sin que los parlamentos democráticos se encuentren forzosamente autorizados a poner en marcha algún tipo de respuesta legislativa que les permita reaccionar ante una determinada orientación jurisprudencial.

48 Prieto Sanchis, “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”, 317.

49 Ver Pegoraro, *La justicia constitucional*; Fernández Segado, “La justicia constitucional”; Francisco Rubio Llorente, “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción constitucional* (Madrid: McGraww-Hill, 1998), 159-60, indica que resulta cada vez más difícil e infructuoso hablar de modelos puros, dada la constante aproximación entre ambos, por lo que se trata más bien de modelos teóricos y no de una verdadera categoría de sistemas reales, al punto de que casi todos los sistemas en Europa incorporan estructuras procedentes tanto del uno como del otro. Ver además, Alfonso Ruiz Miguel, “Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 23 (2000): 145-60.

50 Fernández Segado, “La justicia constitucional”, 35 y s.

Desde una perspectiva histórica, los dos sistemas de revisión judicial se presentan, no como soluciones antagónicas, sino *teleológicamente* convergentes a fin de garantizar la supremacía constitucional.⁵¹

Ciertamente, como García de Enterría lo expone: “el sistema estructural de jurisdicción concentrada, implica alguna consecuencia procesal importante, pero ya no ligada a las concepciones kelsenianas de base”.⁵²

En efecto, la consecuencia de un esquema *principalista* de derechos en los textos constitucionales contemporáneos y de un sometimiento de todos los jueces a la Constitución no puede ser otra que la aproximación e influencia recíproca de los modelos de justicia constitucional o revisión judicial.

El Estado constitucional consistiría hoy en día en una forma mixta de democracia en la que la democracia de la ley estaría templada (corregida) por una fuerte intervención judicial,⁵³ en la cual, una concepción objetivista de la interpretación y la convicción de que los textos constitucionales no representan sino una agenda procedimental que resulta insostenible.⁵⁴

El modelo concentrado está permanentemente influenciado por la lógica que impregna el judicial review, y es muy probable que esto responda, a la fuerte rematerialización de los textos constitucionales contemporáneos en materia de derechos, en los cuales, el juicio de constitucionalidad ha dejado de ser una simple actividad lógica de comparación abstracta entre la legislación ordinaria y la norma constitucional.⁵⁵

La apuesta del constituyente europeo con los primeros códigos constitucionales posteriores a la Segunda Posguerra “a favor de un modelo de Constitución que sigue de cerca los pasos de la Constitución americana, con las consecuencias que de ello se derivaron en relación con el control de constitucionalidad [...] propiciará una hibridación del modelo kelseniano”⁵⁶ que, en lo sustancial, continuará mostrando su estructura centralizada y el monopolio del rechazo de la ley.

El “litigio jurídico-constitucional ya no es exclusivamente el –conflicto constitucional– en sentido estricto [...] que determinó la aparición de la

51 Francisco Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional* (Madrid: CEC, 1993), 53.

52 García de Enterría, “La posición jurídica”, 46.

53 Aragón Reyes, *Estudios de derecho*, 255.

54 Una referencia interesante respecto a la crítica contra los dogmas de coherencia del derecho y de la neutralidad de los jueces puede verse en Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial: El debate con la teoría crítica del derecho* (Bogotá: Siglo del Hombre, 1999).

55 De ahí la expresión de Francisco Rubio Llorente, “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *Revista española de derecho constitucional*, No. 4 (enero-abril de 1982): 40, en relación con la repugnancia de Kelsen al admitir la vinculación del legislador a los preceptos no puramente organizativos de la Constitución.

56 Fernández Segado, “La justicia constitucional”, 63.

justicia constitucional como jurisdicción constitucional de conflictos. Actualmente, a pesar de que se sigue pensando en el fundamento objetivo de los instrumentos de defensa constitucional, la realidad ha superado ese planteamiento clásico⁵⁷, esto en gran medida se debe, por un lado, a una superación o ampliación del contenido material de la norma fundamental, a partir de la incorporación extensa de normas abstractas al catálogo de derechos y, por el otro lado, a la superación del concepto de Constitución como una simple norma procedimental de organización política.

La sujeción de los jueces a la ley asume hoy en día un significado muy diverso del que tenía en el pasado Estado liberal, cuando se consideraba que las normas constitucionales se dirigían única y exclusivamente al ámbito de competencias del legislador.

Hoy, en el Estado constitucional democrático se ha amplificado la función del juez encargado de hacer efectivas de forma directa las normas de rango constitucional, como una consecuencia lógica de la mayor extensión propia de la Constitución moderna respecto de la Constitución restringida del siglo XIX.⁵⁸

Así, la tendencia a hacer efectivos los mandatos constitucionales en los casos concretos se confunde con el interés público de garantizar la regularidad del ordenamiento jurídico, superando un marco objetivo de control para transformarse en una exigencia diaria que impregna las relaciones subjetivas.

Este hecho se puede evidenciar claramente con la introducción de la denominada *questión de inconstitucionalidad* para el caso español,⁵⁹ la *questione di legittimità costituzionale* para el caso italiano o la consulta de constitucionalidad para el caso ecuatoriano, destinadas a generar consecuencias relevantes en el núcleo esencial de la jurisdicción concentrada, que ha dado lugar a nuevos modelos de revisión judicial, dependiendo de cada ordenamiento jurídico.

Dicha hibridación⁶⁰ no solamente se evidencia en una aproximación entre el modelo difuso y concentrado, sino que además, las fronteras

57 Pérez Tremps, *Tribunal constitucional y poder judicial*, 9.

58 Gustavo Zagrebelsky, "La Constitución y sus normas", en Carbonell, comp., *Teoría de la Constitución*, 85, indica que la actividad de concreción de la Constitución corresponde en primer lugar al legislador, sin que se excluya la actividad de intervención de los jueces, aun cuando no medie obra del legislador. Sin embargo, la línea de demarcación no siempre es clara y en mucho depende, del tipo de normas que integra el texto constitucional.

59 En efecto, se trata de esta forma, de subordinar al legislador a la Constitución sin que, al mismo tiempo, esto suponga la subordinación orgánica al poder judicial. Ver Cruz Villalón, *La curiosidad del jurista persa*, 490.

60 Lucio Pegoraro con notable precisión indica que "Las diferencias estructurales de cada ordenamiento –imputables a la familia jurídica a la que pertenecen, a las tradiciones históricas

entre CC o TC, en cuanto “legisladores negativos”, con el poder legislativo y, en cuanto jurisdicción, con el propio poder judicial, del cual muchas veces no son parte desde una perspectiva orgánica, son aún más difusas.⁶¹

Ello hace que no pueda hablarse ya de un simple “legislador negativo”, como *idea-fuerza* de la concepción kelseniana que ha impregnado durante mucho tiempo a los tribunales constitucionales, sino, además, de un nuevo agente “productor del derecho”, encargado de hacer efectivo el programa constitucional trazado por el constituyente.

Precisamente, si se admite la supremacía de la Constitución y su fuerza normativa, la relación juez-Constitución adquiere un nuevo matiz en el Estado constitucional. Al incorporar el examen de constitucionalidad de la ley al ámbito propio de la jurisdicción, se consolida la posición institucional del órgano jurisdiccional como un órgano que ejerce poder,⁶² al cual le compete la responsabilidad de actualizar el compromiso constitucional a costa de neutralizar las decisiones de otros poderes que violen el pacto fundamental del Estado.⁶³

De un juez acrítico de los contenidos legales, devoto del principio de soberanía parlamentaria, al cual le estaba vedado cuestionar las normas que aplicaba, a la asunción de un juez encargado de recrear el derecho en el momento de su aplicación a los casos concretos en el marco de las posibilidades permitidas por la Constitución, existe un cambio importante en favor de una opción que puede estimarse judicialista, sin que esto necesariamente implique una alteración total de la familia jurídica o del sistema de fuentes de determinado ordenamiento jurídico.⁶⁴

A mayor vitalidad social, tanto mayor puede ser el ámbito de intervención judicial. O, dicho de otra manera, dado la constante transformación social, las normas legislativas pronto aparecerían como “obsoletas”, en ciertas circunstancias, y las exigencias de una intervención judicial se multiplicarían cada vez más.⁶⁵

y culturales, a la forma de gobierno, al nivel de desarrollo— han aconsejado, después de una fase de recepciones acríticas, adaptar los modelos originarios a las exigencias específicas de funcionamiento”. Ver Pegoraro, *La justicia constitucional*, 169.

61 Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el tribunal constitucional*, 97.

62 Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, 304.

63 Gloria Lopera Mesa, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, No. 5 (2001): 247.

64 El sistema tradicional de las fuentes jurídicas en Ecuador ha dado un giro de carácter plural sin abandonar la familia jurídica de la cual hace parte (civil law). Es lo que se ha denominado el pluralismo jurídico.

65 Cristina García Pascual, *Legitimidad democrática y poder judicial* (Valencia: Edic. Alfons el Magnanim, 1996), 119.

Y es que, como ha sucedido en el caso ecuatoriano⁶⁶ y europeo, “la recepción de un concepto de Constitución distinto al imperante en Europa, desde comienzos del siglo XIX, implica necesariamente una transformación radical del ordenamiento, que se judicializa; las sentencias del juez de la constitucionalidad se convierten necesariamente en fuente del derecho”.⁶⁷ El sistema tradicional de fuentes se encuentra erosionado.⁶⁸

La ley, como la principal fuente de solución de los conflictos dentro del sistema jurídico, comparte con la decisión judicial, teniendo como telón de fondo a la Constitución, un lugar dentro del sistema de fuentes. “Este nuevo rol de la creación judicial del derecho es una consecuencia natural del desarrollo del Estado constitucional y en particular de la aparición de la justicia constitucional encarnada en los tribunales constitucionales en los países de derecho romano-germánico”.⁶⁹

De ahí que la expresión de Montesquieu acerca de que los jueces eran simple *boca de la ley*, sin haberse abandonado por completo, parece no tener cabida. Como lo refiere Otto Bachof: “Hoy sabemos que en toda interpretación judicial de una norma ha existido siempre, al mismo tiempo, un desarrollo de dicha norma, que cada valoración judicial ha implicado siempre un elemento de decisión auténtica y originaria sobre el ordenamiento jurídico”.⁷⁰

Si en el positivismo kelseniano la Constitución era un conjunto de reglas formales y procedimentales “de manera que allí donde estas no resul-

66 La referencia comparativa lo es simplemente en términos de la adopción de un modelo de Estado constitucional democrático que ha sido incorporado en una Constitución como norma jurídica suprema de aplicación directa e inmediata. Un hito que resulta importante para el caso del constitucionalismo ecuatoriano en relación con la adopción de la norma constitucional de 2008. Ello no supone una justificación sin más del modelo vigente, ni el desconocimiento de prácticas conservadoras o restrictivas del ejercicio de los derechos que conllevan una limitación importante de la fuerza normativa de la Constitución en la práctica real.

67 Rubio Llorente, “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional”, 54.

68 Resulta interesante anotar que, a pesar del consecuente protagonismo de los jueces constitucionales, asumido tras la vigencia de normas constitucionales amplias en derechos, con una pretensión de aplicabilidad directa e inmediata, no existe, sin embargo, una incorporación de prácticas críticas o de teorías críticas en el discurso de los actores jurídicos en el ámbito latinoamericano. Tal como lo evidencia César Rodríguez, los estudios cítricos del derecho, en la práctica, han estado ausentes por algunas razones: 1. La adopción en el siglo XIX del sistema jurídico francés, fundamentalmente, mediante la introducción de códigos civiles; 2. Una educación jurídica sobre la base de una concepción formalista del derecho; 3. El desconocimiento de las aportaciones críticas y del realismo jurídico, con ausencia de una crítica interna al derecho, y 4. El peso histórico del formalismo y de su confianza en la racionalidad interna del derecho. Ver Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial: El debate con la teoría crítica del derecho*, 31-3.

69 César Landa Arroyo, “Los precedentes constitucionales: El caso de Perú”, en Claudia Escobar, *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, No. 13 (Quito: Ministerio de Justicia y Derecho Humanos –MJDH–, 2010), 101.

70 Otto Bachof, *Jueces y Constitución* (Madrid: Civitas, 1985), 24.

taban concluyentes o sencillamente aparecían como irrelevantes por su falta de contenido material se abría una amplia discreción legislativa no fiscalizable por ningún tribunal”,⁷¹ en el constitucionalismo contemporáneo, en el que el sistema jurídico se halla “impregnado” por normas constitucionales,⁷² se asiste constantemente a “un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial. Bien es verdad que ya no se trata de la misma discrecionalidad, y la diferencia es esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional”.⁷³

Restringir la legitimidad dentro de los confines formalistas solo parece posible si el derecho y sus métodos de aplicación pueden contenerse dentro de los cauces de una teoría formalista rígida que, a todas luces, resulta insostenible actualmente, dado que los órganos jurisdiccionales parecen ir en otra dirección.⁷⁴

En ese contexto, ¿es posible una apuesta por una opción judicialista no arbitraria que, en el marco de una renovada teoría de la Constitución, permita la compatibilidad con el principio democrático, capaz de sortear la crítica que se vierte sobre la justicia constitucional? La respuesta puede encontrar diferentes matices según el sistema y ordenamiento que se analice.⁷⁵

Las objeciones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional⁷⁶ se han dejado sentir tanto en el sistema difuso americano⁷⁷ como

71 Prieto Sanchís, “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”, 318.

72 Riccardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid: Trotta, 2003), 49.

73 Prieto Sanchís, “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”, 318. El mismo artículo de Prieto Sanchís puede consultarse, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 23 (2000): 161-96.

74 García Pascual, *Legitimidad democrática y poder judicial*, 174.

75 Véase Juan Carlos Bayón, “Democracia y derechos”: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional* (Madrid: Trotta / UNAM-III, 2010), 352, en donde ha expuesto que la justificación de un diseño institucional depende de un balance entre su valor intrínseco y su valor instrumental. Es decir, cuál sea el diseño institucional preferible es una cuestión inevitablemente dependiente del contexto. Una referencia pertinente puede verse también en Mauro Cappelletti, quien ha manifestado que “el gran problema de la legitimidad de la revisión judicial no se puede resolver con soluciones abstractas y puramente especulativas, válidas para cualquier tiempo y lugar”, en Cappelletti, “¿Renegar de Monstequieu?”.

76 Siguiendo a Cristina García Pascual y su referencia a Javier de Lucas, entenderemos por *legitimidad democrática* aquella cualidad que, atribuida a un orden jurídico-político, supone su reconocimiento como dominio, así como su capacidad para dictar órdenes que deben ser obedecidas. Es decir, un problema de justificación dentro del Estado democrático. Ver García Pascual, *Legitimidad democrática y poder judicial*, 172-3.

77 Un interesante debate sobre la legitimidad e intervención de la justicia constitucional se produjo en el contexto norteamericano en tiempos del New Deal de Franklin Delano Roosevelt. Para el New Deal de Roosevelt, la Corte Suprema se había convertido en uno de los obstáculos fundamentales para la reactivación de la producción, pues los paquetes de legislación con

en el sistema de jurisdicción concentrada, y “se presentan con especial virulencia en Europa, donde durante más de un siglo se lucha por lograr la afirmación del principio democrático frente al monárquico”,⁷⁸ lo cual ha constituido un verdadero problema objetivo para el Estado democrático.⁷⁹

Una preocupación que Ignacio de Otto y Pardo describe: “la introducción de la jurisdicción constitucional en el mundo europeo ha suscitado desde el primer momento, desde la Constitución austríaca de 1920, una serie de críticas unidas por un rasgo común: la sospecha de que los tribunales constitucionales son órganos políticos y no simplemente jurídicos, órganos que a través de su poder de jurisdicción hacen algo más que decir el derecho: adoptan decisiones políticas”.⁸⁰

contenido social eran fundamentales para alcanzar este cometido. Ante estas actuaciones de la Corte, surgieron propuestas que pretendían quitarle poder al juez constitucional. Una de ellas consistía en la denominada *court-packing*, que involucraba una ley que le daba el poder al Presidente para aumentar el tamaño de la Corte, jubilando a quienes tenían más de 70 años y nominando él mismo a los nuevos jueces. Esta propuesta le daría al Presidente un control político sobre el alto tribunal. Finalmente, la propuesta no se hizo efectiva, puesto que la Corte Suprema reaccionó ante las presiones políticas ejercidas por las otras dos ramas del poder. En 1937, con una decisión de cinco votos a favor y cuatro en contra, la Corte cambió su jurisprudencia y declaró constitucional una ley estatal que establecía el salario mínimo para las mujeres. El caso fue *West Coast Hotel Co. v. Parrish*. Este caso se conoce como “*el cambio a tiempo que salvó a los nueve*” (*switch in time that saved nine*). Se trató del fallo que puso fin a la denominada *era Lochner*, que sostuvo que la legislación social iba en contra del derecho a la libertad contractual protegido por la Enmienda Catorce. Ver al respecto, Jorge González Jácome, “¿El poder para la gente?: Una introducción a los debates sobre el constitucionalismo popular”, en Erwin Chemerinsky y Richard Parker, *Estudio preliminar: Constitucionalismo popular* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2011), 13.

78 Gómez Corona, *Las cortes generales*, 33.

79 Pérez Royo, *Tribunal constitucional*, 14-5, ha referido que sea en el control difuso o concentrado, el control de constitucionalidad de la ley es un problema objetivo para el Estado constitucional y lo que está en juego son tres cuestiones fundamentales: 1. Las relaciones entre política y derecho en el marco del Estado constitucional, mejor dicho, del Estado a secas, esto es, hasta dónde se puede llevar la juridificación de la política cuando el Estado es la forma de manifestación del poder político. 2. La legitimidad del control de un órgano democráticamente constituido por otro que no lo está o, al menos, no lo está de manera tan inmediata y directa, además de no ser responsable política y jurídicamente ante nadie. 3. La posibilidad misma de que la decisión del órgano que ejerce el control de constitucionalidad pueda ser tomada en muchas ocasiones jurídica y no políticamente. Sobre la relación entre política y derecho, o sobre la politización de la justicia Otto Bachof, *Jueces y constitución*, 60, ha expuesto –a su criterio– cómo y por qué el carácter político de un acto no excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento lo despoja de su carácter jurídico. Así “[...] no puede desconocerse que el juez puede estar vinculado a prejuicios propios de su origen social, de su concepción política o de su visión del mundo; que en ningún hombre se puede eliminar un último resto de subjetividad. Pero el juez experimentado conoce los peligros del trasfondo emocional e irracional de su actividad y, precisamente, por regla general, sabe eliminarlos. Toda su formación profesional, la necesidad de un continuo enfrentamiento con otras posiciones, el ininterrumpido diálogo [...] todo esto garantiza un nivel de objetividad que, aunque no sea absoluto, es muy elevado”.

80 Ignacio de Otto y Pardo, “La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional”, en *Obras Completas* (Oviedo: CEP/ Universidad de Oviedo, 2010), 1163.

En este sentido, se vuelve de vital importancia justificar, para una casta judicial muchas veces de extracción aristocrática, el porqué un orden constitucional democrático que se funda en el dogma de la soberanía popular prevé un “órgano político” que toma decisiones jurídicas careciendo para ello de una legitimación popular directa.⁸¹

Por el contrario, si se entiende que se trata de un órgano de carácter jurídico exclusivamente, se vuelve igualmente necesario justificar el porqué sus decisiones tienen un fuerte componente político, cuando en realidad deben adoptar decisiones jurídicas estrictamente al tratarse de un órgano jurisdiccional.

Esta paradoja que presenta la justicia constitucional, que la tesis sea al mismo tiempo obvia y falsa, es decir, que la justicia constitucional, siendo un órgano jurídico, adopta decisiones políticas, obedece a que los tribunales constitucionales, si bien “aplican” el derecho con un espacio cada vez más reducido para la operación silogística del positivismo clásico, dada la particular característica de las normas constitucionales, lo hacen de un modo distinto al de los órganos jurisdiccionales comunes, o sea, con una carga mucho mayor de decisión política.⁸² Entendiendo por política la toma de decisiones no programadas en su extremo de pura previsión o ausencia de norma, que obliga a actuar de manera responsable dentro del marco de posibilidades que habilita el propio texto constitucional.

Como indica Wroblewsky, “la Constitución es un acto normativo con carácter político especialmente pronunciado”,⁸³ y las decisiones judiciales provenientes de una Corte o TC, aunque muchas veces de significado político, deben ser resoluciones jurídicas, ya que se presentan como el resultado de una determinada interpretación jurídica. “La mecánica del Tribunal y su composición en el sistema político quedan afectados de forma fundamental precisamente por el hecho de ser un Tribunal”⁸⁴ sujeto a una norma suprema.

En efecto, “cuando se dice que el juez es un actor político, el término “político” se refiere a la posibilidad del juez de ser actor por sí mismo, es decir de actuar con relativa libertad en su proceso interpretativo del derecho”.⁸⁵

81 Ibid.

82 Ibid., 1164.

83 Jerzy Wroblewsky, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (Madrid: Civitas, 1985), 112.

84 Lawrence, *El Tribunal supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, trad. por Joan Queralt Jiménez (Barcelona: Librería Bosch, 1987), 15.

85 Agustín Grijalva, “Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en el Ecuador”, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho

Además, el componente político no estaría en el modo de decidir del Tribunal, que debe ser jurídico, sino en el hecho de configurar el control como un mecanismo de refuerzo de legitimidad de la ley cuando la norma impugnada ha sido declarada conforme la Constitución.⁸⁶

Lo que identifica a una decisión política, en estricto sentido, es que ésta se argumenta desde los fines que persigue, en tanto que la decisión jurídica solo alcanzaría un grado de aceptación, es decir, de legitimidad, si se funda en unas premisas que a su vez gocen de aceptación general.⁸⁷

La frontera entre política y derecho no sería “la que separa la decisión de la deducción metódica, sino la que distingue los modos de fundamentación y argumentación de las decisiones, y diferencia entre decisiones políticamente fundamentales y aquellas que lo son jurídicamente”.⁸⁸

A pesar de los recelos que despierta la justicia constitucional, la balanza se ha inclinado a favor de la vigencia de la revisión judicial, de manera que el modelo continental europeo ha centrado el debate de legitimidad de la justicia constitucional en los límites que deben ser asumidos por los tribunales con relación a el legislador democrático.⁸⁹

En ese contexto, lo que se pretende es construir un marco válido de justificación en relación a dos de los principales argumentos o críticas que afectan a la justicia constitucional, como son: la menor legitimidad democrática del juez constitucional en el marco de la revisión judicial

Constitucional –CEDEC– / Corte Constitucional para el Período de Transición –CCPT–, 2012), 197-8. El autor destaca que si algo revela la hermenéutica jurídica contemporánea es que los jueces, más aún los constitucionales, son actores políticos. Primero porque ejercen potestad estatal al aplicar normativa jurídica, especialmente la Constitución. Segundo, porque muchas de sus decisiones suelen tener un gran impacto político. Y tercero, porque este poder se basa en la posibilidad de seleccionar entre varias interpretaciones jurídicamente admisibles sobre la base de un mismo texto legal. César Landa ha indicado que, cuando nos referimos a la naturaleza política del TC –en su referencia al caso peruano–, no se hace alusión al sentido tradicional del término, como puede ser el de “hacer política”; sino el de “hacer derecho”. Por esa razón –concluye–, se trata de una concepción que nace a partir de su reconocimiento como vocero del poder constituyente, en la medida en la que es el intérprete supremo de la Constitución. Ver Landa, “Los precedentes constitucionales”, 104.

86 Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, 293.

87 José Ángel Marín, *Naturaleza jurídica del tribunal constitucional* (Barcelona: Ariel, 1998), 95.

88 De Otto y Pardo, “La posición del Tribunal Constitucional”, 1163-7.

89 Pérez Royo ha indicado que, empiece por donde se empiece, la discusión siempre será una discusión de límites. Ver Pérez Royo, *Curso de derecho*, 97. Este autor ha referido que carece de sentido la pregunta de dónde obtiene el TC –para el caso español–, la autoridad para enervar el programa político de un gobierno en un sistema constitucional que descansa en el juego de las mayorías, ya que dicha autoridad viene conferida por la propia Constitución. Sostiene, más bien, que la pregunta que cabría formularse seguramente sería ¿cómo justifica el TC el uso de la autoridad que tiene?

y, la controvertibilidad interpretativa que genera la Constitución como norma.⁹⁰

Debido a que este estudio intentará articular una defensa contextual válida que sirva como marco de justificación de la revisión judicial en un paradigma de apuesta judicialista con un modelo robusto de revisión judicial⁹¹ –como es el caso ecuatoriano–⁹² y apuntará a una determinada teoría de la Constitución⁹³ alejada del normativismo jurídico de corte kelseniano, conviene por ahora trazar dos momentos de análisis respecto de la propuesta argumental de defensa: 1. Un primer momento de articulación del debate en torno a las aportaciones más relevantes sobre la legitimidad democrática y la crítica contramayoritaria de la justicia constitucional, así como respecto de las posiciones que se presentan con el aporte de la teoría deliberativa de la democracia y el constitucionalismo dialógico; y, 2. Un segundo momento que se presenta como un problema añadido al de la legitimidad en abstracto, referido al carácter de las normas: el de la particularidad de la interpretación constitucional para finalmente concluir en una defensa contextual del modelo.

90 Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia* (Madrid: CEPC, 2012), 43, ha resumido las circunstancias que dan lugar a la dificultad contramayoritaria en las siguientes: 1. La menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional; : 161-96. 2. La rigidez de la Constitución, y, 3. La controvertibilidad interpretativa de la Constitución.

91 Se entenderá como modelo robusto de revisión judicial o de supremacía judicial un sistema que, con una Constitución rígida como la ecuatoriana, faculta a unos jueces constitucionales vetar con el carácter de definitivo normas aprobadas por una asamblea parlamentaria, sin posibilidad de reenvío o dialogo orgánico institucionalizado. Recordemos que, en determinados momentos constitucionales del Ecuador, el órgano de revisión constitucional solamente podía suspender las normas que consideraba inconstitucionales, conservando el parlamento la última palabra. Dicha situación puede ser interpretada, desde un punto de vista, como un dialógico interorgánico y, desde otro, como una afrenta al principio de supremacía constitucional, conservando el parlamento la última palabra dentro del sistema.

92 Más allá de las teorizaciones mantenidas por algunos juristas ecuatorianos en torno a las deficiencias existentes en el modelo constitucional vigente, el diseño normativo o iter constitucional trazado en la Constitución actual parece apostar por una opción de corte judicialista. Una apuesta por el poder judicial dentro de la configuración del modelo estatal. A la vista se pueden señalar algunas disposiciones constitucionales de la Constitución 2008 que confirman tal postulado: art. 11, num. 3 y 8; art. 86 y siguientes referido a las garantías jurisdiccionales; art. 171, 426, 427, 428, 429, 436, 443, entre otros. Por otra parte, si se asume que la concreción de la Constitución en muchas de sus normas principios no corresponde solamente al legislador, sino al juez, el papel de este último cobra un marcado activismo y relevancia dentro del sistema.

93 Lucas Verdú, *Teoría de la Constitución*, 43-51, evidencia, –al igual que se intentará demostrar en este trabajo–, no es lo mismo –tener– una Constitución que –estar– en una Constitución. Según Lucas Verdú, la verdadera Constitución normativa, parafraseando a Lowenstein, se da en aquellos países en donde la norma fundamental que incorpora una dimensión axiológica, cuenta con ella y está en ella, es formal y material a la vez, es decir, normativa.

El carácter contramayoritario de la revisión judicial y el principio democrático

Parecería ser que luego del arduo debate sostenido por Kelsen y Schmitt en tiempos de Weimar acerca de la legitimidad de la justicia constitucional,⁹⁴ la historia habría dirimido el conflicto a favor de la vigencia de dicha institución, al punto que la jurisdicción constitucional ha tenido una importante expansión durante el siglo XX.⁹⁵

La polémica sobre la legitimidad de la justicia constitucional, con diferente intensidad, resurge de tiempo en tiempo en razón del papel activista –judicial activism–, o de una autolimitación judicial –judicial *self-restraint*– asumido por las Cortes o Tribunales.⁹⁶

94 Al respecto puede verse Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución* (Madrid: Tecnos, 1983); y Kelsen, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?

95 Aun cuando hoy en día sea un punto discutible, dado el carácter jurisdiccional que ha adquirido el órgano de revisión constitucional en Francia, según la investigación de Albert Noguera Fernández, “¿Democratizando la justicia constitucional?: La articulación entre soberanía, justicia constitucional y participación en el viejo y el nuevo constitucionalismo”, *Oñati Socio-Legal Series* 1, No. 2 (2011). –Investigaciones– Ikerlanak, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=197532>, consulta: 28 de agosto de 2014. “Seguramente a excepción del caso de Francia, donde fruto de la herencia adquirida con la Revolución francesa, el órgano que ejerce control de constitucionalidad (el Conseil Constitutionnel) no es un órgano jurisdiccional sino político, en el resto de países del mundo, existe, en la actualidad, un modelo judicializado de revisión constitucional[...].” Igualmente Bouzat ha indicado que “la función del Consejo Constitucional francés es política y no judicial porque no persigue la resolución de controversias de derechos o intereses entre personas, ni la protección de los derechos individuales de alguien en particular. Solo unas pocas personalidades políticas pueden acceder al Consejo, y el control constitucional es preventivo o meramente consultivo. En verdad puede ser considerado como un paso más del procedimiento legislativo”. Ver Gabriel Bouzat, “El control constitucional”, 70. Como se indicó, para matizar el tema, Pierre Bon ha manifestado en relación al caso francés que, “el control parecía servir, esencialmente, para marginar al legislador en su ámbito y forzarle a respetar las reglas obligatorias del procedimiento legislativo. Con la decisión de 1971, y la abundante jurisprudencia que la sigue, la protección de los derechos fundamentales aparece en primer plano de las funciones de control de la constitucionalidad de las leyes, como hace tiempo sucedía en otros países dotados de una jurisdicción constitucional. Así, se pasa, en cierto modo, de un control de la constitucionalidad ejercido solo en interés de los poderes públicos, y en particular del ejecutivo, a un control de constitucionalidad ejercido también en interés de los ciudadanos”. Ver Pierre Bon, “Francia”, en Eliseo Aja, edit., *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual* (Barcelona: Ariel, 1998), 138-9. También, en la investigación de Javier Pardo Falcón, *El consejo constitucional francés* (Madrid: CEC, 1990), 111-3, ha quedado claro que, aunque en un inicio la función del control de constitucionalidad quedaba concebida de una forma absolutamente marginal en los inicios de la Quinta República, en la actualidad, una vez superadas ciertas limitaciones que hacían presumir que muy pocas veces sería activado el control de constitucionalidad, éste se manifiesta en su verdadera dimensión de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas. Algo que era inimaginable en un primer momento.

96 García de Enterría, “*La Constitución como norma*”, 167.

A este problema, de la legitimidad de la revisión judicial, es el que se ha referido Alexander Bickel con indudable éxito, al acuñar la expresión dificultad contramayoritaria para plantear, cómo justificar desde una teoría democrática la vigencia de órganos de revisión judicial encargados de controlar la constitucionalidad de normas provenientes del depositario de la soberanía popular, esto es el parlamento.⁹⁷

Con independencia del modelo de justicia constitucional adoptado, si la ley está objetivada por la Constitución y la Constitución por su intérprete, ya que no existe ninguna norma superior dentro del ordenamiento jurídico positivo,⁹⁸ surgen interrogantes acerca de si existen o no parámetros objetivos del control cuando quien realiza la interpretación es una Corte o Tribunal y lo que se trata de interpretar es nada menos que la Constitución. ¿Quién debe tener la “última palabra” cuando lo que se interpreta es la Constitución en una democracia? ¿Qué es lo que justifica que un grupo de personas no elegidas por el pueblo puedan ejercer una revisión judicial de la ley como la más alta expresión de la voluntad popular? ¿Cómo las Constituciones pueden inspirar lealtad a pesar de los constantes desacuerdos que se suscitan en relación con sus contenidos, muchas de las veces plurales y abstractos?

Cuando se conservaba intacto el mito de que el juez se limitaba a aplicar la ley o la Constitución sin tener que valorarla, la falta de legitimidad democrática de los órganos de justicia parecía irrelevante, puesto que la actividad judicial se concebía como meramente intelectual y no valorativa.⁹⁹

Precisamente, el problema de la dificultad u objeción contramayoritaria¹⁰⁰ parece cobrar mayor envergadura cuando se advierte que muchas de

97 Alexander Bickel ha utilizado esta expresión para negar la validez de los argumentos que intentan justificar la revisión judicial por antidemocrática. Ver Bickel, *The Least Dangerous*.

98 Dejando a salvo la célebre norma fundamental o básica de origen kelseniano, que no se trata propiamente de una norma positiva dictada por algún legislador humano, sino de un presupuesto epistemológico, una especie de hipótesis de trabajo que utilizan implícitamente los juristas en sus elaboraciones con la finalidad de explicar la relación dinámica de derivación y validez de las normas inferiores.

99 Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 1992), 683.

100 La crítica contramayoritaria sostendría que, así como el establecer una carta de derechos atrincherada constituiría una limitación injustificada al legislador electo democráticamente, el permitir que los jueces tengan la última palabra acerca del contenido y alcance de una ley implicaría privar a los ciudadanos del derecho a reflexionar libremente, a partir de sus representantes por medio del contenido y alcance de dichas normas. Es extensa la literatura que ha abordado el tema sobre la revisión judicial –defensores y críticos–; sin embargo, es fundamental la referencia a algunos autores. En el ámbito anglosajón marcaron un punto importante Bickel, *The Least Dangerous*; Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos* (*Law and Disagreement*) (Madrid: Marcial Pons, 2005); John Hart Ely, *Democracia y Desconfianza: Una teoría del control constitucional* (*Democracy and Distrust*) (Bogotá: Universidad de los Andes / Siglo del Hombre, 1997); Ronald Dworkin, *Freedom's Law. The moral Reading of the American Constitution*

las cláusulas constitucionales están generalmente expresadas en términos altamente vagos y abstractos con un fuerte contenido valorativo ¿Significa esto rendirse a los argumentos contramayoritarios que llevan, en definitiva, al rechazo del control judicial, acentuando el carácter elitista y antidemocrático de la función de revisión?¹⁰¹

La tesis de un *gobierno de los jueces*,¹⁰² generalizada después en Europa con el libro de Lambert,¹⁰³ como un gobierno carente de legitimación democrática e irresponsable respecto de sus actuaciones, tiene su origen en contextos como el de los EUA desde que Theodore Roosevelt, en respuesta

(Cambridge: Harvard University Press, 1996); Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* (Cambridge: Harvard University Press, 1991); Mark Tushnet, ¿Por qué la Constitución importa? (Bogotá: Universidad Externado de Colombia –UEC–, 2012); Larry Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (Nueva York: Oxford University Press, 2004), por citar algunos de los más destacados, entre otros. Aun cuando las referencias son inabarcables, para el ámbito hispanoamericano es indispensable la consulta de obras importantes y destacados artículos como: García de Enterría, *La Constitución como norma*; Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*; Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa* (Barcelona: Gedisa, 1997); Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (Barcelona: Ariel, 1996); Bayón, “Democracia”; Víctor Ferreres, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley: El problema de su legitimidad democrática”, en Carbonell y García Jaramillo, edit., *El canon*; José Juan Moreso, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, en Laporta, edit., *Constitución*; Juan Carlos Bayón, “Derechos, democracia y Constitución”, en Laporta, edit., *Constitución*; Pablo de Lora, “Justicia constitucional y deferencia al legislador”, en Laporta, edit., *Constitución*; Víctor Ferreres Comella, “Una defensa de la rigidez constitucional”, en Laporta, edit., *Constitución*; Claudia Orunesu, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales* (Madrid: Marcial Pons, 2012); Sebastián Linares, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes* (Madrid: Marcial Pons, 2008); Roberto Gargarella, “Las amenazas del constitucionalismo: Constitucionalismo, derechos y democracia”, en Marcelo Alegre y otros, *Los derechos fundamentales* (Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2003); Roberto Gargarella, “Constitucionalismo vs. democracia”, en Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008); Francisco Laporta, “Norma básica, Constitución y decisión por mayorías”, en Laporta, edit., *Constitución*, entre otros, así como innumerables artículos y demás publicaciones.

101 Claudia Orunesu, “Los límites de la interpretación en la democracia constitucional”, Claudia Orunesu y otros, en *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales* (México DF: Fontamara, 2005), 56.

102 Cesáreo Rodríguez-Aguilera de Prat, “Norberto Bobbio y el Futuro de la Democracia”, *Working papers-Documentos de trabajo* (Barcelona: Instituto de Ciencias Políticas y Sociales), No. 125 (1997): 9, refiriéndose al trabajo de Norberto Bobbio dice: “Al final, señala Bobbio, la cuestión del gobierno de las leyes versus gobierno de los hombres acaba siendo una pregunta mal formulada, ya que lo uno no excluye a lo otro, puesto que aquellas son elaboradas por estos [...] solo la democracia basada en el principio de legalidad con división equilibrada de poderes permite hacer compatibles los dos elementos aparentemente antitéticos de la pregunta”.

103 La obra de Edouard Lambert, *El gobierno de los jueces (Le gouvernement des juges)* publicada en 1921 es un trabajo que lleva a cabo un análisis crítico de la justicia constitucional en los EUA. Haciéndose eco de las principales aportaciones de la literatura jurídica estadounidense del momento, Lambert pone de manifiesto los inconvenientes que conlleva la atribución a un órgano judicial de la facultad de revisar la obra del legislador. Ver la obra de Lambert, *El gobierno de los jueces*.

a las sentencias del Tribunal Supremo norteamericano condenara el papel del legislador irresponsable asumido por el juez, papel que los jueces americanos se han atribuido unilateralmente.¹⁰⁴

Constantemente, los defensores del principio democrático mayoritario han sostenido que el establecer una carta atrincherada de derechos o confiar la guarda de la supremacía constitucional a órganos elitistas no democráticos (Cortes o Tribunales constitucionales), permitiéndoles conservar la última palabra, constituye una afrenta y una limitación injustificada al legislador que afecta a las bases mismas de una sociedad democrática.

Por otro lado, hay quienes sostienen con destacados argumentos que “la razón de ser de la justicia constitucional es su función antimayoría, la cual limita –por así decirlo– la cantidad de democracia para preservar su calidad, para evitar que se transforme en un régimen ciego, rendido al mero número que puede todo lo que quiere, que cambia derechos”.¹⁰⁵ Es decir, se acepta que la justicia constitucional no forma parte “natural” de la democracia, pero sirve a la democracia de forma sustancial.¹⁰⁶

Desde Kelsen se insistiría en que no se debía confundir *principio de la mayoría* (la democracia verdadera), con *dominio de una mayoría* (el simple mayoritarismo),¹⁰⁷ de forma que el Estado constitucional resultaría ser, precisamente, la juridificación de la democracia, que excluye la posibilidad de aplicar métodos democráticos orientados a su propia supresión o desconocimiento.¹⁰⁸

104 B. Schwartz, citado por García de Enterría, *La Constitución como norma*, 178; José Luis Cascajo Castro, “La jurisdicción constitucional de la libertad”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 199 (1999): 174, con el fin de evitar el gobierno de los jueces –*gouvernement des judges*– ha hablado de una praxis feliz y coherente que debe ser desarrollada por los tribunales, alejada de las tentaciones y de los secretos.

105 Gustavo Zagrebelsky, *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política* (Madrid: Trotta, 2008), 102.

106 Moreso, “Derechos y justicia”, 397, sostiene que el control judicial de constitucionalidad es un instrumento que puede ser adecuado para proteger los derechos constitucionales, aunque no sea un mecanismo estrictamente necesario para la existencia de una democracia constitucional.

107 Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, 2a. ed., trad. por Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra (Madrid: Guadarrama, 1977), 81-5. Ahora bien, Anna Pintore “Democracia sin derechos: En torno al Kelsen democrático”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 23 (2000): 135-6, expone que Kelsen, a pesar de que no ignora la tensión entre derecho y democracia, soberanía popular y Constitución, nunca elaboró una teoría de la democracia constitucional en el sentido de una concepción que afrontase expresa y sistemáticamente el problema de conciliar los dos polos, sino solo, por separado, una *teoría de la democracia* y una *teoría de la Constitución*. Más aún, uno de los problemas más críticos de la democracia constitucional relativo a la objeción contramayoritaria, vendría a ser tratado por Kelsen de forma muy concisa y seguramente insatisfactoria, rechazando que las Constituciones apelen a términos abstractos o generales o que se remitan a valores controvertidos para conjurar la inevitable consecuencia del desplazamiento del poder del parlamento al órgano de justicia constitucional.

108 De Otto y Pardo, *Derecho constitucional*, 64.

El especial papel de los jueces en el Estado constitucional como protectores o sujetos llamados a tutelar los derechos opacaría la necesidad de justificar el ejercicio de su actividad desde una óptica mayoritaria exclusivamente, dado que los derechos fundamentales serían ejercidos contra esa misma mayoría.¹⁰⁹

En defensa de la justicia constitucional se argumentaría que, “en tanto el control judicial verse sobre las decisiones de la legislatura ordinaria y se ejercite para proteger los derechos básicos definidos por el poder constituyente originario, se trataría de un órgano verdaderamente democrático”.¹¹⁰ Con lo cual, la tarea revisora consistiría únicamente en hacer cumplir las decisiones de la voluntad soberana objetivadas en la Constitución.

De ahí que “gracias al control judicial, la expresión más genuina de la voluntad popular (la Constitución) logra prevalecer frente a la expresión más atenuada de esa voluntad (la ley)”.¹¹¹ Un argumento que, aunque atractivo, afrontará algunas críticas justificadas.

En efecto, si se reconoce –como está claro– que “el catálogo de derechos que encontramos en la mayoría de Constituciones recoge principios abstractos de moralidad política, cuya interpretación es controvertida”,¹¹² se dificulta una defensa objetiva de una voluntad constituyente, y se coloca a los defensores de la revisión judicial de la constitucionalidad en la tesitura de ajustar sus argumentos, capaces de cerrar la denominada “brecha interpretativa”.¹¹³

Y si esto se admite –que las Constituciones incorporan valores abstractos–, hay buenas razones para tomarse en serio la objeción contramayoritaria, más aún, en sistemas en donde el grado de rigidez constitucional es mayor,¹¹⁴ “porque si el procedimiento de reforma constitucional es tan exigente que, en la práctica, su puesta en marcha es inviable, entonces los jueces constitucionales tienen de facto la última palabra sobre el contenido y alcance de los derechos básicos”.¹¹⁵

109 Luigi Ferrajoli “Justicia penal y democracia. El contexto extraprocesal”, *Jueces para la democracia*, No. 4. (1998): 3 y s.

110 Orunesu, *Positivismo jurídico*, 190, en una referencia a Hamilton, Madison y Jay.

111 Ferreres Comella, “El control judicial”, 485.

112 *Ibid.*

113 Roberto Gargarella ha definido que muchas de las críticas contramayoritarias se filtran a través de la denominada brecha interpretativa, es decir, en la amplitud y vaguedad a la que se puede prestar la interpretación constitucional. Ver Roberto Gargarella, *La justicia*, 59.

114 Alfonso Ruiz Miguel manifiesta que: “[...]con independencia de la supremacía constitucional, el control judicial en sí mismo no tiene por qué suscitar objeción contramayoritaria si no va acompañado de una cierta rigidez de la Constitución y, más aún, tal objeción, de estar justificada, tendrá más fuerza cuanto más alto sea el grado de rigidez”. Ver Alfonso Ruiz Miguel, “Constitucionalismo y democracia”, *Isonomía*, No. 21 (octubre de 2004): 62-3.

115 Bayón, “Derechos”, 402. Por otro lado, una referencia normativa válida que encaja con este criterio es la disposición contenida en el art. 443 de la Constitución ecuatoriana, que confiere la facultad a la CC de determinar cuál de los procedimientos corresponde ser asumido para la

La verdadera dimensión del problema se advierte al considerar que democracia y mayoritarismo, constitucionalismo y democracia, por una parte, se contraponen,¹¹⁶ pero, por otra, se complementan como dos caras de una misma moneda, dado que la democracia no puede concebirse en términos puramente formales para identificarse, sin más, como un simple procedimiento de toma de decisiones mayoritarias.¹¹⁷

No es posible, en efecto, predicar un concepto de democracia basado en el dominio absoluto e irrestricto de la mayoría. La democracia implica no solo un gobierno de la mayoría, sino también el respeto de unas minorías, y uno de los medios para asegurar ese cometido es la

reforma de la Constitución. Y es que, aun cuando el pueblo tenga la posibilidad de pronunciarse en una de las vías previstas, la Corte decidirá previamente cuál de ellas corresponde ser asumida, lo cual coloca el tema de la última palabra en manos de la propia Corte. En otro sentido opinarían Angélica Porras y Johanna Romero cuando consideran que los mecanismos agravados de reforma constitucional en el sistema ecuatoriano, no obstante constituir restricciones, no implican limitaciones a la democracia; de hecho manifiestan: “[...] las denominadas enmiendas y reformas constitucionales integran mecanismos de democracia directa para que sea el pueblo el que tenga la última palabra en materia de cambio constitucional”. Ver Angélica Porras Velasco y Johanna Romero Larco, *Guía de Jurisprudencia constitucional ecuatoriana: Período octubre 2008-diciembre 2010* (Quito: CCPT, 2011), 53.

116 Rodrigo Uprimny, “Estado de derecho”, *Eunomía Revista en Cultura de legalidad*, No. 5, (2013): 173, indica que, en su versión radical, las categorías democracia y Estado de derecho entran en tensión y pueden ser consideradas opuestas, pues la democracia, en la medida en la que se funda en la soberanía popular, aspira al gobierno ilimitado del pueblo, mientras que el Estado de derecho está asociado a la idea de gobierno dividido, limitado y reglado.

117 Véase Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada* (Buenos Aires: Eudeba, 2009), 431-8; Manuel Antonio Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho* (Madrid: Trotta, 1997), 64-75; Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control de poder* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995), 56. Este último autor indica que en realidad se trata de un falso enfrentamiento entre “democracia sustantiva y democracia procedimental” –y dice–: “no es que sea falsa la distinción como distinción de facetas o cualidades, sino lo que resulta teóricamente falso es la contraposición como categorías opuestas”; De Otto y Pardo, *Derecho constitucional*, 61, 64-5; manifiesta que “la justificación democrática de la restricción de la democracia no es difícil encontrar para aquellos preceptos constitucionales que contienen la fundamentación de la democracia misma y de los que los derechos fundamentales son el ejemplo más destacado [...] Si la democracia está esencialmente vinculada al pluralismo, está claro que se excluye la posibilidad de aplicar los métodos democráticos a su supresión, esto es, que tal supresión no podría llamarse decisión democrática. Afirmar lo contrario es tanto como admitir una omnipotencia que se destruye, algo que ni de Dios puede predicarse sin sofisma”; Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración* (Madrid: Civitas, 1997), 65-6; Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 2010), 25; Uprimny, “Estado de derecho”, 173 y s., al tiempo que habla de una tensión, sin embargo, rescata la complementariedad de los términos; Robert Alexy, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid: Trotta, 2003), 37-40, refiere que podrían existir tres formas de contemplar la relación entre derechos humanos y democracia: una ingenua, una idealista y una realista. Indica el autor que un Tribunal que intente responder seriamente a las objeciones democráticas lo debe hacer desde una representación argumentativa, en la cual triunfa la reconciliación entre derechos y democracia.

propia normatividad de la Constitución, con unos límites a la actuación mayoritaria.¹¹⁸

La constante tensión entre constitucionalismo y democracia ha llevado a que se pueda hablar incluso de modelos intermedios de constitucionalismo, de un constitucionalismo débil como una variable del constitucionalismo democrático o de una respuesta democrático-constitucional a medio camino entre la posición constitucionalista pura *–del todo–* y la posición radical democrática pura *–del nada–*.¹¹⁹

De hecho, la fórmula contemporánea de la democracia constitucional parece estar contenida en la aspiración a un justo equilibrio entre el principio democrático dotado de valor constitucional y la idea de unos límites *–derechos–*, fijados mediante la fuerza normativa de la Constitución.¹²⁰ Un equilibrio que, por ser de reciente adaptación, afecta a los sujetos protagonistas de esta conciliación, es decir, parlamento y tribunales.¹²¹

118 Francisco Balaguer Callejón, “Constitución y ordenamiento jurídico” en Carbonell, comp., *Teoría de la Constitución*, 199. Sin embargo, en este punto habrá que tener presente la advertencia de Roberto Gargarella sobre la revisión judicial, y es que “...del hecho de que los jueces no representen a las mayorías, numéricamente hablando, no significa que los mismos representen (o, más bien, tengan una motivación especial para defender) a la infinita diversidad de minorías que existen en la sociedad[...]”. Ver Roberto Gargarella, “Del reino de los jueces al reino de los políticos”, *Jueces para la democracia* No. 28 (1997): 26.

119 Véase Annette Schmitt, “¿Necesita la democracia una Constitución protegida?”, en Pablo Navarro y Cristina Redondo, comp., *La relevancia del derecho* (Barcelona: Gedisa, 2002), 254-62, quien ha utilizado tres tipos de respuesta frente a la tensión entre constitucionalismo y democracia: La respuesta constitucionalista pura *–del todo–*; la respuesta del demócrata pura *–del nada–*; la respuesta del demócrata constitucional *–del algo–*. Sobre un *constitucionalismo débil* ver Bayón, “Derechos, democracia y Constitución”, en Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, 234-5. Asimismo ver el mismo Bayón, bajo el mismo título en Laporta, edit., *Constitución*, 418-9. Finalmente, Juan Carlos Bayón, “Democracia y derechos”, 351-5. Bayón propone un diseño que se caracterice por: a) defender la existencia de un coto vedado mínimo que ponga a resguardo de las mayorías unas reglas de procedimiento como, por ejemplo, el derecho a participar en términos igualitarios en la toma de decisiones, formulables en forma de reglas irreformables, reservando la textura abierta de los principios *–como una ventaja instrumental–* solo para aquellos contenidos que no es posible formular como reglas; b) admitir la existencia de un sistema de justicia constitucional como mecanismo para incrementar la calidad de la práctica de deliberación previa a la toma de decisiones; c) que se abandonen procedimientos de reforma que exigen gravosas mayorías calificadas como los que actualmente existen en los ordenamientos jurídicos; d) otorgar la última palabra en cuestiones constitucionales a los mecanismos ordinarios de democracia representativa mediante técnicas como el *reenvío*. Habría que añadir que Pablo de Lora, sugiere en la línea del *constitucionalismo débil*, tener en cuenta la regla thayeriana, que no hace sino trasladar el estándar del procedimiento penal de la duda razonable al ámbito constitucional de la ley. Ver De Lora “Justicia constitucional”, 361-6.

120 Habermas apelaría en esta relación a la idea de la “cooriginalidad” o “copertenencia” de ambos ideales, ya que constituyen la manifestación de una misma concepción de las personas como sujetos morales que hace posible un ejercicio de autonomía política y autonomía privada. Ver Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Madrid: Trotta, 2008), 193.

121 Maurizio Fioravanti, *Constitución: De la antigüedad a nuestros días* (Madrid: Trotta, 2001), 164.

En ese contexto, y a pesar de que las Cortes o Tribunales constitucionales no son el mejor ejemplo de lo que representa un órgano con legitimación democrática directa, dadas las credenciales democráticas que ostentan otros órganos dentro del Estado, significativamente, el legislador, sus decisiones pueden estimarse legítimas si aparecen como “aplicación”¹²² del derecho en el marco de una teoría deliberativa de la democracia¹²³ y de una teoría de la interpretación plausible que involucre prácticas dialógicas y no, actitudes discrecionales o arbitrarias carentes de sustento.¹²⁴

Las decisiones de las Cortes o Tribunales “pueden considerarse legítimas tan solo si aparecen como aplicación del derecho y no como creación política de normas. Este es el presupuesto que hace que para la jurisdicción constitucional llegue a ser de vital importancia asegurar su carácter jurisdiccional, porque dicho carácter constituye la fuente principal de legitimación de aquellos órganos del Estado llamados a aplicar las leyes y decidir sobre litigios concretos”.¹²⁵

Por ello, la tarea de proporcionar un marco de legitimidad¹²⁶ apreciable de la revisión judicial descansa “en la posibilidad de evaluar jurídicamente

122 Vale destacar que el término *–aplicación–*, en el presente trabajo, no será entendido como un acto puramente cognoscitivo-declarativo sobre el supuesto significado objetivo de las normas llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales mediante un procedimiento de inferencia lógico-formal, tal como supusieron determinados planteamientos de la dogmática formalista decimonónica, ya que, de ser así, el debate acerca de la legitimidad de la justicia constitucional se vería anulado por el supuesto de un simple significado objetivo de la Constitución; por el contrario, el término aquí utilizado se halla orientado a un nivel de comprensión de solución de problemas prácticos un tanto más difíciles, tratándose de normas constitucionales cuya estructura normativa es abierta, general e indeterminada, lo cual supone siempre una actividad concebida a medio camino entre la simple aplicación y la creación *ex novo*.

123 A pesar de que se puede hablar de un primer periodo de gestación de la democracia deliberativa y uno de consolidación posterior, una consulta sobre el origen y evolución del modelo deliberativo, así como un concepto de democracia deliberativa, puede consultarse en José Luis Martí, *La república deliberativa: Una teoría de la democracia* (Madrid: Marcial Pons, 2006). Igualmente, puede verse Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*; Habermas, *Facticidad y validez*, en lo referente al práctica deliberativa.

124 Tal como lo expresa María José Añón, “Como se trata por tanto de poner el acento en la esfera de la responsabilidad, la relación entre legitimación y discrecionalidad replantea una de las funciones del derecho que es la de proveer unos parámetros de legitimación para orientar el comportamiento de funcionarios y ciudadanos. Desde esta perspectiva, suele argumentarse que el poder depositado en instituciones puede transformarse en autoridad en la medida en que los valores y prácticas que son aceptadas o constituyen expectativas en un determinado contexto social son sentidas como legítimas en dicho contexto. La aplicación de este presupuesto a la toma de decisiones por parte de los operadores jurídicos lleva a considerar que esas decisiones deben reforzar o estimular el acuerdo u obtener la conformidad de los destinatarios de la decisión en sentido amplio”. Ver María José Añón, “Notas sobre discrecionalidad y legitimación”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 15-16 (1994): 897-911.

125 Claudia Storini, “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”, *Foro: Revista de Derecho*, Quito, No. 7 (2007): 160.

126 Pedro de Vega considera, apelando a una consideración weberiana que “los términos legalidad y legitimidad terminan siendo expresiones coincidentes, en la medida en que el cumplimiento

sus interpretaciones¹²⁷ verificando de esta forma que los jueces constitucionales, se han sometido al derecho que tiene que aplicar –la Constitución–.

Probablemente, y aun cuando sea anticipado, una aproximación intuitiva en favor del control judicial de constitucionalidad esté asociada con situaciones en las cuales ciertas condiciones de la democracia no son satisfechas y, consecuentemente, lo político –llámese democrático o no– no es epistémicamente superior al proceso judicial.¹²⁸

Si se han establecido ciertas restricciones al conjunto de decisiones que son tomadas por medio de la regla de la mayoría mediante la incorporación de los denominados derechos fundamentales, es decir, ciertos derechos que no se encontrarían disponibles en la agenda legislativa ordinaria por corresponder a los “momentos constitucionales”,¹²⁹ para diferenciarlos de los “momentos ordinarios”, comúnmente conocido como el atrincheramiento de los derechos, y se ha confiado la guarda del texto constitucional a unos órganos especializados, ubicados en la cúspide reflexiva,¹³⁰ al estilo de una Corte o Tribunal, la vigencia de la justicia constitucional dentro de un Estado democrático, dada su expansión y consolidación, desplaza el centro de atención del debate del *quién*¹³¹ al *qué* se decide, y al *cómo* desplegar esta tarea de manera que se pueda abrazar un grado de legitimidad aceptable que procure una conciliación entre el constitucionalismo y la democracia.¹³²

de la legalidad otorga por sí mismo legitimidad a la acción del gobernante” y por ello “la única forma de legitimidad posible de la que cabe hablar en la democracia posmoderna es de la legitimidad por el ejercicio”. Ver De Vega, “Legitimidad y representación en la crisis, 32. Por su parte, Alfonso Fernández Campoamor, en el prólogo a la obra de Esteban Delgado del Rincón, *Constitución, poder judicial y responsabilidad* (Madrid: CEPC, 2002), 8, hace una distinción entre legitimidad y legitimación. Así, mientras la legitimidad es un concepto normativo, la legitimación es un concepto sociológico. Fernández Campoamor indica que así como al Parlamento le otorga legitimidad la voluntad de los electores, la legitimidad de las decisiones judiciales descansa en el propio derecho que aplican los jueces y en la atribución de competencia que les confiere la Constitución, siempre que actúen sujetos al imperio de la ley. La legitimación –dice– descansa en el consenso social sobre la eficacia y la justicia.

127 Storini, “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”, 160.

128 Nino, *La Constitución de la democracia*, 272.

129 Bruce Ackerman y Carlos Rosenkrantz, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, en Varios autores, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Cuadernos y Debates, No. 29 (1991).

130 Habermas, *Facticidad y validez*, 313.

131 De hecho, un dato que la CCE ha pretendido dejar claro es que, es esta, la CCE, el órgano que ostenta la última palabra dentro del sistema constitucional. En la sentencia 019-12-SIN-CC, dijo lo siguiente: “los jueces constitucionales en Ecuador tienen la última palabra sobre los derechos en prácticamente cualquier cuestión que se plantee en la sociedad, desplazando adecuadamente, a los órganos que participan en el proceso democrático”.

132 Sobre una crítica a los momentos constituyentes para diferenciarlos de los momentos de política ordinaria puede verse un pasaje de Francisco Laporta en “Materiales para una reflexión sobre la racionalidad y la crisis de la ley”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 22 (1999): 328-9.

Es claro, entonces, que la objeción contramayoritaria se advierte de forma conjunta en dos frentes: en el marco del control abstracto de constitucionalidad en relación con normas inferiores a la Constitución y, en la idea de unos derechos constitucionales atrincherados, expresados por medio de fórmulas abstractas o generales asociados a la idea de rigidez constitucional.¹³³

Ahora bien, si se acepta la premisa de la consolidación y expansión de la revisión judicial ¿cuál es el coste que está dispuesta a asumir una sociedad que se estima democrática con el fin de soportar dicha revisión con todas las dudas que la aquejan? ¿Es posible admitir una revisión judicial compatible con el ideal democrático? ¿Cuáles son los argumentos que justifican una revisión judicial?

A pesar de la vitalidad del debate, que ha sido bastante prolijo, así como abundante en la teoría jurídica norteamericana, parecería contrainformativo en el contexto de esta investigación pensar que para el caso ecuatoriano, la justicia constitucional pueda aparecer como un órgano antidemocrático capaz de torcer la voluntad popular a pretexto de interpretar la Constitución, debido al carácter garantista¹³⁴ que subyace a la carta constitucional vigente y al hecho de que la CC del Ecuador ha asumido el papel de guardián “natural” de la norma fundamental.

Aún más, puede sostenerse que el debate es intrascendente en el modelo ecuatoriano por cuanto la institución de la revisión judicial tiene una fuente democrática en su origen, como es su inclusión en una norma fundamental aprobada democráticamente. Sin embargo, de ello no se colige que pueda seguirse calificando indubitadamente como tal, si en la práctica

133 A decir de Ferreres Comella son tres las circunstancias que dan lugar a la denominada dificultad contramayoritaria: 1. La legitimidad democrática de origen del juez, dado que la ley que hay que enjuiciar proviene de un parlamento electo democráticamente; 2. La rigidez constitucional, dado que la Constitución en este supuesto solo puede reformarse mediante un procedimiento agravado; y, 3. La controvertibilidad interpretativa de la Constitución, dado que las Constituciones se conforman en abundancia de conceptos jurídicos indeterminados. Ver Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, 43.

134 Sobre el garantismo puede consultarse la obra de Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo* (Madrid: Trotta, 2008), 61-2, donde se indica que la expresión *garantismo* constituye un neologismo para referirse a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales, así como para designar al conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes, públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o de mercado), en el plano estatal e internacional, que surgió en la cultura jurídica italiana de izquierda en la segunda mitad de los años setenta, como respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción que redujeron de diferentes formas el sistema de garantías procesales. Ver también, Luigi Ferrajoli, *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia* (Madrid: Trotta, 2006). Una visión crítica de la utilización del término “garantismo” puede consultarse en Aragón Reyes, “Dos problemas falsos y uno verdadero”, 3 y s.

la revisión judicial no se ajusta a unas exigencias verdaderamente democráticas compatibles con el ideal del constitucionalismo.¹³⁵

De hecho, el péndulo parece haber oscilado en términos extremos, desde una confianza acrítica en la CC y, en consecuencia, su aceptación o aprobación natural, a una exagerada desconfianza y su consecuente rechazo, obviando la relevancia del debate que oriente a la toma de una posición sólida.

Poner en cuestión una “obviedad”, “la naturalidad” del guardián de la Constitución, puede representar una empresa complicada; no obstante, lo que interesa es evidenciar la importancia y la actualidad del debate contramayoritario y los giros que puede estar tomando el mismo más allá de asunciones apriorísticas.

Dada la amplitud de las teorías que han dividido a quienes con argumentos defienden la legitimidad de la justicia constitucional y a los que la critican por su carácter antidemocrático, con los matices que se puedan destacar en uno y otro caso, la discusión se centrará en torno a las principales aportaciones sobre el debate contramayoritario, por haber sentado las bases de estudios posteriores, así como por haber desarrollado las distintas posiciones doctrinales sobre el tema, para definir posteriormente, las bases que justifican un uso tolerable de la revisión judicial.

En ese contexto, se intentará construir una respuesta satisfactoria a la objeción democrática, admitiendo que no se trata de un tema pacífico y que, aunque resulte necesaria la revisión judicial por su compatibilidad con los ideales más nobles del constitucionalismo, su aceptación se encuentra más allá de simples estipulaciones terminológicas o asunciones apriorísticas.

Frente a lo que podría estimarse un denominado “punto de no retorno” con relación a la expansión y consolidación del modelo de revisión judicial, la idea es aportar argumentos válidos que sustenten lo que puede considerarse un ejercicio legítimo y tolerable de la vigencia del órgano de control tanto desde el punto de vista interno,¹³⁶ así como, desde un punto

135 Como explica Ferreres Comella, la problemática parecería relevante desde el punto de vista de los EUA y no en España porque, en el último caso –dice el autor– la justicia constitucional está expresamente establecida en el texto constitucional aprobado democráticamente, mientras en los EUA no es así. Sin embargo, una cosa es que una institución sea o no compatible con la democracia –que es lo que hace falta discutir– y otra que su existencia sea el producto de una decisión democrática. Para ello pone el ejemplo de la Monarquía prevista en una Constitución que puede ser democrática en el momento de su aprobación, pero no se ajusta a las exigencias estructurales de una democracia. En igual sentido, la institución de la revisión judicial puede parecer como una institución cuya estructura objetiva es contradictoria con la democracia. Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, 47.

136 Dicho objetivo se pretende alcanzar recurriendo a mecanismos de legitimidad democrática que miren a la práctica interna del órgano de revisión con respecto a la forma de adoptar sus

de vista externo,¹³⁷ capaz de articular una relación necesaria entre soberanía popular, participación ciudadana y justicia constitucional.

En lo que sigue, el análisis no se circunscribirá solamente a uno de los problemas en cuestión, el de la legitimidad en abstracto, sino que se extenderá a la idea de unos derechos atrincherados, puesto que la lógica de la objeción contramayoritaria –como se advirtió– juega de forma conjunta en estos dos frentes.

Originalismo y el elitismo epistemológico

La perspectiva de que los jueces están mejor situados que los parlamentos para resolver cuestiones relativas a los derechos fundamentales, así como para cuestionar la constitucionalidad de unas leyes provenientes del legislador, parece ser la consecuencia de un cierto elitismo epistemológico.¹³⁸

Este elitismo epistemológico presupone que para alcanzar conclusiones morales correctas, la destreza intelectual es más importante que la capacidad para representar y equilibrar, imparcialmente, los intereses de todos los potencialmente afectados por tales decisiones.¹³⁹

La visión de los denominados padres fundadores del constitucionalismo norteamericano recoge dicho pensamiento en las consideraciones que al respecto hiciera el Federalista núm. 78, advirtiendo los problemas que vendrían acompañando a la crítica. Y es que ¿cómo puede ser que ciertos jueces –una élite judicial, que no es electa por el pueblo soberano– tengan la capacidad para revertir decisiones provenientes del órgano democrático? ¿No será esto asumir la idea de un cuerpo élite de revisión contrario a la voluntad mayoritaria o popular?

La respuesta hamiltoniana, en aras de enervar la crítica, indicaría que, el hecho de que el poder judicial tenga la capacidad para revisar o negar la validez de una norma legislativa no significa consagrar la superioridad de la función judicial en relación con la función legislativa, sino, simplemente, una reafirmación de la voluntad popular consagrada en el texto constitucional, que es superior a ambos.¹⁴⁰

decisiones en el marco de una visión deliberativa de la democracia y un constitucionalismo dialógico, así como a la utilización de criterios interpretativos, de argumentación y motivación válidos como parámetros objetivables.

137 Se indagará sobre la forma de integración y composición del órgano de revisión judicial y sobre cuáles pueden constituir opciones válidas en una democracia.

138 Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, 260.

139 *Ibid.*

140 Ver Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, 51-2.

Según Hamilton, “la nueva Corte no tendría influencia sobre las armas ni sobre el tesoro; no dirige la fuerza ni la riqueza de la sociedad [...] Se puede decir en verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino simplemente buen juicio; y que en últimas depende de la ayuda de la rama ejecutiva incluso para que las sentencias tengan eficacia”.¹⁴¹

En ese camino, el dualismo que supuso considerar a la Constitución como real expresión de la manifestación popular frente a las demás leyes que son aprobadas por una asamblea legislativa cuya consecuencia es la sola manifestación de la voluntad de unos representantes, llevaría a Bruce Ackerman a consolidar la teoría del dualismo en la democracia norteamericana.¹⁴²

Así, cada vez que se invalidaría una ley, dicha situación aparecería como el espejo mismo en el que el pueblo se mira en ese especial momento. Por el contrario, el verdadero peligro en contra del pueblo, –se advertiría–, la verdadera amenaza al poder popular se presentaría cuando a los jueces se les negara su capacidad revisora de control.

De esa manera se argumentaría:

Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo [...] en otras palabras, debe a la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el Legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarado en su leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.¹⁴³

Tanto Hamilton como James Wilson concuerdan en sintetizar que la primera y la más importante máxima en la interpretación de un texto legal consistían en descubrir el significado que le dieron aquellos quienes la redactaron.

Estos planteamientos acerca de cómo interpretar la Constitución, a primera vista, parecen eficaces para evitar los riesgos de una tiranía o arbitrariedad del intérprete.¹⁴⁴ Lo propio ocurriría con los famosos jueces Story y Black, quienes se habrían inclinado en favor de este método interpretativo.

141 Tushnet, ¿Por qué la Constitución?, 109.

142 Bruce Ackerman, *We the people*, (Londres: Cambridge Harvard University Press, 1991). Ver además, Bruce Ackerman y Carlos Rosenkrantz, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, *Cuadernos y Debates: Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, No. 29 (1991).

143 Hamilton, Madison y Jay, *El federalista*, 332.

144 Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, 61.

Sin embargo, la corriente originalista¹⁴⁵ puede presentar algunas versiones. En unos momentos se plantea como la búsqueda del significado original del texto, en otros, como la búsqueda de la intención original del redactor del texto.¹⁴⁶

Más allá de cualquier diferencia conceptual, todas las versiones del originalismo se caracterizan por apuntar en una sola dirección: intentar limitar la discrecionalidad judicial imponiendo parámetros de “fidelidad constitucional” como la única manera de salvar el carácter democrático de la revisión judicial. Consecuentemente, todo ejercicio jurisdiccional que se aparte de la intención original constituiría una usurpación de poder.

Para la teoría originalista, la interpretación es una actividad que mira al pasado, pretendiendo descodificar el texto dado por quienes lo redactaron mediante la revelación de un significado implícito.¹⁴⁷

Para Sebastián Linares,

la estrategia originalista sugiere que, el hecho de que existan preceptos constitucionales vagos o ambiguos, o conceptos esencialmente controvertidos, no obliga sin más a practicar una conducta de deferencia con el Legislativo. Porque sucede que los jueces pueden despejar esas indeterminaciones jurídicas indagando las intenciones de los artífices de la Constitución [...] Los jueces no estarían creando el *derecho*, o imponiendo sus convicciones morales, sino simplemente haciendo respetar la voluntad popular.¹⁴⁸

Y, por deducción, ahí donde el intento original de interpretación no es posible, el juez debería practicar la auto restricción judicial.

Frente al temor de un posible “legislador oculto y arbitrario” en el que podría convertirse el intérprete de la Constitución, la posición originalista ofrece un anclaje en el pasado, capaz de fijar la interpretación, evitando la discrecionalidad judicial.

La corriente originalista propondría que la única forma de preservar la verdadera voluntad democrática es comprometer la interpretación con el significado original que dieron al texto constitucional sus creadores. Una suerte de vínculo natural virtuoso que aseguraría, según esta posición, certeza y seguridad, confiriendo al propio pueblo la facultad originaria de

145 Se entiende por originalismo –según Enrique Alonso García– “la corriente interpretativa que proporciona una especial relevancia al momento constituyente”. Ver Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución* (Madrid: CEC, 1984), 138.

146 Por ejemplo, la Constitución ecuatoriana, en su art. 427, indica que la interpretación de las normas constitucionales se realizará, entre otras formas, atendiendo a la que “mejor respete la voluntad del constituyente”.

147 Lawrence Sager, *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana* (Barcelona: Marcial Pons, 2007), 45.

148 Linares, *La (i)legitimidad*, 102.

cambiar el sentido constitucional no de forma subrepticia, por medio de una interpretación discrecional, sino, solamente, mediante un proceso de reforma institucionalizado. Este constituye, sin duda, un argumento muy usual que identifica a la Constitución histórica con la expresión más alta de la voluntad popular.

La principal crítica a esta posición originalista está relacionada con los argumentos u objeciones intertemporales o intergeneracionales, es decir, cuestionamientos que se orientan a resolver inquietudes tales como, si es genuinamente democrático que las intenciones de las generaciones pasadas condicionen a las generaciones futuras la resolución de sus conflictos o, si el gobierno de los muertos debe primar sobre el gobierno de los vivos.¹⁴⁹

Autorizar que los preceptos constitucionales, ambiguos, abstractos, generales y mayormente indeterminados, puedan ser interpretados según las intenciones de las generaciones pasadas, sería como admitir que la mano muerta del pasado puede condicionar a las generaciones futuras, imponiendo su visión acerca del derecho y, en consecuencia, negar a las generaciones presentes la facultad de interpretar una norma constitucional conforme las particularidades del contexto actual.

Una visión que podría ser matizada mediante la previsión de las denominadas cláusulas de enfriamiento dentro de los ordenamientos jurídicos.¹⁵⁰ Esto es, exigencias procesales generalmente incluidas en los textos constitucionales que incrementan la atención deliberativa, atenúan la crítica u objeción intertemporal y relajan el grado de la rigidez constitucional, al imponer debates prolongados, o la aprobación de reformas en diferentes períodos parlamentarios, etcétera.

A pesar de todo, la Constitución ofrecería a los originalistas una base muy pobre y débil cuando se advierte que muchas cláusulas constitucionales se encuentran redactadas en forma de principios que requieren de gran elaboración antes de que puedan ser aplicados a los casos concretos.¹⁵¹

Por otro lado, los argumentos históricos en contra del originalismo se orientan a deslegitimar la premisa del razonamiento hamiltoniano de la garantía de la voluntad popular a través de los jueces, debido a que no es verdad que siempre y en todo momento las Constituciones reflejen la voluntad genuina del pueblo en su conjunto.

149 Ferreres Comella, "El control judicial". También Gargarella, *La justicia frente al gobierno*.

150 En el contexto ecuatoriano, se utilizó la expresión "candado constitucional" para referirse a las denominadas cláusulas de enfriamiento del ordenamiento jurídico hoy contenidas en la Constitución de la República del Ecuador de 2008 en sus art. 441, num. 2 y 442, citada en adelante como CRE.

151 Sager, *Juez y democracia*, 59.

Todo lo contrario, la historia ha evidenciado que muchas veces grupos excluidos, grupos minoritarios, o “desaventajados” han permanecido al margen de la elaboración constitucional,¹⁵² lo que a la postre podría reflejar una visión parcializada que parece representar fielmente a la sociedad en un momento, pero que se distancia de aquella después.

Para superar este tipo de objeciones se ha recurrido a nociones como las del consentimiento tácito;¹⁵³ y, así, el hecho de que una Constitución no sea derogada por la generación actual evidencia que está aceptándola a través de un consentimiento que se “purifica” con el paso del tiempo.

Sin embargo, los argumentos del consenso tácito han sido bien refutados. Y es que nunca se sabrá a ciencia cierta si ese consentimiento tácito debería ser llamado más bien *mera resignación*.¹⁵⁴

En relación con la crítica que se funda en los denominados argumentos interpretativos, estos se orientan a desmitificar el entendimiento de la actividad desplegada en la tarea interpretativa de los textos constitucionales como si fuera un simple proceso de descripción cognoscitiva, debido a que los jueces, cuando interpretan el texto fundamental, hacen mucho más que efectuar una simple lectura del mismo.

Como lo señala Gargarella “en algunos casos, los jueces incorporan al texto soluciones normativas que no estaban al menos explícitamente incorporadas en el mismo”,¹⁵⁵ y no solamente en los casos más complicados, sino en aquellos pasajes en donde el texto constitucional parece ser más preciso, pero que, sin duda, exigen un proceso interpretativo mayor que una simple actividad de conocimiento racional o deducción lógico formal.

Y es que, “el originalismo no siempre cancela las indeterminaciones jurídicas, pues muchas veces es posible hallar distintas intenciones originales. En casos así, ¿qué significado elegir? ¿El que se corresponde con la intención de los participantes de los debates, o con la intención de los participantes más relevantes, o el propuesto por quienes redactaron cada artículo en particular, o el de las convicciones sociales predominantes en el momento de sanción?”¹⁵⁶ Frente a esta situación, ¿cuál debe ser preferida? ¿Cuál debería tener prevalencia?

Un tema que se torna aún más complicado cuando una característica que se espera “obvia” de los momentos constituyentes es, o debería ser, la estrategia deliberativa propia del disenso constitucional, que pretende

152 Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, 54.

153 Ver Nino, *La Constitución de la democracia*, 271-2.

154 Gargarella, “Constitucionalismo vs. democracia”, 26.

155 Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, 56.

156 Linares, *La (i)legitimidad*, 102-3.

integrar una diversidad de propósitos, intereses y objetivos, muchos de ellos contrapuestos, en un pacto fundacional deliberativo.

Se ha pretendido justificar la idea originalista mediante los denominados argumentos contrafácticos; es decir, intentando plantearse interrogantes acerca de cómo serían solventados los problemas o las posibles dudas interpretativas si al legislador constituyente de hoy se le preguntase cómo deben ser resueltas las cuestiones controvertidas, en una suerte de recreación de la voluntad constituyente. No obstante, ello solamente sería posible por medio de una ardua polémica de ida y vuelta, de datos e ideas imprecisas, poco adaptables unas a otras que tienden a justificar determinada interpretación.

Si bien un originalismo extremo que genera la petrificación del ordenamiento¹⁵⁷ no goza del mayor respaldo, el originalismo en su versión moderada ha encontrado aceptación desde la idea de que el espíritu de los constituyentes ha quedado plasmado en el texto y, por ello, hay que tenerlo siempre presente como punto de mira o referencia.

La idea originalista se fundaría entonces en dos proposiciones: 1. La interpretación de la Constitución ha de regirse por la original intent, y 2. Cuando se va más allá de este original intent, los jueces terminan imponiendo su voluntad frente a la voluntad popular.¹⁵⁸

Frente a los argumentos originalistas, a menudo suelen presentarse los denominados argumentos no originalistas. Si la tradición *originalista* hunde sus raíces en el pasado, los *no originalistas* operarían en sentido contrario, es decir, criticando la posibilidad de una interpretación estática.

Según el no originalismo, la intención de remontarse al pasado no sería otra que la de utilizar dichos antecedentes para comprender mejor cuáles son las decisiones actuales que deben ser tomadas¹⁵⁹ abandonando una idea aséptica de lo que en realidad pueden representar las tradiciones.

Por tanto, la intención no originalista arremete “contra las consecuencias conservadoras de esta doctrina, *–la originalista–* contra el anclaje al pasado que supone la regulación de la sociedad por las intenciones de antepasados pertenecientes a generaciones temporalmente alejadas de las actuales”.¹⁶⁰

157 Como lo refiere Enrique Alonso García, la petrificación ha sido una de las corrientes interpretativas más usadas por el tribunal austríaco, dando lugar a la “teoría de la petrificación” en relación con la distribución de competencias entre el Estado y los Länder operada en la Constitución austríaca. Ver García, *La interpretación de la Constitución*, 134.

158 Miguel Beltrán, *Originalismo e interpretación Dworkin vs. Bork una polémica constitucional* (Madrid: Civitas, 1989), 51.

159 Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, 66.

160 Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos* (Bogotá: UEC, 2005), 40.

El no originalismo que, por contraste con el originalismo, considera a la Constitución como un *texto vivo*, estima que las dudas acerca del significado o alcance de las disposiciones constitucionales deben ser asumidas por una comunidad presente, y no por “la mano muerta del pasado”. Es la sociedad actual la que tiene la fuente de autoridad más alta para decidir las cuestiones que le interesan a esa misma comunidad, y no la “voz de la historia”.¹⁶¹

La idea de un texto vivo “viene a descalificar una alternativa que parece claramente desagradable, la cual es estar sujetos por la mano muerta del pasado”.¹⁶² Con ello, la determinación y el alcance de la tarea interpretativa corresponde a la sociedad moderna alejada del significado original que le dieron los antecesores.

Ahora bien, ¿quién es el encargado de realizar dicha interpretación o actualización de la Constitución? ¿Supone la posición no originalista un acuerdo plebiscitario cada vez que hay que ponerse de acuerdo sobre lo que la Constitución quiere decir?

Con el fin de dar respuesta a estos cuestionamientos, se podría argumentar de modo intuitivo, que esta labor corresponde al juez, dada su especial posición dentro del sistema, capaz de determinar el alcance del significado constitucional. Sin embargo, esta posición lo único que hace es poner en evidencia la vitalidad del debate que se pretende abordar; es decir, la dificultad contramayoritaria, acentuando una posición elitista de la interpretación siempre difícil cuando de una “estrategia actualizadora” se trata.

A pesar del auge que el originalismo ha suscitado en norteamérica,¹⁶³ dado el especial papel que para la teoría de Ronald Dworkin representan los jueces en su posición contraria a la apuesta originalista, es necesaria una mención a su aportación en el marco de la legitimidad de la justicia constitucional y el papel preponderante que juegan los jueces dentro del sistema.

Dworkin ha llevado a cabo su defensa del control judicial desde lo que se ha denominado una lectura moral de la Constitución. Así funda su teoría en una propensión judicial aséptica que justifica la revisión judicial sobre una teoría del razonamiento a partir de principios.¹⁶⁴

Alejándose del originalismo, Dworkin sostiene que los jueces han de fundamentar sus decisiones en una lectura moral de la Constitución como

161 Roberto Gargarella, “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”, en Gargarella, coord., *Teoría y crítica*, 124.

162 *Ibíd.*

163 Beltrán, *Originalismo e interpretación Dworkin vs. Bork una polémica constitucional*, 51.

164 Esta teoría del razonamiento judicial la encontramos en algunas obras de Dworkin, especialmente en Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia* (Barcelona: Gedisa, 1988); Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. por Marta Gustavino (Barcelona: Ariel, 1984).

un documento que fija los principios morales fundamentales que han de guiar a la sociedad,¹⁶⁵ de modo que la Constitución no sería lo que los tribunales dicen que es,¹⁶⁶ sino lo que la Constitución permite a los tribunales decir qué es lo que es, de una manera unívoca.

Para Ronald Dworkin, y a diferencia del originalismo, que considera a la Constitución como un producto acabado, la norma fundamental siempre se encuentra en evolución y requiere de los participantes de la comunidad política una constante reevaluación y reflexión acerca de las teorías políticas que subyacen al derecho.¹⁶⁷

El error de los originalistas sería proponer una interpretación con fecha fija (la del momento en que se escribieron los textos en cuestión) contraria a una interpretación del texto constitucional basada en principios.¹⁶⁸

Para Dworkin, una institución como el control judicial, que decida con carácter definitivo ciertas cuestiones en detrimento del proceso democrático no necesariamente debe padecer de unos defectos de legitimidad; por el contrario, haría posible que se puedan asegurar condiciones necesarias para la democracia.¹⁶⁹

Cabe mencionar que el autor norteamericano admite que sus argumentos no constituyen un alegato positivo sin más a favor de la revisión judicial, simplemente pretende ofrecer una base neutral en la que esta institución pueda competir con la solución opuesta de asignar la última palabra a las legislaturas.¹⁷⁰

Desde esta posición, las disposiciones constitucionales contienen para cada problema jurídico una única solución correcta. Es decir, una verdad aprehensible que puede ser conocida por el juez en todo momento mediante una lectura moral correcta de los principios abstractos contenidos en la Constitución.

Dworkin propone un criterio de integridad que debe guiar a la práctica jurídica, como un argumento de virtud política,¹⁷¹ “el cual supone reco-

165 Linares, *La (i)legitimidad*, 106.

166 Frase acuñada por Charles Evans Hughes, presidente de la Corte Suprema norteamericana entre 1930 y 1941.

167 Orunesu, “Los límites de la interpretación en la democracia”, 45.

168 Gargarella, “La dificultosa”, 132.

169 Rodríguez, *Control judicial de la ley*, 383.

170 Dworkin, *Freedom’s Law. The moral Reading of the American Constitution*, 33.

171 Dworkin, *El imperio de la justicia*, 137 y s. Como lo expresa textualmente el autor, “resultará útil dividir los reclamos de integridad en dos principios más prácticos. El primero es el principio de integridad en la legislación, que pide de quienes crean leyes por legislación que mantengan dicha ley coherente en principio. El segundo es el principio de integridad en la adjudicación: pide a los responsables de decidir qué es la ley, que la entiendan y la hagan cumplir como coherente en la adjudicación. El segundo principio explica por qué se le debe otorgar al pasado

nocer un conjunto de principios que muestra que la comunidad comparte dicho valor de integridad. Ese valor determina la forma de una compleja operación que produce mejor adjudicación (aplicación) del derecho, es decir, la única respuesta correcta [...] que consiste en alcanzar su mejor interpretación moral".¹⁷²

La tarea del intérprete consistiría en encontrar las respuestas correctas frente a los problemas que plantea la Constitución, determinando "cuál es la mejor concepción de los distintos conceptos fundamentales que la Constitución fija en su texto".¹⁷³

Para ello, el autor parte de lo que denominó un juez Hércules bien dotado de un talante cognoscitivo, capaz de encontrar la única solución correcta a los casos puestos en su conocimiento.

Así, Dworkin no dejaría de recalcar en que la revisión judicial puede y merece ser defendida¹⁷⁴ y, para ello, propone un debate que consiste en sustraer del juego político algunas reglas básicas del funcionamiento de la sociedad.¹⁷⁵

En ese sentido, si las decisiones mayoritarias expresadas en el parlamento se sujetan a una natural regla de la mayoría, la actividad del juez, en el ejercicio de la revisión judicial, estaría marcado por una lógica, en principio, de los derechos.

Con el fin de aportar datos en defensa del control judicial, y debido a la evidente incorporación de normas abiertas, generales y abstractas dentro de los textos constitucionales formuladas como principios, el autor norteamericano distinguiría entre lo que denomina argumentos de principios –principios– y los argumentos políticos –*objetivos colectivos*–.¹⁷⁶

Según el autor "mientras que los organismos políticos representativos se ocupan normalmente de debatir sobre los objetivos colectivos, los jueces normalmente razonan con arreglo a premisas que incluyen los derechos individuales".¹⁷⁷

un poder propio, especial, en la Corte, contrariamente a lo que sostiene el pragmatismo. Explica por qué los jueces deben concebir el cuerpo de la ley que administran como una totalidad y no como un conjunto de decisiones discretas que pueden tomar o enmendar una por una, sin nada más que un interés estratégico en el resto".

172 Carlos María Cárcova, *Las teorías jurídicas post positivistas* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012), 203.

173 Gargarella, "La dificultosa", 133.

174 Linares, *La (i)legitimidad*, 62.

175 Bernal Pulido, *El derecho*, 41.

176 Dworkin, *Los derechos en serio*, 158 dice: "Los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual; los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo colectivo. Los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas son proposiciones que describen objetivos".

177 *Ibid.*, 153-71.

Este argumento vendría basado en una teoría estricta de un razonamiento judicial marcado por el cognitivismo, a través del cual los tribunales serán reconocidos como “foros de principios” ideales para la discusión constitucional, de forma que “la objeción al poder creador del juez no tiene fuerza alguna contra un argumento de principio”.¹⁷⁸

De ahí que, los órganos democráticos o mayoritarios deberían definir los marcos generales o los objetivos sociales colectivos, como el buen vivir, la defensa nacional, la seguridad pública, etc., y, los órganos judiciales definirían el campo de aplicación de los principios en un marco individualizado, estableciendo un límite en relación con los objetivos colectivos. Esta distinción entre *derechos-principios* por un lado y *políticas* que fijan objetivos sociales colectivos, por otro, permite que los jueces puedan superar la fuerte discreción judicial de la que se les acusa reiteradamente.¹⁷⁹

Todo lo anterior, sumado a una serie de condiciones estructurales básicas, tales como: la constante confrontación de los argumentos que les son propuestos a los jueces para ser desarrollados, la necesidad de motivación o justificación de las decisiones judiciales, dada la estructura abierta de las normas constitucionales y, las garantías institucionales de las que gozarían los órganos judiciales (independencia en sus cargos y mandatos, remuneración, etc.),¹⁸⁰ haría mucho más probable que los jueces razonaran sobre la base de principios, y no sobre la base de intereses personales.

La teoría de Dworkin parece presuponer que existe un amplio margen para la implementación de políticas públicas que establecen objetivos que no colisionan con derechos. Un espacio grande que no es copado por el control judicial.

Sin embargo, Carlos Nino ofrecería una visión crítica al respecto, sosteniendo que aquello solo sería posible si no existiese una teoría robusta del ejercicio de los derechos, conforme a la cual los derechos fundamentales no solo se ven afectados por actos, sino también por omisiones de la autoridad, dejando muy poco espacio al margen de las políticas y “así, de acuerdo con la tesis de Dworkin, para la acción sin límites de las mayorías”.¹⁸¹

178 *Ibíd.*, 152.

179 Conviene tener presente en este punto la crítica anotada por Antonio Pérez Luño sobre la clasificación de Dworkin al tipo de norma y, fundamentalmente, a la falta de precisión en el lenguaje adoptado por el autor norteamericano sobre el tema de los principios cuando utiliza esta noción para referirse a fenómenos jurídicos de muy diverso signo sin manifestar conciencia expresa de esa diversidad. Así, en la teoría de Dworkin, los principios significan, según los casos, cosas tan diferentes como pautas metodológicas para conducir la argumentación judicial hacia la solución correcta, fuentes jurídicas para colmar las lagunas, postulados morales que inspiran el orden jurídico, etc. Ver Antonio Pérez Luño, “Los principios generales del derecho: ¿Un mito jurídico?”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 98, (octubre-diciembre de 1997): 15.

180 Linares, *La (i)legitimidad*, 66.

181 Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, 271.

Por otro lado, se ha observado que la distinción que realiza Dworkin entre principios y políticas es menos clara de lo que el autor podría suponer. Es decir, parece ilusorio pensar que “los jueces no toman en cuenta en sus decisiones consideraciones acerca de políticas (recordemos que el ‘enfoque económico del derecho’ sostiene que todas las decisiones son de esta índole, o sea tienen en vista la maximización de la eficacia) y que es irrazonable pretender que los jueces se limiten a decidir sobre la base de principios”.¹⁸²

De Dworkin y de su concepción herculeana de los jueces se puede decir que su teoría expresa un “objetivismo axiológico tan radical que, en realidad, solo es útil para el modelo que hipotetiza”,¹⁸³ no aplicable a sociedades con diversos contextos culturales en los que el pluralismo es una constante, dificultando una tarea sosegada que brinde al juez la posibilidad de una única solución correcta para cada caso puesto a su conocimiento.

La visión de Dworkin y del mítico juez Hércules puede encontrar en el derecho como una práctica real discursiva, un limitante importante.¹⁸⁴ Y es que esta visión de la tarea judicial, la de un juez Hércules o semidiós que se somete a los trabajos agotadores de la tarea de juzgar en la soledad de su despacho y que domina el “imperio del derecho”, capaz de llevar el mundo sobre sus brazos puede colisionar con una realidad diferente y compleja, que oriente la necesidad de unos jueces con otros atributos. Tal como lo describe Francois Ost, un juez Hermes,¹⁸⁵ que se distancia de un juez Hércules y de la única verdad.

Aun cuando en la visión de Dworkin los jueces intervengan para proteger la democracia a partir de unas capacidades propias de unos seres superdotados, “existe un coste democrático que hay que computar: el que se produce por el hecho de que los jueces anulen una ley que ha sido adoptada a través de un proceso político que se considera que está operando razonablemente bien desde un punto de vista democrático”.¹⁸⁶

182 Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (Buenos Aires: Astrea, 1987), 435.

183 Cárcova, *Las teorías jurídicas*, 219.

184 *Ibíd.*, 221.

185 Francois Ost, “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 14 (1993): 169-94. Hermes, el mensajero de los dioses, es el gran mediador universal y comunicador del derecho posmoderno, que no conoce otra ley que la circulación de los discursos como una práctica necesaria dentro del derecho, que se representa, ya no como un sistema coherente, cerrado y sin ambigüedades o vaguedades dentro de una concepción positivista del derecho, sino como una estructura en forma de red que se traduce en infinitas informaciones disponibles que circulan y se entrelazan y en la cual dicho juez cumple una función dialéctica vital propia de las condiciones de sociedades plurales en contextos diversos que Dworkin no advirtió.

186 Ferreres Comella, “El control judicial”, 492.

Además, como lo refiere Bellamy, no hay tampoco un apoyo sólido para la afirmación empírica de Dworkin según la cual la revisión judicial sustantiva ha hecho de los EUA un país más justo (en el sentido democrático que proporcione igual consideración y respeto para todos los ciudadanos), de lo que hubiera sido si los derechos se hubieran dejado en mano de las instituciones mayoritarias.¹⁸⁷

Como se evidencia, la posición del autor norteamericano, en su visión constructivista, entre el iusnaturalismo y el positivismo, tal como lo indica Calsamiglia,¹⁸⁸ incluye un rechazo tanto al originalismo puro como a la versión pura del no originalismo, en el sentido de que el juez debe “construir la mejor concepción moral que encaje con la historia constitucional de la comunidad”.¹⁸⁹

Según Gargarella, “después de mucha reflexión al respecto, Dworkin parece sostener, actualmente, que su postura no *exige* que la interpretación constitucional esté a cargo de los jueces, sino más bien que el control judicial de constitucionalidad no es incompatible con la misma, ni contraria a una teoría de la democracia sensata”.¹⁹⁰ El resultado sería una suerte de sustantivismo débil¹⁹¹ que reconoce que unos principios básicos –derechos–, deben efectivamente limitar el procedimiento democrático.

187 Richar Bellamy, *Constitucionalismo político: Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 113.

188 Dworkin, *Los derechos en serio*, 11.

189 Dworkin, *El imperio de la justicia*, 166-7, se refiere a que los jueces como unos novelistas en cadena, aumentan la tradición que interpretan a partir de material del que cuentan. Ver Gargarella, “La dificultad”, 133. El ejemplo propuesto por Dworkin con el fin de justificar su teoría sería el de la famosa novela en cadena, imaginando que somos invitados a participar en la elaboración de uno de estos relatos. Escribiremos entonces una novela con un grupo de varios autores, donde cada uno se encargará de una parte, llegando a un punto determinado donde el otro debe continuar. Así, la misión del juez Hércules a la hora de resolver el caso consistirá en algo parecido a la posición del autor cuando escribe una novela en cadena y deberá preguntarse: ¿qué es lo que el escritor de turno ha dicho anteriormente? y ¿qué es lo que cada uno de nosotros, comprometido con su comunidad, haría una vez que le pasan un escrito que ha circulado anteriormente por otras manos?

190 Gargarella, “La dificultad”, 137.

191 Linares, *La (i)legitimidad*, 27-37, define con precisión algunas posiciones acerca de la legitimidad democrática de las decisiones políticas expresadas en términos de: procedimentalismo fuerte, sustantivismo fuerte, procedimentalismo débil y sustantivismo débil. El procedimentalismo radical supondría que ante los desacuerdos sustantivos, al ser tan amplios, profundos y diversos, solo resta confiar en una teoría procedimental que funde la legitimidad de las decisiones. Por su parte, el sustantivismo radical sostendría que lo único que importa para evaluar la legitimidad de una decisión política es la corrección sustantiva de las decisiones, siendo indiferente la cuestión del procedimiento. Frente a estas posturas, y dado el carácter insostenible de ambas en sus versiones puras, debido a los dilemas que las aquejan: el procedimentalismo radial al negar que existen valores sustantivos superiores consentiría que todos los procedimientos son iguales y legítimos con lo cual, o es irrelevante cuál de ellos sería escogido, o acepta que existan consideraciones sustantivas importantes, lo cual colapsa en una posición mixta; en

Al final, la teoría dworkiniana de la única solución correcta no parece conjurar del todo los riegos que presenta la discrecionalidad judicial denunciada por Hart en su clásico debate con Dworkin y evidenciada por la objeción contramayoritaria.

Una defensa parcial-procedimental de la revisión judicial

John Hart Ely, con su obra *Democracy and Distrust*,¹⁹² constituye uno de los mayores esfuerzos teóricos por justificar un uso legítimo y tolerable de la tarea del control judicial en una democracia desde una visión procedimental. Ely pretende, a su modo, reflexionar sobre los méritos democráticos de la revisión judicial con el fin de determinar cómo puede el juez constitucional ejercer su poder en una democracia pluralista bien entendida.

A diferencia de Dworkin quien propugna un papel robusto de la revisión judicial en manos del mítico juez Hércules, Ely argumentará en favor

tanto que, el sustantivismo radical o niega las circunstancias de la política y rechaza el valor de cualquier procedimiento y entonces se convierte en una concepción implausible, o reconoce el valor de los procedimientos y entonces colapsa en una concepción mixta, es decir, en una concepción que reconoce el valor irrenunciable, tanto de las consideraciones procedimentales como de las sustantivas. En efecto, como tal situación en sus versiones puras son imposibles, la teoría ha dado paso a concepciones mixtas de sustantivismo débil y procedimentalismo débil, dependiendo de la primacía de las consideraciones sustantivas en un caso sin renunciar a los procedimientos, o de la primacía de los procedimientos en el otro, sin renunciar a las consideraciones sustantivas. De la misma manera, Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 153-73, se ha referido a este problema como el de la *paradoja de la legitimidad política* por cuanto, cuando intentamos adoptar una posición, rápidamente se abre la cuestión de por qué no dar entrada a la otra.

192 Como lo expresa Gargarella, "La dificultosa", 138, la obra de Ely escrita en 1980, se inspira en una nota al pie que apareciera en 1938 en el fallo *United States vs. Caroline Products*, redactada por el juez Harlan Fiske Stone, donde este definió el alcance y los límites de la intervención judicial, y en la cual sostuvo que la Corte debía guardar una fuerte presunción en favor de las decisiones adoptadas por los legisladores democráticos, debiendo invertirse dicha presunción cuando fuera necesario resguardar el propio procedimiento democrático, o para proteger a minorías incapaces de protegerse a sí mismas a través del proceso político. Según Gargarella, para Ely, una Corte como la presidida por Warren en los años 60 "supo desarrollar con justeza los principios de aquella nota. Conviene destacar que, de acuerdo con las pautas recién enunciadas, la función de la Corte quedaba limitada (a diferencia de lo que podría proponer Ackerman) en cuanto al tipo de causas en las que estaba habilitada a participar: la Corte debía ocuparse de los procedimientos y no de las decisiones acerca de valores. Del mismo modelo, conforme a aquellas pautas, la Corte podía eludir la tentación que tradicionalmente había ensombrecido su modo de actuar [...]. Notablemente, Ely podía realizar tales afirmaciones sin impugnar sustancialmente la tarea de una Corte como la de Warren que, de algún modo, simbolizó el más encendido -activismo- judicial. Y es que el intervencionismo de la magistratura, en ese caso, 'no estaba motivado por el deseo [...] de reivindicar ciertos particulares valores sustantivos que ella había determinado como importantes o fundamentales, sino más bien por el deseo de asegurar que el proceso político -que es donde esos valores son propiamente identificados, sopesados y acomodados- estuviese abierto a puntos de vista muy diversos desde algo parecido a una igual base para todos' [...]'". Ver Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, 149-50.

de una intervención judicial restringida a los procedimientos de discusión y deliberación democrática.

Ely propone que el juez constitucional ejerza su poder guiado por tres propósitos básicos: 1. Vigilar el proceso de representación política al estilo de un árbitro; 2. Mantener despejados los canales de cambio y debate, y 3. Facilitar la representación de las minorías.¹⁹³

Desde esta perspectiva, el propio Ely señala que “el enfoque a la adjudicación constitucional que aquí se recomienda es afín a lo puede llamarse una orientación “antimonopolista” por oposición a una orientación “reguladora” frente a los asuntos económicos –en lugar de dictaminar resultados sustantivos–, solo interviene cuando “el mercado”, en este caso el mercado político, funciona mal de manera sistemática”.¹⁹⁴

Una misión antitrust de la revisión judicial a partir de un juego democrático limpio y competitivo para la protección de unas minorías discretas y aisladas, como un elemento unificador de agregación de preferencias y acceso a la representación política.¹⁹⁵

Según Ely, los jueces constitucionales desempeñan su rol como unos outsiders del sistema electoral y de representación política evitando que unos pocos obtengan ventajas dentro del sistema democrático. La misión del juez será la de un árbitro de los procesos democráticos, pudiendo intervenir solamente cuando existen desviaciones que distorsionan la participación democrática o esta funciona mal.

Aclara Ely, que el mal funcionamiento tiene lugar cuando el proceso no inspira confianza, es decir, cuando quienes detentan el poder bloquean los canales de cambio político o se aseguran de permanecer en él y excluir a los demás o, cuando aunque a nadie se niegue en realidad voz y voto, los representantes comprometidos con una mayoría, sistemáticamente colocan en desventaja a alguna minoría, por simple hostilidad, negando a aquella minoría la protección suministrada por un sistema representativo.¹⁹⁶

Estos fallos del mercado político¹⁹⁷ se producirían, entre otras situaciones, cuando algunos partidos políticos intentan distorsionar las reglas de juego en su favor con el fin de asegurarse una posición dominante. Es decir, “quienes detentan el poder desean asegurarse de que quienes no lo tienen permanezcan excluidos. Esto significa, desde luego, que no debe

193 Hart Ely, *Democracia y desconfianza*.

194 *Ibid.*, 129.

195 Linares, *La (i)legitimidad*, 124-5.

196 Ely, *Democracia y desconfianza*, 130.

197 Linares, *La (i)legitimidad*, 123.

permitirse a quienes detentan el poder inhibir la expresión sin razón alguna”,¹⁹⁸ o modificar a su arbitrio las reglas en su favor.¹⁹⁹

El objetivo de la propuesta de Ely sería en definitiva, a decir de Gargarella, “asegurar una democracia representativa estable, en la que todos los posibles afectados por una cierta decisión tengan la posibilidad de expresar su propio punto de vista”.²⁰⁰ Para ello, deben asegurarse dos tipos fundamentales de derechos: a) el derecho de participación en el proceso político, y b) el derecho a no ser discriminado, que incluye el igual respeto y consideración de todos los afectados a partir de un principio igualitario que se encuentra en la base de la concepción democrática, y que obliga a tratar a todos como iguales.

Destaca en Ely su teoría democrática pluralista así como los límites dentro de los cuales es tolerable un ejercicio de la revisión judicial legítima, ya que en su opinión, la Constitución “no establece valores que toque a los jueces desentrañar, sino que fija procedimientos a partir de los cuales las nuevas generaciones van a ocuparse de esos valores”.²⁰¹

Los jueces no deben reemplazar a los ciudadanos en la resolución de sus conflictos básicos, sino, al contrario, deben convertirse en órganos canalizadores de un verdadero proceso democrático de reflexión y debate colectivo.

Así, la obra de Ely se enmarca en una visión pluralista de la teoría de la democracia en la que ninguno de los grupos en disputa debería superponerse al otro. “De hecho los jueces, en su papel de *outsiders* del sistema político, tienen a su cargo la primordial misión de evitar que un grupo particular se haga con el poder tienda a permanecer en él, y/o tome ventajas indebidas respecto de los demás grupos”,²⁰² asegurando de esta manera una democracia representativa estable, que asegure la intervención posible de todos los potencialmente afectados en condiciones de igualdad.

Debido a que las cuestiones de índole sustantiva son sumamente controvertidas, la visión de Ely puede adscribirse en una defensa procedimental de la tarea de control, puesto que, “aun cuando el juez o comentarista

198 Ely, *Democracia y desconfianza*, 135.

199 Claros ejemplos de tal situación los constituyen entre otros: la manipulación de los límites geográficos de los distritos electorales, modificar el número de representantes elegibles dentro de determinado distrito con el fin de tener mayores impactos en la representación, fórmulas de elección y adjudicación de escaños, establecer umbrales difíciles con relación a la creación de partidos o movimientos políticos, la reforma de leyes para coartar la participación y crítica ciudadana, leyes que regulen financiación de campañas, etcétera.

200 Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, 155.

201 Gargarella, “La dificultosa”, 139.

202 Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, 154-5.

esté hablando en términos de un método de identificación “objetivo”, impersonal, es probable que lo que esté descubriendo sea o no consciente de ello, son sus propios valores. Por ello es importante comprender desde un inicio por qué exactamente es inaceptable el enfoque de “los propios valores del juez”: tal comprensión establecerá la inadmisibilidad del proyecto mismo”.²⁰³

Con esta interpretación y su visión de la justicia constitucional, Ely fundamenta el self-restraint²⁰⁴ de la revisión judicial, la cual conservará un grado de legitimidad solo si los jueces constitucionales se resisten a interpretaciones con juicios valorativos de tipo moral.²⁰⁵

Todo ello sugiere que para Ely, “la Constitución ideal, de la que la americana vendría a ser su ejemplo imperfecto, es la Constitución procedimental, que protege solo estructuras y procesos”.²⁰⁶

Habermas al igual que Ely, parece reservar al órgano de revisión judicial un papel restringido que asegure unas condiciones inherentes al marco deliberativo, propio del proceso democrático.²⁰⁷

No obstante, una de las principales críticas a la posición de Ely y su defensa parcial de la revisión judicial se relaciona con una limitada acción de la teoría de la revisión, que deja a un lado, ideales robustos de la democracia, como la justicia. Es decir, ciñe el ejercicio de la función revisora solamente a las condiciones procedimentales de un gobierno democrático, y olvida la posibilidad de una revisión de contenido material que escape a la simple pugna de los grupos enfrentados.

A la postura “pluralista-procedimental” –defendida por Ely– parece bastarle que el fin de la revisión judicial fuese evitar el sometimiento mutuo entre los interesados dentro del juego democrático. Se llega así a una

203 Ely, *Democracia y desconfianza*, 64.

204 La no justiciabilidad de determinadas cuestiones sociales fue desarrollada también por el juez Brandeis en su opinión en el caso *Ashwander vs. Tennessee Valley Authority* de 1936. Según el juez Brandeis, la Corte Suprema no es más que una coordinada institución de gobierno, de ninguna manera superior a las instituciones ejecutiva o legislativa, con las que está unida en obligaciones de mutuo respeto y deferencia mutua. La teoría y la práctica de la revisión judicial tiene que estar reconciliada con las más generales y primordiales funciones constitucionales de “checks and balances”. Un estatus difícil de preservar cuando la revisión judicial por parte de la Corte, de actos del ejecutivo y el legislativo, la lleva a una situación de enfrentamiento directo con estas dos otras instituciones coordinadas. En este caso, el juez Brandeis dice que lo que tiene que hacer la Corte es auto-restringirse, o auto-limitarse para no entrar en cuestiones políticas, económicas o sociales propias de los otros dos poderes y, por tanto, para no enfrentarse a ellos. Tomado de Noguera, “¿Democratizando la justicia constitucional?”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=197532, consulta: 1 de septiembre de 2014.

205 Habermas, *Facticidad y validez*, 338.

206 Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, 65.

207 Habermas, *Facticidad y validez*, 348 y 525.

suerte de equilibrio virtuoso, *–el equilibrio por el equilibrio–* que, sin embargo, deja fuera otras consideraciones de naturaleza material que marcan las condiciones reales para alcanzar dicho equilibrio.

Esta visión “negativa”, –en el sentido de que solo le interesaría el carácter procedimental– del concepto de democracia, que tiene como fin evitar que unos se hagan indefinidamente con el poder, puede resultar necesaria, pero, sin duda, es insuficiente.

No parece claro, por ejemplo, que la teoría de John Ely pretenda ubicar el derecho a no ser discriminado dentro de un modelo de control procedimentalista, dado que una interpretación plausible de este derecho abre necesariamente el debate a consideraciones de naturaleza sustantiva.²⁰⁸

Una lectura procedimentalista del control como la desarrollada por Ely no es extensible a las constituciones actuales, que incluyen amplios catálogos de derechos sustantivos en contextos de pluralidad. Es decir, el “formalismo simplista” que podría brindar la teoría de Ely no se compadece con la concepción de una democracia sustantiva.

Si, como lo ha dicho Ely, “es posible que la Corte no tenga ni la espada ni la bolsa [...] puede ser cierto que la Corte no sea capaz de desviar permanentemente la voluntad de una sólida mayoría pero ciertamente puede retrasar su aplicación”,²⁰⁹ puede resultar arriesgado que “el depositario de la última palabra no tenga en definitiva sino solo eso: un juicio (con los mismos límites cognitivos, del lenguaje, de la racionalidad, etc.)”,²¹⁰ cuya incidencia institucional puede estar fuertemente debilitada frente a otros poderes o ramas del gobierno, tal como sucede en sistemas con un presidencialismo fuerte, como puede ser, precisamente, el caso ecuatoriano.

A pesar de las críticas, no resulta que la teoría de John Ely deba abandonarse totalmente, ya que puede ofrecer un interesante debate que arroje algunas luces acerca de cuáles son los casos en que la intervención judicial encuentra su justificación.

La crítica a la revisión judicial y su fuente de legitimidad

Una teoría crítica elaborada en torno al problema de la dificultad contramayoritaria es la propuesta que ha desarrollado Jeremy Waldron a propósito de cuestionar los fundamentos de la revisión judicial como mecanismo idóneo en una sociedad democrática.

208 Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, 62.

209 Ely, *Democracia y desconfianza*, 66.

210 Lucas Arrimada, “Derecho, moral y política: Derecho constitucional, moral institucional y política democrática: Sobre frenos, puentes y motores en la democracia deliberativa”, en Gargarella, coord., *Teoría y crítica*, 109.

En buena parte, la construcción teórica en el autor neozelandés recupera la inspiración milliana y kantiana en lo que respecta al modelo de legitimidad política y sus condiciones, basándose principalmente en el valor de la dignidad humana y la autonomía personal.²¹¹

En su obra *Law and Disagreement*, la cual constituye una de las mayores críticas a la revisión judicial desde la aparición de los trabajos de Bickel y su crítica contramayoritaria, Waldron negaría el valor del *consenso* como un valor en sí mismo y, al contrario, haría hincapié en que los desacuerdos no solo integran un factor fundamental de la política y la sociedad misma, sino que hacen posible una práctica deliberativa constante.²¹²

Según Waldron existen condiciones particulares dentro de las cuales se desarrolla la política como una práctica social, que son: el *desacuerdo* y la *necesidad de actuar de modo concertado*.²¹³ Dichas condiciones son las que denomina, adaptando a la idea de Rawls de *las circunstancias de la justicia*,²¹⁴ *las circunstancias de la política*.

Dado que existe un constante debate en la sociedad sobre qué derechos deben protegerse y cuáles son los que deben estar reconocidos en las denominadas *cartas de derechos*, así como cuáles son sus límites, los desacuerdos parecen ser una constante, sin que ello implique el abandono a un relativismo moral.

Waldron expondría en relación con los desacuerdos que:

La tentación más peligrosa no es la de negar la existencia de un punto de vista opuesto, sino la de considerarlo indigno de ser advertido en una deliberación respetable, al presuponer que es ignorante, prejuicioso, autointeresado o que está basado en una observación insuficiente de la realidad moral. Una actitud de este tipo encarna la idea de que dado que la verdad en cuestiones de justicia, corrección o políticas concretas, es singular y el consenso es su encarnación natural, necesitamos una explicación especial.²¹⁵

211 Waldron, *Derecho y desacuerdos*, XVII. En relación con la inspiración milliana en Jhon Stuart Mill, *Sobre la libertad* (Madrid: Tecnos, 2008), traducción y estudio preliminar de Carlos Rodríguez Braun donde se exponen con claridad las máximas del pensamiento de Mill sobre la libertad.

212 Norberto Bobbio, *“El futuro de la democracia”* (Barcelona: Plaza y Janes, 1985), añadiría que una sociedad en la que no se admita el disenso es una sociedad muerta o destinada a morir.

213 Gargarella, *“La dificultosa”*, 141.

214 En la teoría de la Justicia de Rawls, las circunstancias de la justicia pueden describirse como las condiciones normales en las cuales la cooperación humana es tanto posible como necesaria. Así, se vuelve necesaria la adopción de ciertos principios que permitan escoger entre las varias configuraciones sociales que determinan una división de ventajas con el fin de suscribir un acuerdo común acerca de las porciones distributivas correctas. Estas exigencias, que definen el papel de la justicia y las circunstancias que a ella subyacen, son circunstancias objetivas y subjetivas. Las circunstancias objetivas vienen dadas por la *escasez moderada* y, las subjetivas, por el *conflicto de intereses o altruismo limitado* atinente a los sujetos que intervienen en los marcos de cooperación. Ver John Rawls, *Teoría de la justicia* (México DF: FCE, 1995), 126-7.

215 Waldron, *Derecho y desacuerdos*, 134.

Así, las disputas que a menudo se presentan en relación con una carta de derechos formulada con un lenguaje abstracto, de textura abierta y general, finalmente, para Waldron, no contienen más que una versión refinada de nuestros desacuerdos constantes entre personas razonables.

Por ello, en Waldron, resulta necesario que las comunidades tomen sus decisiones en foros deliberativos, mediante procedimientos respetuosos del desacuerdo y el disenso, permitiendo que las distintas voces sean escuchadas.

Ahora, si las disputas acerca de los derechos necesitan de una respuesta, no tanto para finalizar dichos conflictos, sino para proveer una base para la acción colectiva donde aquella es necesaria,²¹⁶ ¿qué procedimiento o autoridad es la que asegura de mejor manera un curso para una acción colectiva en una democracia?

Según el planteamiento de Dworkin, los jueces serían los que institucionalmente se encontrarían mejor situados en relación con otros órganos del Estado para dar una única solución correcta a los casos concretos que son puestos a su conocimiento. Sin embargo, para Waldron, la premisa en la cual Dworkin funda su teoría no es acertada debido a dos razones. Por un lado, no es una verdad incontrovertible que los jueces siempre razonen de forma correcta sobre la base de principios, y no de intereses personales; y, por otro lado, no se ha demostrado de manera clara que el razonamiento judicial sea comparativamente mejor que el de las cámaras legislativas.²¹⁷ Por el contrario, el hecho de que muchos jueces tiendan a tratar en su discurso cuestiones intrascendentes y abstractas vinculadas a los derechos dentro de sus fallos, podría dar cuenta de la preocupación que acecha su tarea en torno al déficit de legitimidad democrática del que se les acusa.²¹⁸

Ante esta imagen, la razón de ser de los amplios consensos judiciales podría estribar en “la presunción de que las resoluciones amplias o unánimemente sostenidas por los jueces que han deliberado sobre ellas están destinadas a una más fácil aceptación por parte del público, que no puede

216 Linares, *La (i)legitimidad*, 71.

217 Con acierto, Sebastián Linares expresa, refiriéndose a la posición de Waldron, que es falso que los jueces razonen siempre conforme a principios morales. Antes bien, la observación de la práctica normal de los tribunales muestra que los jueces prestan demasiada atención a cuestiones moralmente intrascendentes y hasta fastidiosas, como la de justificar si la interpretación es fiel al texto constitucional, si el caso encaja dentro de la competencia de la Corte, si la norma cuestionada se dictó en el marco de la competencia del legislativo, si se siguen los precedentes judiciales, o si se acepta una u otra doctrina jurídica. Al final, indica, los tribunales tienden a distraerse de los argumentos de derechos, para centrar su atención en argumentos colaterales y moralmente irrelevantes. Ver Linares, *La (i)legitimidad*, 72.

218 *Ibid.*, 73.

especular sobre la división entre aquellos y sus argumentos eventualmente expresados en votos particulares”.²¹⁹

Por tanto, en Waldron es clara la idea de que los jueces no se encuentran mejor situados para disponer de un punto de vista moral superior que los parlamentos. Al contrario, tan pronto como los casos llegan a instancias superiores de revisión judicial, lo particular del caso pasaría a ser parte de un debate general y abstracto alejado de los intereses de las partes.²²⁰

En ese contexto, el actuar legislativo sobre el judicial, para Waldron, se muestra como el orden adecuado y razonable para canalizar los desacuerdos, teniendo en cuenta las circunstancias propias de la vida política.²²¹

Si se parte de la base de que los miembros de una sociedad están en desacuerdo sobre cuestiones de justicia y necesitan forjar un curso de acción colectiva, lo que necesitamos entonces es, un procedimiento de toma de decisiones que permita la acción colectiva sin necesidad de ponernos de acuerdo, allí donde la acción colectiva es necesaria y el acuerdo imposible.²²²

Para ello, la regla de la mayoría frente a cualquier otro procedimiento de decisión colectiva se evidencia como el método más adecuado, ya que permite asegurar que cada uno, como un agente moral con igual dignidad, sea tenido en cuenta a la hora de dirimir algún conflicto.²²³

Y el constitucionalismo, lo que habría hecho –según Waldron– sería constreñirse, al colocar en cada uno de sus costados otros procedimientos, como la reforma constitucional y el control de constitucionalidad, que implicarían, por definición misma, la negación del valor esencial de la igual participación.²²⁴

219 Zagrebelsky, *Principios y votos*, 45-7. Zagrebelsky, frente al planteamiento acerca de por qué una resolución unánime debería ser socialmente más fuerte que otra alcanzada por mayoría, respondería que: “La decisión unánime es más fuerte, también en los sistemas que conocen el voto particular, por la simple razón de que la división que reina entre los jueces proyecta sobre sus posiciones individuales la sombra de preferencias personales y de opciones de oportunidad que no pueden reivindicar a su favor la fuerza indiscutible de la Constitución”.

220 Linares, *La (i)legitimidad*, 73.

221 Como lo ha manifestado César Montaña, un ingrediente que no puede faltar en el proceso de producción de la Ley como acto normativo por excelencia, encargado de desarrollar los contenidos constitucionales, “es el consenso democrático previo de las diversas fuerzas políticas que conviven en la sociedad de un Estado, objetivo que solamente es factible alcanzar al calor del trabajo parlamentario, en el seno de la rama legislativa del poder público. Que el parlamento como órgano democrático y plural por excelencia coadyuve a lograr los balances requeridos respecto a los demás públicos, constituye en sí mismo una garantía constitucional inapreciable, no solo contemporáneamente, sino en la práctica, desde la creación de las modernas repúblicas democráticas”. Ver César Montaña Galarza, *Problemas constitucionales de las integraciones supranacionales: Análisis del caso andino* (tesis doctoral de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador –UASB-E–: Quito, 2012), 214-5.

222 Linares, *La (i)legitimidad*, 76.

223 Bayón, “Derechos”, 405.

224 *Ibid.*

Según el citado autor, la autoridad de la democracia y la participación, son los únicos canales sensibles a las circunstancias de desacuerdo capaces de asegurar el principio de igual respeto y consideración en el debate.

Según Waldron:

la decisión mayoritaria respeta a los individuos de dos maneras. La primera es que respeta el hecho de sus diferencias de opinión sobre la justicia y el bien común. La decisión mayoritaria no requiere restar importancia o acallar el punto de vista de nadie en nombre de la importancia imaginaria del consenso [...]. La tentación más peligrosa no es la de negar la existencia de un punto de vista opuesto, sino la de considerarlo indigno de ser advertido en una deliberación respetable, al presuponer que es ignorante, prejuicioso, autointerestado o que está basado en observación insuficiente de la realidad moral [...]. Las circunstancias bajo las que las personas emiten sus juicios sobre cuestiones tales como las acciones afirmativas, la legalización del aborto, los límites de la libertad de expresión, los límites del mercado, el grado adecuado de provisión de bienestar y el papel del mérito personal en la justicia económica son exactamente aquellas circunstancias en las que esperaríamos, dadas las cargas del juicio a las que Rawls se refiere, que las personas razonables tengan discrepancias [...]. La dificultad de estas cuestiones y la multiplicidad de inteligencias y diversidad de perspectivas que versan sobre ellas son suficientes para explicar por qué las personas razonables discrepan.²²⁵

De manera que la insistencia procedimentalista democrática de Waldron en la búsqueda de un modelo que permita superar los desacuerdos lo llevaría a desarrollar su teoría desmitificando los méritos democráticos de la revisión judicial y recuperando el debate en favor del parlamento.²²⁶

Desde esta perspectiva, Waldron parece apuntar a un rechazo de los modelos sustantivistas,²²⁷ en los que, el derecho a la participación aparece como un derecho especialmente ubicado sin caer en un orden de prioridad moral sobre los otros, debido a que “el resultado del hecho de la partici-

225 Waldron, *Derecho y desacuerdos*, 133-4.

226 Desde un punto de vista descriptivo, Waldron se encontraría en oposición a buena parte de la literatura politológica actual, que considera al parlamento como un órgano poco adecuado en comparación con los órganos judiciales, aparentemente más neutrales y más asepticos.

227 Ver Aragón Reyes, *Constitución y control*, 56. Entenderemos por posición sustantivista o modelo sustantivista aquel que, para evaluar la legitimidad de una decisión, recurre únicamente a la sustancia, es decir, a unos criterios de justicia, independientemente del procedimiento de toma de decisión (procedimentalismo). Jeremy Waldron es quien ha puesto de relieve la primacía del procedimiento democrático de toma de decisiones en circunstancias de desacuerdo, en las que solo cabe confiar en el derecho de participación en pie de igualdad, puesto que este derecho, el de participación, es el único que podemos reclamar legítimamente en circunstancias en que discutimos acerca de qué derechos tenemos, y porque honra además el valor de la igual dignidad y autonomía personal como unos valores subyacentes a la misma noción de derechos. En el plano institucional esto significa, según Waldron, que el criterio último de legitimidad reside en el procedimiento que se adopta, que debe satisfacer del mejor modo el derecho de participación en pie de igualdad.

pación es un derecho cuyo ejercicio parece peculiarmente apropiado en situaciones en las que los portadores razonables de derechos discrepan acerca de qué derechos tienen".²²⁸

Resulta, entonces, que este derecho de participación se sitúa como el "*derechos de los derechos*"²²⁹ porque, en definitiva: 1. Este derecho es el más consistente con la idea de que todos los participantes deben ser tratados en condiciones de igualdad; y, 2. El principio de la mayoría empleado en el órgano legislativo satisface mejor que cualquier otro procedimiento el principio de igualdad política.²³⁰

Así, la participación y la decisión mayoritaria se muestran como las herramientas efectivas que en las circunstancias de la política resultan consistentes con la idea de que todas las personas son fundamentalmente iguales.²³¹

Por otro lado, se ha controvertido el hecho de que el legislativo no puede constituirse en un órgano revisor de su propia causa y, por ende no cabe que este órgano tenga la última palabra;²³² "pero ocurre que también los tribunales son jueces de su propia causa cuando resuelven sobre estas cuestiones",²³³ con lo que resultaría plausible para Waldron, el optar por el parlamento antes que el judicial.

Con todo ello, las críticas a la revisión judicial de constitucionalidad estructuradas por Waldron se cifran en algunas nociones básicas: 1. Que la existencia de una carta atrincherada de derechos requiere de interpretaciones posteriores; 2. Que tales interpretaciones, tratándose de normas abiertas, generales, ambiguas y abstractas, requieren de fuertes procesos interpretativos marcados por el desacuerdo; y, 3. Que la consideración de los individuos como libres e iguales en dignidad hace que no se les deba privar de la posibilidad democrática de reflexionar abiertamente sobre el alcance de sus propios derechos.²³⁴

Consecuentemente, el modo de resolver las controversias y los desacuerdos debe traducirse en un sistema compatible con la voluntad mayoritaria y no en uno organizado para frustrarla, tal como lo representa el control judicial.²³⁵

228 Waldron, *Derecho y desacuerdos*, 277.

229 *Ibid.*, según Waldron, citando a William Cobbett, el derecho de los derechos, es el derecho a tomar parte en la creación de las leyes a las que el bien de la totalidad obliga a someterse.

230 Linares, *La (i)legitimidad*, 77.

231 Waldron, *Derecho y desacuerdos*, 23.

232 Alexy, "Los derechos fundamentales", 47.

233 Linares, *La (i)legitimidad*, 81.

234 Waldron, *Derecho y desacuerdo*, 27.

235 *Ibid.*, 29.

De esa manera, no se justifica situar como derechos indisponibles a los derechos sustantivos porque, al ser controvertidos, y al “atrincherarlos”, se ignoraría la importancia central de la deliberación democrática.²³⁶

En conclusión, cuando se trata de organizar la vida en una sociedad en donde los desacuerdos son constantes, antes que la sustancia y después de ella, son ineludibles los procedimientos.²³⁷

A pesar de ello, se ha indicado que la teoría de Waldron provoca un encierro de la misma teoría procedimental del desacuerdo. Es decir, si se parte de que los ciudadanos se encuentran en desacuerdo acerca de los temas que ellos consideran importantes y necesitan de una acción colectiva común, no hay razón para pensar que pueda existir un acuerdo en torno al procedimiento a seguir para tratar tales desacuerdos.

Adicionalmente, la adopción de la regla mayoritaria –procedimental– solo puede hacerse por y desde razones sustantivas, con lo cual dicha regla quedaría acotada por la sustancia.²³⁸

Por otra parte, no toda participación es democrática, ni actúa con igual consideración hacia los asociados. Por el contrario, la “participación”, en algunos contextos, ha quedado reducida a una fórmula abstracta y vacía que muchas de las veces reproduce estructuras y relaciones de subordinación y dominación,²³⁹ inhibiendo una verdadera participación verdadera participación.

Además, hay que recalcar que la crítica de Waldron al carácter contramayoritario del control judicial de constitucionalidad no ha logrado superar el modelo de representación política liberal propuesto, puesto que, como señala Albert Noguera, aun cuando el autor habla de una democratización de la tarea interpretativa, la cual debe residir en el pueblo soberano, se “sustituye al pueblo como *poder y sujeto colectivo*, por el pueblo como conjunto de individuos representados que actúan a través de una *autoridad*

236 Moreso, “Derechos y justicia”, 282.

237 Bayón, “Derechos”, 404.

238 *Ibíd.*, 414.

239 Agustín Grijalva recalca que “el precisar en qué condiciones la participación es realmente democrática y conducente a la efectivización de derechos humanos tiene especial importancia hoy en América Latina. Varios de los gobiernos que se presentan como progresistas en la región vienen organizando consejos ciudadanos de diversa índole. Es necesario estudiar críticamente esta experiencias a efectos de determinar de qué forma transforman o reproducen relaciones de poder y redistribuyen recursos. Una condición clave a tomar en cuenta es la evaluación de cómo estas formas de organización popular se relacionan con el Estado y, específicamente, con el gobierno de turno. Sin derechos habilitantes las experiencias participativas degeneran en mecanismos de control político con efectos excluyentes y autoritarios; es decir, con efectos contrarios a lo que implica el fortalecimiento de la democracia”. Ver Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, 58.

(poder legislativo). Y por lo tanto, se mantiene en el campo de la democracia representativa, y no de la participación directa del pueblo”,²⁴⁰ más aún, cuando el transcurso del tiempo ha registrado un cambio en la percepción social de la legitimidad de las instituciones políticas.

Mientras en el pasado las instituciones políticas, principalmente, el Parlamento, encontraron la clave para justificar su legitimidad en la inclusión de “ciertos grupos sociales”²⁴¹ en la vida política mediante los mecanismos de la representación y el voto, en la actualidad dicho planteamiento pretende ser superado por otro que mida su fuente de legitimidad en términos de capacidad u oportunidad de participar de forma efectiva en la deliberación por parte de las personas sujetas a decisiones colectivas y de justificación de dichas decisiones en términos convincentes.²⁴²

Por tanto, se vuelve necesario superar la trampa del dilema legislativo-nosotros / jueces-ellos, que evidencia la debilidad del argumento waldroniano.

La aportación de la democracia deliberativa a un constitucionalismo dialógico como fuente de legitimidad democrática

Dada la crisis de legitimidad que acompaña a las democracias actuales, que torna cada vez más difícil la tarea de elaborar presupuestos normativos con un lenguaje universalmente aceptado,²⁴³ el pluralismo, la diversidad y los contextos multiculturales demandan una respuesta, y el giro deliberativo aparece como una alternativa válida en dichas circunstancias.

La democracia, en esencia, está destinada a echar raíces sobre la diversidad en donde, nociones claves como las de participación, pluralidad, deliberación, representación, imparcialidad o autonomía se han vuelto altamente inestables pero, no obstante, parece sensato seguir pensando que la respuesta a este desafío no puede no ser democrática.²⁴⁴ Por todo ello, la filosofía política contemporánea ha realizado esfuerzos interesantes por desarrollar un corpus más o menos sólido que permita una explicación

240 Noguera, “¿Democratizando la justicia constitucional?”.

241 En un marco en el que el ejercicio del sufragio era censitario y no lograba articular una verdadera participación y ejercicio de los derechos políticos en condiciones reales de igualdad.

242 Manuel Carrasco Durán, “Participación social en el procedimiento legislativo”, *UNED: Revista de Derecho Político*, No. 89 (enero-abril de 2014): 181.

243 Andrea Greppi, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo* (Madrid: Trotta, 2006), 44.

244 *Ibid.*

coherente y razonable de lo que constituye una teoría de la democracia deliberativa.²⁴⁵

Debido a que lo que actualmente se entiende por democracia deliberativa se ha emancipado lo suficientemente de sus orígenes, no se recurrirá a un recuento histórico-sistemático de los caminos recorridos por el modelo, sino que se pasará a dar forma a las cuestiones básicas que en el presente trae consigo la democracia deliberativa.²⁴⁶

La noción de “democracia deliberativa²⁴⁷ hunde sus raíces en el ideal intuitivo de una asociación en la cual los términos y las condiciones son alcanzados por medio de procesos de argumentación y de razonamiento público entre ciudadanos libres e iguales”,²⁴⁸ desplazando viejos ideales de simples concepciones agregativas.²⁴⁹

Constituye un modelo normativo de toma de decisiones por medio de procedimientos de deliberación democrática. Un modelo que describe un ideal regulativo²⁵⁰ hacia el que es posible encaminarse, de manera que,

245 Tomando los datos aportados en el trabajo minucioso de Martí, *La república deliberativa*, 14-22, se indica que más allá de los orígenes históricos del modelo, la aportación de la democracia participativa durante los años 50, 60 y 70 sirvió de alimento para que en 1980, que se suele representar como el nacimiento de la democracia deliberativa, Joseph Besette acuñara esta expresión en su artículo pionero “*Deliberative Democracy*” y, en Europa, Jürgen Habermas publicara su *Teoría de la acción comunicativa*. Ese momento puede ser calificado como el período de gestación del modelo, mientras los años de 1990 han sido testigos de su desarrollo y consolidación.

246 Sobre los orígenes históricos del modelo, ver Martí, *La república deliberativa*, 17-22.

247 Entendemos por democracia deliberativa una concepción de la democracia defendida por un modelo teórico ideal que propone la adopción de un procedimiento colectivo de toma de decisiones imparciales con la participación directa en pie de igualdad real de todos los potencialmente afectados por tales decisiones y basadas en un principio de la argumentación en lugar del voto, la negociación o la simple agregación de voluntades o preferencias. Aunque algunos autores, como Bohman o Christiano, prefieren hablar de “deliberación pública”, sin embargo, no parecen ser instituciones equivalentes. La deliberación pública parece atender a procesos más laxos o difusos no siempre institucionales; por el contrario, la democracia deliberativa propone el uso de procesos argumentativos en las instituciones de toma de decisiones. Ver Martí, *La república deliberativa*, 23.

248 Greppi, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, 44-5, que citando a Cohen, describe la noción de la democracia deliberativa.

249 Como ha sido expuesto por Pérez Zafrilla, el modelo agregativo está referido a, o no pretende: “[...] convencer a los demás, sino obtener el respaldo de una mayoría de votos para imponer una determinada posición sobre la minoría. De ahí que el modelo agregativo acepte como legítimo el recurso al regateo de intereses o incluso a la coacción, la amenaza o la demagogia, pues de lo que se trata es de captar un voto mayoritario, y no el convencimiento racional, a diferencia de lo propuesto desde la democracia deliberativa”. Ver Pedro Pérez Zafrilla, “Democracia deliberativa: Una apuesta por el valor epistémico de la deliberación pública”, *Revista de Filosofía* 34, No. 1 (2009): 157.

250 Es decir, un horizonte normativo hacia el que debemos tender en la medida de lo posible. La idea clásica se encuentra en Kant.

cuanto más democrático y deliberativo sea un procedimiento, tanto más legítimas serán las decisiones que se adopten en base al mismo.²⁵¹

El procedimiento que propone la teoría deliberativa tiene que ver con una forma dialógica consistente en actos de comunicación colectiva, reflexiva, no monológica, con los que se intercambian razones que cuentan como argumentos en favor o en contra de una determinada postura.²⁵²

La teoría de la democracia deliberativa funde los elementos del concepto: *democracia* y *deliberación* en un mismo ideal de procedimiento. Puesto que pueden existir sociedades democráticas que no sean deliberativas o deliberaciones no democráticas, este modelo combina dichos elementos.²⁵³

El ideal deliberativo “aparece como un sucedáneo imperfecto de un discurso moral ideal en el cual –sin límites de tiempo, con plena información y con la decisión de perfeccionarse en la discusión hasta alcanzar un acuerdo unánime– los miembros de una sociedad fijan las bases a partir de las cuales organizar su vida en común”.²⁵⁴

El valor epistémico de este ideal de la democracia,²⁵⁵ carácter ideal que no implica su abandono, sino que se constituye el espejo en el que las instituciones deberían mirarse, tal como lo sostiene Cohen,²⁵⁶ depende de algunas condiciones subyacentes, por ejemplo, que todos los interesados puedan participar en pie de igualdad en la discusión y el debate, que no existan coerciones, que no existan minorías aisladas, ampliando el debate ciudadano no solamente en condiciones de pluralidad, sino de deliberación profunda y verdadera, que las discusiones no se orienten al establecimiento de criterios perfeccionistas que intenten imponer un ideal de excelencia humana, etcétera.²⁵⁷

251 Martí, *La república deliberativa*, 22-3.

252 *Ibid.*, 24.

253 *Ibid.*, 23.

254 Roberto Gargarella, “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El ‘constitucionalismo popular’ frente a la teoría de Nino”, en Carbonell y García Jaramillo, edit., *El canon*, 531.

255 Como lo refiere José Martí, si la democracia, o más concretamente la democracia deliberativa, está justificada por su valor epistémico es porque es el procedimiento idóneo para conocer aquello que esperamos conocer. Es decir, el que asegura de mejor modo o de la manera más confiable que las decisiones sean correctas antes que si se hubieren tomado mediante otros procedimientos. Ver Martí, *La república deliberativa*, 183-4.

256 Sobre la referencia puede verse Pérez Zafrilla, “Democracia deliberativa”, 159.

257 Martí, “Alguna precisión sobre las nuevas tecnologías y la democracia deliberativa y participativa”, *UOC: Revista de Estudios de Derecho y Ciencia Política*, No. 6 (2008): 8, en: <http://www.uoc.edu/idp/6/dt/esp/marti.pdf>, consulta: 9 de octubre de 2015. Constituyen precondiciones, entre otras: el pluralismo y los desacuerdos básicos, una ciudadanía básicamente informada a la cual le interesen los asuntos públicos, respeto por el procedimiento y decisiones, entre otros.

Debido a que los requisitos para un razonamiento entre iguales no se limitan a ser políticos necesariamente, la democracia deliberativa no es exclusivamente una forma política, sino que es un marco de disposiciones sociales e institucionales que facilitan el razonamiento libre entre iguales y vinculan la autorización para el ejercicio del poder público.²⁵⁸

La democracia en el marco de la teoría deliberativa es entendida como un proceso de reflexión constante y debate colectivo que resulta defendible porque permite la deliberación. Y ello, presupone asegurar mejor los ideales del debate y la deliberación fundados en el *principio de la argumentación* sobre el *principio de la negociación* y el *principio del voto*, propios de la democracia pluralista, la democracia como mercado o la democracia agonista, con un componente esencial de conflicto.²⁵⁹

Efectivamente, la construcción deliberativa conserva un matiz importante que lo diferencia del pluralismo. Al pluralismo no le interesa propiamente el debate, sino que el sistema pueda reflejar, simplemente, unas condiciones de preferencia de elección.

Si al pluralismo le basta con la simple oferta de ideas, a los ideales deliberativos les importará que existan canales adecuados a partir de los cuales el debate pueda ser expresado en condiciones de igualdad.²⁶⁰ La visión *positiva* que integra la democracia deliberativa permite una corrección externa del debate eliminando prejuicios, al tiempo que facilita que la información fluya ampliando el horizonte de la discusión inicial.

La tarea deliberativa “parte de la idea de que un sistema político valioso es aquel que promueve la toma de decisiones imparciales, es decir, decisiones que no resulten sesgadas indebidamente en beneficio de algu-

258 Joshua Cohen, “Democracia y libertad”, en Jon Elster, *La democracia deliberativa* (Barcelona: Gedisa, 2000), 236.

259 Ver al respecto, Martí, *La república deliberativa*, 41-52, 65-73. La teoría económica de la democracia, la teoría de la competencia de élites y otras teorías democráticas vinculadas al amplio desarrollo que la teoría de la elección social ha tenido en el estudio del comportamiento político han privilegiado el voto como elemento principal de la toma de decisiones democráticas y se han agrupado bajo el modelo de democracia como mercado. La otra gran teoría democrática predominante en la segunda mitad del siglo XX es la teoría pluralista cuyo máximo exponente es Robert Dahl. La principal diferencia entre la democracia como mercado y la democracia pluralista tiene que ver con los principios de toma de decisiones. Si la democracia como mercado prioriza el voto, el modelo pluralista pone el acento en la negociación y el compromiso. Finalmente, el último modelo, al que Chantal Mouffe y Ernesto Laclau han denominado democracia agonista, altamente heterogéneo, propugnaría que cualquier intento de uniformidad o de alcanzar un consenso estaría condenado al fracaso, dado que cualquier reivindicación a partir de la delimitación de un “yo”, implica a su vez la identificación de un “otro”, el adversario. Fundados en un fuerte relativismo cultural, afirman que no existe una posibilidad de consenso racional real entre los diversos grupos que integran nuestras comunidades.

260 Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, 158-9.

na persona o grupo, sino que tratan a todos con igual consideración".²⁶¹ Para ello propone que la adopción y toma de decisiones involucre a todos los potencialmente afectados por aquellas sobre la base de unos ideales.²⁶²

No se trata solamente de una cultura pública de discusión razonada ni de una mera conjunción de propuestas en el marco de instituciones convencionales de la democracia tradicional. La idea radica en vincular de modo manifiesto el ejercicio del poder a condiciones de razonamiento público institucionalizadas que conviertan a la democracia deliberativa en una condición sustantiva, y no solo procedimental.²⁶³

261 *Ibíd.*, 158.

262 Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), 40 y s., sintetiza ocho puntos como los ideales de la construcción deliberativa: 1. La democracia deliberativa es un ideal normativo, defendido por un modelo teórico de la democracia, que propone la adopción de un procedimiento colectivo de toma de decisiones políticas, con participación directa o indirecta de todos los potencialmente afectados por tales decisiones, y basado en el principio de la argumentación, en lugar del voto o la negación; 2. La democracia deliberativa como modelo normativo democrático se opone a otros modelos democráticos como la democracia como mercado, la democracia pluralista y la democracia agonista; 3. La democracia deliberativa debe basarse en la idea de interés de los ciudadanos. Así, la noción de bien común o interés general con la que los participantes en una deliberación deben comprometerse es el resultado de agregar lo que denominado intereses intersubjetivos de todos los ciudadanos. Los intereses intersubjetivos permiten eludir el compromiso con una ontología de valores en sentido fuerte, partiendo de las preferencias individuales, pero trascendiendo a las mismas a través de la idea de imparcialidad; 4. El modelo de democracia deliberativa está caracterizada por ocho principios estructurales, que son constitutivos del proceso democrático deliberativo: el de la argumentación, el de procedimiento colectivo, el de inclusión, el de publicidad, el de procedimiento abierto, el de procedimiento continuo y los de libertad e igualdad de los participantes. Las precondiciones del modelo, por su parte, son condiciones necesarias de dichos principios estructurales; 5. La democracia deliberativa es considerada como fuente de legitimidad de las decisiones políticas. No obstante si examinamos detalladamente la cuestión de la legitimidad, podemos identificar la existencia de una paradoja compleja e insoluble: no podemos renunciar ni a los valores procedimentales ni a los sustantivos porque se presuponen mutuamente, pero, en cambio, tampoco podemos conciliarlos de forma armónica, ya que se producen conflictos entre ambos para los cuales no es posible encontrar soluciones generales y definitivas; 6. La democracia deliberativa está justificada por su valor epistémico, esto es, porque garantiza una mayor corrección de las decisiones políticas que cualquier otro procedimiento alternativo, así como por ser respetuosa de ciertos valores sustantivos, como la dignidad, la autonomía y la igualdad política básica; 7. El ideal de la democracia deliberativa es compatible con dos interpretaciones distintas, presentes ambas en la literatura actual, que derivan, a su vez, de dos teorías distintas de la representación política, como son, la concepción elitista y la concepción republicana; 8. La mejor versión de la democracia deliberativa es la republicana por dos razones. Primero, porque la concepción elitista se encuentra ante un dilema, una que es altamente inestable: o bien abandona sus presupuestos elitistas para abrazar los republicanos, o bien renuncia a su carácter democrático para convertirse en una posición elitista antidemocrática; y, en segundo lugar, porque es más respetuosa de los propios valores sustantivos que justifican el modelo general, la dignidad de todos los seres humanos, la autonomía plena (tanto pública como privada) y la igualdad política básica. Por todo ello, el mejor sistema político de gobierno es el de la república deliberativa.

263 Cohen, "Democracia y libertad", 237; Martí, *La república deliberativa*, 180 y 213, trata de construir en su obra argumentos de ambos tipos –procedimentales y sustantivos– respecto de la

Sin duda, en este tipo de democracia deliberativa, la discusión y el debate público ayudan a corregir ciertos errores lógicos del discurso, obligando a justificar posiciones con arreglo a razones, lo que permite acceder a información relevante, ayuda, además, a obtener decisiones mayormente contrastadas y deliberadas, evita la manipulación de la información, permite vencer prejuicios que lleven a favorecer concepciones propias e infravalorar otras; y, contribuye, también, a la formación en el marco de una convivencia cívico-democrática.²⁶⁴

Sin pretender atribuírsele a la deliberación todas las cosas buenas, a riesgo de convertir al término en un lugar común para definir lo que debe hacerse o no, el ideal deliberativo y la discusión misma aportan con un conjunto de razones por las cuáles se hace preciso debatir para la toma de decisiones públicas.²⁶⁵

La cuestión medular consiste en crear las condiciones para una red de discursos que tenga por fin alcanzar una solución que se estima racional respecto de cuestiones pragmáticas, morales o éticas trascendentales en una sociedad.²⁶⁶

Tampoco se trata de alcanzar un consenso unánime entre los participantes, ni de asegurar la imparcialidad final de la decisión adoptada. Lo realmente importante es crear un procedimiento justificado capaz de ofrecer una dinámica colectiva valiosa.²⁶⁷

Aun cuando la teoría deliberativa ha sido objeto de críticas tales como el carácter utópico o ideal del modelo, la posible inocuidad de la deliberación o, la idea del propio perjuicio que traería aparejada la deliberación misma, ahondado las diferencias cuando el debate se profundiza y refina,²⁶⁸

democracia deliberativa, por cuanto, cualquier justificación por separado produciría efectos perniciosos.

264 Gargarella, "Una disputa imaginaria", 532; Carlos Santiago Nino, *Un país al margen de la ley* (Buenos Aires: Emecé, 1992), 272, ha sostenido la hipótesis de que, en escenarios de pluralismo, los pueblos que desarrollan procesos de deliberación pública más satisfactorios en contextos democráticos alcanzan altos niveles de cooperación con los pueblos que basan su cooperación en factores como tradiciones o costumbres, dado que en estos últimos, a decir de Rawls, basta la aparición de individuos o grupos con tradiciones diferentes para que la posibilidad de cooperación se extinga.

265 James Fearon, "La deliberación como discusión", en Elster, *La democracia deliberativa*, 66. Entre las razones destacan, además de las anotadas, la importancia de revelar información que permitan arrojar razones sobre preferencias; disminuir el efecto de la racionalidad limitada; alentar a un modo determinado de justificación; favorecer la adopción de una oposición legítima y debatida; mejorar las cualidades intelectuales de los participantes; y, asumir las consecuencias que se derivan del debate y la discusión.

266 Habermas, *Facticidad y validez*, 398.

267 Gargarella, "Constitucionalismo versus democracia", 40.

268 Ver Martí, *La república deliberativa*, 31-8.

estos reparos, lejos de suponer objeciones contundentes, han servido para robustecer la práctica.²⁶⁹

Se suele resaltar el marcado carácter *elitista* que podría revestir la democracia deliberativa, debido a que no todas las personas han accedido a un capital cultural suficiente para ganar una discusión, aunque tengan preferencias políticas legítimas.²⁷⁰

Se habla, inclusive, de la imposibilidad del consenso o de ciertas patologías de la deliberación cuando la manipulación de creencias o preferencias inducidas distorsionan el proceso democrático deliberativo.²⁷¹ No obstante, ello no supone que se deba abandonar el ideal deliberativo, sino avanzar en su depuración.

La política deliberativa extrae su fuerza legitimadora de la estructura discursiva de formación de la voluntad, la cual cumple una función integradora de la sociedad gracias a la calidad racional de sus resultados.²⁷²

Pero, ¿puede la democracia deliberativa, en el marco de un constitucionalismo dialógico, contribuir a la revisión judicial atenuando la crítica contramayoritaria? ¿Qué aporta el diálogo democrático a un diseño robusto de revisión judicial?

Desde los argumentos de Larry Kramer o Mark Tushnet,²⁷³ en los que se rechaza la idea de una supremacía judicial que pudiera reemplazar a la autoridad más alta (el pueblo),²⁷⁴ a posiciones como las de Robert Post y Reva Siegel, que consideran posible mantener una cultura constitucional de actores no judiciales sin renunciar a la idea de revisión judicial, el constitucionalismo democrático viene procurando introducir mecanismos adecuados para mantener la confianza en la sensibilidad democrática del derecho constitucional.²⁷⁵

Post y Siegel, al referirse a una reconciliación entre el pueblo y la Constitución, indican que tal situación depende que unos actores sociales tengan la posibilidad persuadir a otros y, por lo tanto, en última instancia, a la Corte para que adopte sus perspectivas sobre el significado de la Constitución.²⁷⁶

269 Linares, *La (i)legitimidad*, 138.

270 Es lo que Habermas ha denominado la "situación ideal del diálogo", en la que destacan ciertas características de los interlocutores como presupuestos de validez de la comunicación, que conducirían a una verdad por consenso. Ver Cárcova, *Las teorías jurídicas*, 229.

271 Susan Stokes, "Patologías de la deliberación", en Elster, *La democracia deliberativa*, 161-81.

272 Habermas, *Facticidad y validez*, 381.

273 Tushnet, *¿Por qué la Constitución?*, 111; Kramer, *The People Themselves*.

274 Robert Post y Reva Siegel, *Constitucionalismo democrático-Por una reconciliación entre Constitución y pueblo* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2013), 138.

275 *Ibid.*, 35.

276 *Ibid.*, 33.

De manera que, a pesar de la posibilidad de que existan desacuerdos sobre el significado de la Constitución, esta preserva su autoridad, puesto que el debate permite a personas con convicciones diferentes expresar que sus compromisos más fundamentales serán considerados en medio del desacuerdo.²⁷⁷

El constitucionalismo democrático, como su antecesor, el constitucionalismo popular, no es una teoría en sentido estricto. Es una concepción general o una idea amplia [...] desde la capacidad que deben tener las altas cortes para reflejar e incorporar en sus fallos las perspectivas constitucionales de diversos organismos democráticos, con el objetivo de configurar de manera conjunta el significado del derecho constitucional mediante un diálogo constructivo [...]. El constitucionalismo democrático otorga herramientas para comprender las maneras en que la Constitución inspira lealtad a pesar del intenso desacuerdo sobre su significado [...]. Los partidarios del constitucionalismo democrático afirman la importancia de que el poder judicial resguarde el carácter indisoluble entre la democracia política y los derechos fundamentales, y de que los derechos puedan ser garantizados por vía judicial, pero insisten en que no hay una única sede (*locus*) en el proceso de garantizar (enforce) los derechos y de interpretar la Constitución [...].²⁷⁸

El constitucionalismo democrático se funda en la posibilidad cierta de reconciliar prácticas de los ciudadanos, ofreciendo alternativas diferentes a lo que se ha denominado reacciones violentas²⁷⁹ en contra de los fallos que se considera trastocan el plano constitucional propuesto. Estas reacciones violentas vendrían a evidenciar un signo más “de que los tribunales no han logrado ejecutar apropiadamente sus funciones jurisdiccionales”.²⁸⁰ Esto, explica quizá, que las personas adopten en sus litigios teorizaciones incompletas o inacabadas respecto de sus divergencias, procurando de esta manera la convivencia armónica.²⁸¹

Para el constitucionalismo democrático es claro que cierto grado de conflicto puede ser una consecuencia inevitable de hacer efectivos los dere-

277 *Ibid.*, 34.

278 *Ibid.*, en el estudio introductorio de la obra por Leonardo García Jaramillo, 12 y s.

279 Consideradas desde la perspectiva sistemática del ordenamiento constitucional estadounidense en general, las reacciones violentas procuran mantener la sensibilidad democrática del significado constitucional. Consideradas desde la perspectiva de los tribunales, constituyen una amenaza al mantenimiento de la autoridad jurídica y el control. Ver Post y Siegel, *Constitucionalismo democrático*, 52.

280 *Ibid.*, 64.

281 Linares, *La (i)legitimidad*, 115-20. Tanto el *minimalismo judicial* de Sunstein, que pone a los jueces a resolver los casos sobre la base de reglas específicas, poco abstractas, mitigando el desacuerdo y ayudando a los jueces a resolver más casos y de forma rápida, como la idea de las teorizaciones incompletas sobre los desacuerdos parecen subestimar la capacidad del pueblo de alcanzar debates teóricos ideales.

chos constitucionales, especialmente cuando se amenaza el establishment de ciertos grupos sociales. Desde dicho presupuesto, el constitucionalismo democrático estaría orientado a conciliar una tensión evidente entre Estado de derecho y autogobierno²⁸² reflejando “cómo el significado constitucional cede a la insistencia de las creencias populares, y al mismo tiempo conserva su integridad como derecho”.²⁸³

Esa idea permanente en el derecho constitucional de cambio y continuidad de la norma fundamental que permite asegurar un equilibrio adecuado entre tecnicismo jurídico y sensibilidad política²⁸⁴ ha sido descrita por algunos autores como *la resistencia constitucional*.²⁸⁵

Según Post y Siegel, “a diferencia del constitucionalismo popular, el constitucionalismo democrático no pretende quitarle la Constitución a los tribunales”,²⁸⁶ sino que busca una influencia recíproca entre el derecho de los jueces y la política democrática, evitando las reacciones violentas anteriormente referidas.

La fragilidad de la democracia formal-representativa como mecanismos democráticos *de baja intensidad* frente a procesos democráticos plurales,²⁸⁷ participativos, de autogobierno, *de alta intensidad*, así como la distorsión e ineficacia de la concepción originaria del sistema de frenos y contrapesos²⁸⁸ *checks and balances*, han dado lugar para que mecanismos

282 El valor del autogobierno requiere que un pueblo tenga la justificada convicción de que está involucrado en el proceso de gobernarse a sí mismo adoptando y participando en condiciones de igualdad en la toma de decisiones de manera directa o eligiendo a aquellos que lo hacen en su nombre. Ver Robert Post, “Democracia e igualdad”, en Roberto Saba, edit., *Los límites de la democracia* (Buenos Aires: Edic. Del Puerto, 2005), 4.

283 Post y Siegel, *Constitucionalismo democrático*, 47.

284 Storini, “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”, 21; Ignacio de Otto refiriéndose a la rigidez constitucional como instrumento de cambio y continuidad anota: “La existencia de un procedimiento de reforma significa que la propia Constitución quiere regular su adaptación a la regulación cambiante y evitar así que sus exigencias constitucionales se tengan que realizar al margen del derecho vigente. Ver De Otto y Pardo, *Derecho constitucional*, 59.

285 Francisco Tomás y Valiente, “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 15-16 (1994): 642.

286 Post y Siegel, *Constitucionalismo democrático-Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, 57.

287 Marco Aparicio Wilhelm “Ciudadanía intensas: Alcances de la refundación democrática en las Constituciones de Ecuador y Bolivia”, en Albert Noguera, coord., *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013).

288 Según Roberto Gargarella, “Instituciones, motivaciones y participación política en los orígenes del constitucionalismo americano”, en Noguera, coord., *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, 227-8, en el razonamiento de Madison contenido en el *Federalista* “de lo que se trataba era, entonces, de lograr algo así como una *paz armada*, otorgando a cada uno de los poderes armas contundentes, capaces de prevenir los posibles ataques de los demás. Así, y por caso, el Presidente tendría el poder de veto; los jueces el poder del control de constitucionalidad; las Cámaras Legislativas el poder de insistencia frente al Presidente, el juicio político. Dotados, todos los poderes, de armas defensivas, todos se sentirían igualmente intimidados, y tenderían

dialogicos se muestren como una práctica necesaria que requieren ser incorporadas en las democracias contemporáneas.

Así, la teoría clásica de la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, sea en la forma “pura” de los EUA, evitando la “mutuas interferencias” entre los poderes del Estado, tal como fue pensada en sus inicios en las defensas *federalistas*, sea en la posición “desbalanceada” de América Latina, donde el equilibrio se desajustó en favor de los ejecutivos presidenciales,²⁸⁹ no ha servido a los intereses de una cultura dialógica asociada con el debate, la colaboración y la deliberación colectiva.

Clásicamente, “bajo la impresión de que los actores no eran ángeles se diagramó un esquema institucional para demonios, lo que facilitó la aparición y generación de los potenciales demonios que querían controlarse”.²⁹⁰

El sistema institucional en sus inicios fue pensado y desarrollado con pobres concepciones democráticas, cuando no fueron diseñados de forma directa en contra de un verdadero ideal democrático.²⁹¹ Consecuentemente, “los sistemas, mecanismos y arreglos institucionales no fueron inicialmente ideados para canalizar, aunque sí tal vez para impedir la participación ciudadana y la deliberación colectiva en una inclusiva república democrática”.²⁹²

En su versión rígida, la permanencia del principio tradicional de la división de poderes atribuido a Montesquieu, desde su formulación, se debe a su fuerte carácter dogmático. ¿Cómo explicar de otra manera el hecho de que, superado el modelo de Estado liberal, permanezca de modo inalterable el principio de división de poderes en los Estados modernos, obsoleto para permitir una reinterpretación adecuada a la realidad actual?²⁹³

a no excederse, temerosos del seguro disparo de los demás. En todos los casos, la reacción –el disparo– no provendría del deseo de los funcionarios públicos de servir al conjunto, de asegurar para siempre la vigencia de los derechos de los demás. No. Se trataría simplemente del autointerés más fuerte, de cada uno de ellos, tratando de preservar férreamente las porciones de poder que les asignara su comunidad. El egoísmo de los funcionarios –su decisiva voluntad de preservar el poder asignado– vendría a servir de ese modo al interés común de evitar los excesos propios a los que se disponía cada una de las ramas de gobierno creadas. De modo más relevante, la idea conforme a la cual los hombres no eran ángeles tenía un destinatario preciso: la visión, aparentemente extendida entre muchos de los republicanos (antifederalistas) críticos de la Constitución, que asumían que las personas actuaban o podían actuar, colectivamente, motivadas por el puro o fundamental deseo de servir a los demás, y así a los intereses de su comunidad”.

289 Gargarella, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en Roberto Gargarella, comp., *Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2014), 136.

290 Arrimada, “Derecho, moral y política”, 116.

291 Ver Gargarella, *Crisis de la representación política* (México DF: Fontamara, 2002).

292 Lucas Arrimada, “Derecho, moral y política”, 90.

293 Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, edit., *Diccionario de la política*, trad. por Raúl Crisafio (Madrid: Siglo XXI, 1976), 390. El principio de división de poderes parece refugiarse en su carácter dogmático ante los ataques críticos más fuertes. Tal dogmatismo le confiere, por un

El diálogo agonial que actúa en el sistema del checks and balances destaca lo que dentro de un sistema se podría denominar como prácticas defensivas renuentes al diálogo antes que prácticas proclives al mismo.

Evidencias dentro de los ordenamientos jurídicos tales como los bloqueos mutuos entre el Ejecutivo y el Congreso,²⁹⁴ los juicios políticos como actos para ocupar la palestra política y no el debate y la deliberación, o, la denominada muerte cruzada,²⁹⁵ para ejemplificar el caso ecuatoriano, son una muestra palpable de una actitud de defensa, desconfianza y ataque permanente que, en lugar de facilitar, inhibe el diálogo y la cooperación.

Gargarella ha destacado que “el poder que, de hecho, ejercen los jueces como última voz del sistema institucional también conspira contra la posibilidad de que se instrumente un intercambio fructífero entre poderes. Dicho hipotético y saludable intercambio, entonces, se convierte en una conflictiva disputa de poder, en donde una rama del gobierno “golpea” a la otra, bloqueando o vetando su capacidad de decisión”.²⁹⁶

La revisión judicial dialógica como herramienta “coloca en primer plano la inevitable tensión que existe dentro del constitucionalismo democrático, entre sus compromisos con el autogobierno popular y con el establecimiento de limitaciones sobre las mayorías populares” con el fin de superar la crítica que aqueja al control judicial.²⁹⁷

lado, un carácter ambiguo y misterioso y, por otro, un carácter peligroso. La diversidad de modos con los que jurídicamente se ha ejercido hasta hoy la exigencia de dividir el poder, la imposibilidad de explicar de una manera suficientemente realista la dinámica del poder en nuestros sistemas y, la imposibilidad de garantizar con verdadera eficacia la libertad del ciudadano, le otorgan estas características.

294 Ver al respecto, Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, 200-1, donde pone en evidencia una práctica constante de intervención del Congreso en el entonces Tribunal Constitucional del Ecuador. Ver además, Santiago Basabe, *Jueces sin toga: Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)* (Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador, 2011), donde consta un estudio completo de la dinámica y relación de los jueces y la forma en la que deciden los casos.

295 Ver los art. 130 y 148 de la CRE. Puede consultarse además la sentencia interpretativa de la CC 002-10-SIC-CC dentro del caso 0020-09-IC con el fin de determinar el alcance y sentido que se ha dado en la jurisprudencia a la denominada “muerte cruzada” o control de la acción de gobierno. Como Gargarella advierte, a pesar de que la institución de la “muerte cruzada” aparezca como un contrapeso institucional a los poderes del Ejecutivo, sin embargo, la aplicación de este instituto solamente puede darse en situaciones dramáticas y difíciles, ya que requiere de un altísimo porcentaje de votos y puede suponer la “muerte” de sus propios promotores. Ver Gargarella, “El constitucionalismo latinoamericano y la ‘sala de máquinas’ de la Constitución (1980-2010)”, *Doctrina Constitucional, Gaceta Constitucional*, No. 48, 296, en: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumariocons/docsum/GC%2048%20Roberto%20GARGARELLA.pdf>, consulta: 1 de marzo de 2016.

296 Gargarella, “La dificultosa tarea”, 147.

297 Mark Tushnet, “Revisión judicial dialógica” en Roberto Gargarella, comp., *Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2014), 106.

En este contexto, las prácticas institucionales no deberían reflejar aquel eco de soledad en donde unos hablan, se “quejan” o peticionan y otros resuelven. En esa dinámica habría algo ofensivo “para cualquier demócrata que se precie de serlo porque la conversación puede seguir y seguir, pero las posiciones desiguales permanecen”.²⁹⁸

El tema del tiempo, con las dilaciones que generalmente afectan el debate judicial en contraste con un sociedad que demanda una atención oportuna de sus derechos, las dudas que genera un excepcional activismo judicial²⁹⁹ y la dificultad que involucra tener la “última palabra” sin un diálogo constante entre los actores sociales, son factores que se suman en torno a robustecer la crítica de la revisión judicial.

En efecto, la forma en la que los ciudadanos se involucren en los conflictos constitucionales que estiman relevantes, dejando fuera de la simple pasividad o la mera reactividad, puede sin duda contribuir a una cohesión social e institucional dentro de una estructura social diversa.³⁰⁰

Precisamente, la falta de ese diálogo y participación ha abonado que la literatura más especializada debata en torno al especial papel que debe ocupar o recuperar el legislador en las arenas de la democracia.

Casos como el del art. 33 de la Carta canadiense, cláusula de “*no obstante*” (*notwithstanding clause*)³⁰¹ que autoriza a la legislatura a insistir en sus

298 Gargarella, “El nuevo constitucionalismo dialógico”, 143.

299 Se entenderá por activismo judicial la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales, invocando una fuente de autoridad legal –normalmente la Constitución– materialicen unos bienes públicos escasos “derechos”, mediante el establecimiento de principios y medidas adoptadas en un lenguaje jurídico que normalmente no son satisfechos por los otros poderes públicos. Ver al respecto, el artículo de Peter Schuck, “El poder judicial en una democracia” en *Los límites de la democracia* (Buenos Aires: Edic. del Puerto, 2005), 327-38. Vale indicar que “El activismo judicial no es necesariamente un reprochable exceso justiciero. Admitir que el juez no puede dejar de actuar culminando el proceso de positivización del derecho no es dar paso a un fervor judicialista, sino reconocer una realidad”. Ver Andrés Ollero, “Valores, principios, normas: Dimensión hermenéutica de la discriminación por razón de sexo”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 21 (1998): 318.

300 Gustavo Zagrebelsky, habla de la democracia crítica que quiere apartar al pueblo de la pasividad y también de la mera reactividad. Esta forma de democracia aspira a convertirse en una fuerza activa capaz de impulsar iniciativas populares verdaderas mediante procesos institucionalizados, no con el fin de establecer de forma definitiva en democracia ideal perfecta, sino para corregir, en la medida de lo posible una democracia imperfecta. Ver Gustavo Zagrebelsky, *La crucifixión y la democracia* (Barcelona: Ariel, 1996), 114 y s.

301 El art. 33 de la Carta canadiense permitiría al órgano legislativo competente recrear la ley original. En la actualidad, tal como lo refiere Post y Siegel, *Constitucionalismo democrático*, el art. 33 referido se ha vuelto poco importante en razón del desarrollo de un clima político de resistencia a su uso; sin embargo, casos como *Ford vs Quebec* a través del cual la Corte Suprema anuló una ley de Quebec que prohibía el uso de otro idioma que no fuera el francés, prohibición que, luego de la decisión judicial, Quebec, mediante una nueva medida legislativa, continuo imponiéndola por un tiempo en uso del art. 33 en virtud de la cláusula “*no obstante*”, o el

normas expedidas, –no sin antes advertir los peligros que podría implicar una distorsionada utilización de la misma dado que supondría un modelo de supremacía parlamentaria–,³⁰² a ejemplos tales como el “derecho a la consulta previa” prevista en el art. 57, num. 7, de la CRE y la consulta pre-legislativa contenida en el art. 57, num. 17, de la misma CRE (más allá de la deficiencia constitucional en torno a la obligatoriedad o vinculación del consentimiento);³⁰³ las denominadas sentencias constitucionales interpretativas, con una influencia notable del principio *in dubio pro legislatore*,³⁰⁴ permitiendo al legislador una respuesta institucional, o las sentencias de inconstitucionalidad diferida; las convocatorias a audiencias públicas en relación con el ejercicio de control abstracto de constitucionalidad; y los *amicus curiae* o acciones de diálogo interorgánico,³⁰⁵ constituyen formas dialógicas de resolver los conflictos y relajar la tensión entre la supremacía constitucional y el autogobierno.

Así, el constitucionalismo dialógico y la práctica deliberativa pueden contribuir a un modelo cuyas piezas están diseñadas sobre a un sistema robusto de opción judicialista.

reciente caso en que la Corte canadiense había derogado la prohibición al suicidio asistido por médicos y que fue puesta en suspenso durante un año para permitir a los legisladores elaborar nuevas normas en torno al polémico tema, demuestran que existe una posibilidad dialógica.

- 302 Sobre algunas advertencias en ciertos contextos puede consultarse el artículo de Albert Noguera, “El neoconstitucionalismo andino: ¿una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional?”, *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 90 (2011): 170-1. (Notal al pie 4).
- 303 Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, 65, indica que el consentimiento como poder de veto, propicia un proceso deliberativo que la mera consulta sin efectos vinculantes no puede generar, ya que sin condiciones adecuadas no puede haber deliberación y, por tanto, tampoco habría ni consulta ni consentimiento.
- 304 Pablo de Lora ha indicado que el problema sobre el que Ferreres Comella llama la atención en torno al principio *in dubio pro legislatore* no es tanto que una regla de presunción fuerte desincentive la deliberación adecuada, sino que haga inútil el control de constitucionalidad. En Ferreres Comella, la defensa del principio *in dubio pro legislatore* es matizada y no fuerte, puesto que considera que si la mayoría parlamentaria sabe que el juez solo invalidará las leyes que sean manifiesta e inequívocamente inconstitucionales, no existe un incentivo para la deliberación. Para De Lora, tolerar dicha posición sería aceptar un modelo basado en el prejuicio porque, así como es posible que el parlamento se relaje en la práctica deliberativa, es también probable que la Corte se relaje en su enjuiciamiento constitucional, de ahí que el autor recurra a la idea estricta de la regla thayeriana de presunción de constitucionalidad y exigencia de unanimidad, en relación con un constitucionalismo débil. Ver De Lora, “Justicia constitucional”, 346-67. Ver también Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, 151-278.
- 305 Tal como es expresado por Linares en una nota al pie de su obra, *La (i)legitimidad*, 200, la idea de incentivar y ampliar el diálogo público proviene de las corrientes de pensamiento que se inscriben dentro de la teoría deliberativa de la democracia. El diálogo inter orgánico puede verse como una propuesta singular de otras propuestas deliberativas como las audiencias públicas, la fijación de un día feriado destinado a la deliberación pública, y las encuestas deliberativas que reúnen por algunos días a varios centenares de personas previamente seleccionadas de modo probabilístico con el fin de que deliberen y, finalmente, voten sobre diversas materias y propuestas.

Lo fundamental es “contar con una perspectiva constitucional lo suficientemente motivante para el pueblo, así como confiable, para actuar a partir de ella”.³⁰⁶ Es decir, una teoría de la Constitución que esté en la base de aceptación del modelo y una teoría de la interpretación constitucional que de efectividad al programa constitucional definido por el constituyente.

Como lo indica Ferreres Comella, en la medida en la que “el sistema de justicia constitucional esté organizado de tal modo que permita la expresión de voces que no se han podido escuchar durante la deliberación parlamentaria, el proceso judicial tiene una ventaja deliberativa respecto del proceso político democrático”.³⁰⁷

Partiendo de una teoría epistémica de la democracia,³⁰⁸ es posible construir un argumento que sea compatible con la vigencia de la institución de la revisión judicial, si esta última se articula en el marco del debate y la deliberación.

Un diseño institucional que organice en términos de control y diálogo recíprocos las relaciones entre el legislador y los jueces permite, recuperando el argumento epistémico de la democracia y la participación de los afectados, que una ley adoptada en el parlamento pueda ser objeto de un debate abierto en el foro judicial,³⁰⁹ articulando espacios institucionalizados de debate y deliberación clara y transparente.³¹⁰

Sin duda, no se trata de una muestra fría o un modelo válido en todo momento. De hecho, parece poco probable que exista una teoría rígida para lograr tal objetivo, sin embargo, el modelo analizado permite describir y prescribir una práctica constitucional específica que permita una compatibilidad entre democracia y revisión judicial de la ley.

306 Post y Siegel, *Constitucionalismo democrático*, 32.

307 Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, 164.

308 Nino, *Fundamentos*, 692-706. Aun cuando este autor reconoce el valor de la democracia, rechazando una intervención judicial elitista, admite que puede existir una brecha importante en el argumento que descalifica el control judicial de constitucionalidad sobre la base del valor epistémico de esa misma democracia y, en consecuencia, admite tres excepciones en donde podría estar justificada la intervención judicial: 1. Los jueces como controladores del proceso democrático; 2. La protección relacionada con la autonomía individual rechazando imponer ideales de virtud personal; y, 3. La necesidad de asegurar la continuidad de la práctica constitucional.

309 Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, 168.

310 Eloy García López, en un artículo que se orienta a analizar una sentencia del TC español, ha indicado que la democracia es un acuerdo que involucra la suficiente claridad y transparencia, con lo cual no es casual que el Consejo Constitucional Francés haya aportado a la jurisprudencia constitucional comparada lo que llama “el derecho a no ser confundido”, construido en un fallo en el que referéndum y la función electoral son puestos en conexión. Ver Eloy García López, “Derecho a decidir y democracia: acerca de la procedencia de admitir supuestos de la democracia de identidad en la Constitución española de 1978, y de sus pocos meditados implicaciones prácticas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, No. 55 (2015): 23.

Aunque resulte insuficiente,³¹¹ dado que la transformación dialógica debería afectar necesaria y prioritariamente al plano institucional, tratando de conciliar la parte dogmática y orgánica de las Constituciones –la denominada sala de máquinas o cuarto de máquinas, a menudo en divorcio y contradicción con la verdadera participación popular–,³¹² la práctica de las Cortes dando cabida a un equilibrio adecuado, razonable y ordenado de la discusión, mediante la participación en pie de igualdad de los potencialmente afectados³¹³ dentro de contextos plurales, puede resultar trascendente en aras de conciliar modelos robustos de revisión con prácticas dialógicas.³¹⁴

La legitimidad democrática y las objeciones contramayoritarias desde el atrincheramiento de los derechos

Tal como se evidenció, tradicionalmente el constitucionalismo encierra en su núcleo un doble compromiso difícil de mantener. Por un lado, un compromiso con la idea de derechos y, por lo tanto, una dimensión sustantiva de la legitimidad; y, por otro lado, un compromiso con la idea de democracia, esto es, una dimensión procedimental de la legitimidad.³¹⁵

El primero de estos compromisos se expresa en la adopción de una lista de derechos atrincherados, intangibles e inviolables contenidos en la Constitución, y el segundo, en la toma de decisiones por medio de la regla de la mayoría. Una relación de tensión, como se pudo observar, pero a la vez de complementariedad.

311 Hay que tener presente la crítica de Gargarella cuando refiere que, si bien la “deliberación es absolutamente importante, a la vez está lejos de resultar claro que sea suficiente para garantizar la imparcialidad: debemos saber quién delibera, y deberíamos preocuparnos si la gente queda al margen de la deliberación política”. Ver Roberto Gargarella, “Representación plena, deliberación e imparcialidad”, en Elster, comp., *La democracia deliberativa*, 339.

312 Para una reflexión necesaria en la parte orgánica del texto constitucional, ver Gargarella, “El constitucionalismo latinoamericano”.

313 Aun cuando la teoría deliberativa puede constituir una aportación a la práctica de la revisión judicial, queda por esclarecer cómo superar los problemas que afectan a la participación igualitaria que supone la teoría deliberativa en un sistema robusto de revisión judicial en el cual unos participan y peticionan y otros resuelven (los jueces).

314 Vale destacar la crítica aportada por Robert Post y Reva Siegel, *Constitucionalismo democrático*, 58: “La academia jurídica tradicional ha procurado identificar métodos de interpretación constitucional que justifiquen las decisiones de la Corte ante quienes de otra forma estarían inclinados en oponérseles. Pero mientras que este enfoque podría consolar a los académicos, dudamos de que tenga un efecto político significativo. Las controversias constitucionales serías, tales como todas las controversias políticas, no desaparecerán solamente porque la Corte elija formular su argumento de una u otra forma”.

315 Linares, *La (i)legitimidad*, 45.

Así, la rigidez constitucional aparece como el mecanismo encargado de sustraer de la agenda política diaria un catálogo de derechos básicos, al establecer mecanismos agravados para habilitar cualquier deliberación al respecto que pueda modificarlos.³¹⁶

Las razones que se considera justifican ese atrincheramiento tienen que ver con dos situaciones: 1. Con la percibida necesidad de un grado de estabilidad deseable; y, 2. Con la necesidad de contar con un marco de protección adicional frente al abuso del poder del Estado.³¹⁷

Piénsese solamente si es legítimo que una mayoría pueda decidir el exterminio de la minoría ¿Sería esto democrático? Si la respuesta es negativa, como es de esperarse, “entonces es preciso resguardar más derechos, y no solo el derecho de todos a participar en las decisiones: tantos derechos como sea necesario para garantizar a cada individuo las condiciones mínimas para que pueda ejercitar la democracia”.³¹⁸ De esta manera se justificarían los esquemas actuales de cartas constitucionales atrincheradas con derechos fundamentales amplios e indisponibles.³¹⁹

Sin embargo, dicha situación, el “exceso de constitucionalización” entraña una paradoja, y es que cuanto más exigente sea la definición de esas condiciones, mayor es el número de cuestiones que como prerequisites de la democracia deberían sustraerse al procedimiento de decisión por mayoría. Dicho de otro modo, cuanto más perfectas fueran las condiciones de ejercicio del derecho de participación, menos posibilidades habría de ejercerlo.³²⁰

Desde una óptica crítica de la revisión judicial, el atrincherar unos derechos no sería sino una mera imposición de las generaciones pasadas sobre las generaciones futuras, contraviniendo el principio natural de que cada generación debe ser libre de actuar por sí misma bajo sus propias consideraciones. Paradójicamente, cada generación desea ser libre de atar a su sucesora sin querer estar atada por sus predecesoras.

Dado que no es posible una “democracia instantánea”, como acertadamente lo sostiene Nino, debería ser relativamente factible para una

316 Orunesu, “Los límites de la interpretación en la democracia”, 32.

317 Wilfrid Waluchow, *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law* (Barcelona: Marcial Pons, 2009), 99.

318 Pablo Perot y Jorge Rodríguez, “Dinámica e interpretación de los sistemas constitucionales”, en Claudina Orunesu y otros, *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales* (México DF: Fontamará, 2005), 28-9.

319 Para el caso ecuatoriano, la CRE innova con un amplio catálogo de derechos fundamentales que van desde los derechos de libertad y participación hasta los denominados derechos del buen vivir, de las comunidades pueblos y nacionalidades, de los grupos de atención prioritaria, los derechos de protección y los derechos de la naturaleza.

320 Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, 293.

nueva mayoría poder cambiar el estatus quo del pasado.³²¹ Lo contrario, una exigencia de mayorías reforzadas en contextos constitucionales que incorporan cláusulas muy específicas, equivaldría al poder de veto de la minoría, atribuyendo un valor desigual al voto de partidarios y oponentes de la propuesta que se vota.³²²

Ahora bien, ¿significa una Constitución rígida con un catálogo de derechos “intocables”, una limitación injustificada para la democracia? ¿Es justificable la existencia de una Constitución con derechos atrincherados que limitan las decisiones mayoritarias? ¿Por qué razón destaca como importante atrincherar unos derechos?

El debate y las objeciones contramayoritarias en relación con el atrincheramiento de los derechos pueden ser abordados tanto desde el denominado coto vedado de los derechos, como de la teoría del precompromiso, perspectivas, ambas, muy relacionadas entre sí. No obstante, como se verá más adelante, la abstracción en la configuración de los derechos puede funcionar adecuadamente como una estrategia interesante de conciliación entre democracia y derechos atrincherados en el marco de Constituciones rígidas.

El coto vedado de los derechos

Desde el constitucionalismo se suele afirmar con frecuencia que el modelo de organización jurídico-política que se denomina democracia constitucional es, sin más, una exigencia inmediata del ideal mismo de los derechos.³²³

En consecuencia, si los derechos básicos constituyen unas libertades irrenunciables e indisponibles, su satisfacción debe concebirse como una exigencia democrática incondicional, al punto que el contenido de justicia que constituye el objetivo y la razón de ser del Estado se funda, ante todo, en la realización de los mismos, dando lugar al denominado coto vedado de los derechos.³²⁴

El “coto vedado de los derechos”³²⁵ aparece definido en Garzón Valdés³²⁶ como un marco indisponible de derechos que se consideran in-

321 *Ibid.*, 251.

322 Bayón, “Derechos”, 406.

323 Liborio Hierro, “El concepto de justicia y la teoría de los derechos”, en Elías Díaz y José Luis Colomer edit., *Estado, justicia, derechos* (Madrid: Alianza, 2002).

324 Bayón, “Democracia y derechos”, 304.

325 Esta expresión evoca nociones análogas como las de “*territorio inviolable*” de Norberto Bobbio, “*esfera de lo indecible*” de Luigi Ferrajoli, “*cartas de triunfo frente a la mayoría*” de Dworkin.

326 Según Alfonso Ruiz Miguel, se trata de una expresión que Garzón Valdez habría tomado de Juan Goytisolo. Ver Ruiz Miguel, “Constitucionalismo y democracia”, 65.

violables. Un espacio excluido a la negociación parlamentaria ordinaria “que asegura el respeto a los derechos y principios que garantizan la autonomía de la persona y, por ende, dotan al sistema de calidad ética”.³²⁷

Así, los derechos contenidos en el “coto vedado” son indiferentes a la voluntad o deseos de los integrantes de una comunidad. Es decir, una posición de tutela de unos derechos básicos que deben ser asegurados y garantizados a toda costa.³²⁸

Visto así, los derechos incluidos en el “coto vedado” no pueden ser objeto de recortes, productos de la negociaciones parlamentarias. “Ellos constituyen el núcleo no negociable de una Constitución democrático-liberal que propicie el Estado social de derecho”.³²⁹

Estos derechos incluidos en el coto vedado serían aquellos vinculados con una idea de satisfacción básica, necesarios para la realización de cualquier condición vital en su versión natural o derivada.

Mientras las necesidades básicas naturales son las mismas en todas las sociedades, como por ejemplo, comer, contar con una vivienda., etc., las derivadas cambian según los tiempos y las sociedades, de suerte que tienen una tendencia a la expansión.

Quien introduce este catálogo de derechos en el –coto vedado– suele ser la asamblea constituyente, el primer legislador, si es que está interesado en el establecimiento de una democracia representativa. Pero como las necesidades básicas derivadas tienen una tendencia a la expansión, es probable que con el transcurso del tiempo haya que introducir nuevos elementos en la clase de los derechos del –coto vedado– [...] Los derechos humanos de la segunda o tercera generación, suelen estar vinculados con esta tendencia expansionista de las necesidades básicas derivadas. No se trata aquí de derechos sustancialmente diferentes a los de la primera generación, sino que tienen la misma jerarquía. Por ello deben ser incluidos en el –coto vedado–.³³⁰

Sin embargo, conviene indicar desde ahora que, estos derechos valen en una dimensión prima facie. Es decir, frente a conflictos de derechos que concurren a la satisfacción simultánea de una necesidad o exigencia fáctica, uno de los derechos deberá primar frente al otro, desplazándolo efectivamente. O, igualmente, frente a la recurrente invocación de falta de disponibilidad de recursos económicos suficientes para su plena sa-

327 Miguel Ortega Álvarez, *La filosofía del derecho de Ernesto Garzón Valdés* (Madrid: Dykinson, 2008), 252.

328 Ernesto Garzón Valdés, “Representación y democracia”, en *Derecho, ética y política* (Madrid: CEC, 1993), 644.

329 *Ibíd.*, 649.

330 Ernesto Garzón Valdés, “Algo más acerca del «coto vedado»”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 6 (1989): 209-13.

tisfacción, la carga de la prueba de su no efectividad corre por cuenta de quien se oponga a la aplicación efectiva que debe caracterizar a tales derechos.³³¹

Ferrajoli ha definido esta idea como la esfera de lo indecidible, que es propia del diseño de las Constituciones rígidas, las cuales sustraen de las veleidades de las mayorías la posibilidad de la violación de determinados principios que las integran.³³² Resalta el hecho de que en la concepción ferrajoliana, la esfera de lo indecidible se refiere no solamente al espacio o territorio de lo prohibido, sino también, al de lo obligado.³³³

Es decir, no solo lo que no puede ser decidido (límites negativos), sino también lo que no puede dejar de ser decidido (límites positivos) cuya vinculación es necesaria no solamente para los poderes públicos, salvo para el conjunto de poderes existentes en una sociedad. Dicha vinculación va dirigida al Estado, y al mercado,³³⁴ evidenciándose *el garantismo* como la otra cara operativa, por así decirlo, del constitucionalismo.³³⁵

Frente a los argumentos que se esgrimen en contra del coto vedado, por mantener las condiciones de desigualdad en el ámbito de asignación de los derechos, la defensa de esta idea sostendría que, lejos de imponer un tratamiento desigual en su adopción, el coto vedado y su diseño persiguen, precisamente, la “homogeneidad” entre los miembros de una sociedad en el momento de su elección.

Sin embargo, ¿qué sucedería con el coto vedado y su eficacia de asignación en contextos sociales de diversidad, donde las categorías de homogeneidad se relativizan o son “inexistentes”? ¿Es posible definir ahí una esfera de coto vedado? ¿Caben categorías homogéneas en contextos plurales y diversos?

A pesar de que la teoría del coto vedado puede ofrecer una justificación más o menos sólida respecto de la desigualdad en el momento de su adopción, sin embargo, no puede hacerlo frente a los desacuerdos futuros o contextos plurales.

331 *Ibíd.*, 210.

332 Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, 102.

333 Elías Díaz, “Entrada libre en el ‘coto vedado’”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 30 (2007): 95-100. A propósito de la tesis de Garzón Valdés sobre la obligación de obediencia al derecho en un Estado democrático, Elías Díaz discrepa a la hora de dar cuenta de la justificación de los límites a la obediencia al derecho, puesto que mientras la teoría del coto vedado de Garzón Valdés lo hace desde un enfoque negativo, ya que habla de límites de la democracia y de la regla de la mayoría, Elías Díaz los formula desde un enfoque positivo, en términos de exigencias coherentes con los mismos principios éticos y políticos que definen y justifican a la democracia.

334 Ver Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional* (Madrid: Trotta, 2011).

335 Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, 103.

Es decir, una teoría de la justicia que expresa *qué* se decide no reemplaza –aunque lo óptimo sería una complementariedad–, a una teoría de la autoridad necesaria, que se refiere a *quiénes* deciden y *cómo* lo hacen.³³⁶

Es más, el límite real al poder de decisión en un orden institucionalizado no vendría determinado por unos derechos constitucionales indisponibles, sino por lo que el órgano que ejerza la guarda de los mismos establezca acerca de cuál es el contenido de esos derechos.³³⁷

Si la teoría del “coto vedado” tuviera una respuesta para tal situación (quién y cómo se decide) sus partidarios se verían enfrentados con una paradoja, en el sentido de que se desmentiría su propia tesis de la indisponibilidad de los derechos, puesto que deberían reconocer un momento de negociación previo a los mismos, más aún cuando la delimitación de los derechos solo puede realizarse a través de la política, con lo cual la teoría resultaría incompleta.³³⁸

El sustraer o no un tema de la política diaria y tener la posibilidad de convertirlo en algo indecidible (coto vedado) forma parte de la agenda de lo que se decide o no se decide en un determinado momento. En este sentido, la teoría del coto vedado se enfrenta a un problema de definición interna básico.

Aun si se pudiese contra argumentar sobre la teoría de la autoridad, indicando que una revisión de los derechos sería solamente tolerable para ampliar derechos y no para restringirlos, se caería en una vuelta al infinito, al tratar de justificar en manos de *quién* está el decidir y sobre la base de *qué* procedimiento, así como determinar *qué* cuenta como ampliación o restricción.³³⁹

De ahí que posiciones como la de Ferrajoli, quien ha indicado que los derechos, una vez constitucionalizados, no son una cuestión sujeta a las mayorías, se sientan en la necesidad de precisar, además, una teoría de la autoridad que defina a *quién* corresponde y *cómo* han de ser definidos esos mismos derechos que han de quedar sustraídos a cualquier poder de decisión mayoritaria.

Como lo diría Gargarella, “Lo que necesitamos es que [...] nos aclaren cuáles son las razones que tenemos para reconocer la validez del particular instrumento escogido (el control judicial), organizado del modo en que hoy lo conocemos”.³⁴⁰

336 Moreso, “Derechos y justicia”, 282.

337 Bayón, “Derechos”, 404.

338 Orunesu, *Positivismo jurídico*, 166.

339 Como señala Bayón, mediante el procedimiento de decisión por mayoría podrían tomarse decisiones lesivas, pero lo mismo puede hacer una minoría en el momento constituyente, o un órgano judicial al concretar los límites constitucionales. Bayón “Democracia y derechos”, en Carbonell y García, edit., *El canon*, 435.

340 Roberto Gargarella, “Los jueces frente ‘al coto vedado’”, *Doxa. Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, No. 1 (2000): 61.

Laporta dice, “las espinosas cuestiones del ámbito de la democracia no pueden ser resueltas por el mismo procedimiento democrático, porque el establecimiento de ese procedimiento presupone, ya que hemos determinado de algún modo el ámbito al que se va a aplicar”.³⁴¹

Por otro lado, conviene tener presente una observación de Palombella: si algo es indisponible para la democracia política per se, ello no supone una dosis adicional de democracia. La verdadera legitimación que la Constitución posea depende de su fuerza democrática en el origen, y solo así el Estado constitucional representará un paso adelante para la democracia, al hacerse compatible con el reforzamiento de las condiciones de la vida democrática.³⁴²

En todo caso, parece claro que “la fuerza del atrincheramiento, dependerá, naturalmente, de la naturaleza de las cláusulas constitucionales que se protejan”³⁴³ y una forma de conciliar rigidez y mayoritarismo y tolerar, consecuentemente, un grado de atrincheramiento (en una visión constitucionalista), sería incluir cláusulas abstractas de los derechos, permitiendo al legislador y en su caso, a los jueces, una configuración del derecho en el ámbito de la política ordinaria y de la justicia, respectivamente, que respete el programa constitucional, auspiciando un debate deliberativo al respecto.³⁴⁴

La teoría del precompromiso

La teoría del precompromiso es otra de las ideas desarrolladas para legitimar una carta de derechos rígida y atrincherada. Esta teoría se encuentra asociada a la metáfora desarrollada por Jon Elster a partir de la fábula de Ulises.

En dicha metáfora, Ulises, avizorando que sería presa de la seducción del canto de las sirenas y perdería el control de sí mismo y de su nave, pidió a sus compañeros de viaje que lo atasen al mástil del barco. De esta forma, en un momento de lucidez mayor, Ulises se habría atado *a sí mismo* para evitar las futuras tentaciones en los momentos carentes de razón.

La tesis de Elster es que “atarse a sí mismo es un modo privilegiado de resolver el problema de la flaqueza de voluntad; la principal técnica para lograr la racionalidad por medios indirectos”.³⁴⁵ Enuncia así una variante

341 Francisco Laporta, *El imperio de la ley: Una visión actual* (Madrid: Trotta, 2007), 239.

342 Gianluigi Palombella, *Los derechos entre instituciones y normas* (Madrid: Trotta, 2006), 60 y s.

343 Laporta, *El imperio*, 242.

344 Parafraseando a Sager, *Juez y democracia*, 217, la rigidez exige un texto general y abstracto que garantiza un espacio para la deliberación de los jueces, en tanto que una Constitución prolija o detallada sería más compatible con un sistema flexible.

345 Jon Elster, *Ulises y las sirenas: Estudios sobre racionalidad e irracionalidad* (México DF: FCE, 1989), 67.

seductora de la teoría de la racionalidad imperfecta que invita a atarse de manos frente a situaciones de tentación futura.

Con especial argumento, la estrategia del precompromiso pone en el centro del debate la especial capacidad de reflexión moral que en un momento T1 tiene una “sociedad responsable” que decide atarse de manos para evitar que en un momento T2, pueda desconocer un compromiso previo que se estima racional.

Subyace en el precompromiso la idea de una sociedad que se presenta en dos momentos diferentes. Una originaria, marcada por un proceso constituyente fundacional de mayor lucidez, objetividad y racionalidad, y otra, que se presenta en momentos futuros de política ordinaria.

La sugerencia de Elster es que una comunidad necesitaría de una Constitución emanada de un momento constituyente por las mismas razones que Ulises necesitaba sus ligaduras.

En términos un tanto fantásticos, se podría “hablar de una alianza entre el *yo* temprano y el posterior contra el *yo* intermedio y más dócil”.³⁴⁶ Una especie de premonición protectora frente a un daño futuro. Ahora bien, ¿cómo influye esta metáfora en el mundo de los derechos?

Frente a lo que podría considerarse como situaciones especiales idealizadas de los momentos constituyentes, el atrincheramiento de los derechos se erige como una especial herramienta de la racionalidad constituyente para evitar dejar en manos de las mayorías futuras los derechos que se consideran indisponibles y básicos dentro de una sociedad.

Sin embargo, y a pesar de la especial seducción que provoca este argumento por el ingrediente deliberativo que supone a los períodos constituyentes, aquel sufre de una crisis que bien podría denominarse de *identidad*.

Si la metáfora no está mal entendida, la autolimitación en un momento inicial de Ulises no se compadece en nada con la limitación que se impone a generaciones futuras en un momento posterior, que supone una suerte de imposición generacional que trasciende a una simple autolimitación. Y esto porque quien se limita en la metáfora propuesta es uno mismo, y como fruto de esta autolimitación, quienes resultan afectados son los intérpretes de una generación futura.³⁴⁷

Si bien esta concepción del atrincheramiento maneja sutilmente la idea de un argumento razonable en un momento dado, sin embargo, es contraria a la discusión en pie de igual consideración y trato con las generaciones futuras.

346 *Ibid.*, 74.

347 Gargarella, “Los jueces”, 54 y s.

Por lo demás, está claro que en la política la gente nunca trata de atarse a sí misma, sino a los demás, de manera que, la teoría del precompromiso y el atrincheramiento darían muestras de su lado más débil.

Con ese antecedente, la estrategia del precompromiso tiene que enfrentarse a la pretensión de trasladar conclusiones anticipadas del plano de la racionalidad individual al plano de la racionalidad colectiva.

Históricamente, tanto Thomas Paine³⁴⁸ como el mismo Jefferson se mostraron en contra de la idea de que las generaciones pasadas vinculen con sus criterios a las generaciones futuras³⁴⁹ y de que el mundo de los muertos vincule al mundo de los vivos.

Según Ferreres Comella “el poder constituyente no está en buena posición para anticipar las circunstancias particulares que se pueden dar en el futuro. Son los sucesivos parlamentos democráticos quienes están en mejor posición para apreciar las circunstancias de cada momento y decidir, en un continuo proceso el ensayo y error”.³⁵⁰

Por otro lado, no existe evidencia que permita sostener sólidamente en favor de una “especial” generación con destacados momentos de lucidez en el debate, que se oponga válidamente a una “distorsionada” generación futura incapaz de decidir razonablemente sus profundos desacuerdos.

Es decir, el argumento de la desconfianza parece un prejuicio con el que la idea del precompromiso choca de forma recurrente debido a que el transcurso del tiempo no necesariamente influye de manera positiva sobre el ideal de configuración de los derechos.

En fin, aun cuando el precompromiso puede representar una posibilidad de alcanzar acuerdos duraderos, no ofrece argumentos irrefutables para resolver de forma definitiva la situación de la desigualdad de trato entre generaciones pasadas y generaciones futuras.

Adicionalmente, la justificación de una idea de precompromiso habrá de dar una respuesta a lo que el propio Elster ha denominado la *paradoja de la democracia*. Es decir, que cada generación desea ser libre para obligar a sus sucesores, sin estar obligada por sus predecesoras.³⁵¹

348 Ver Jon Elster y Rune Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*, trad. por Mónica Utrilla de Reina (México DF: FCE, 1999), 222-4.

349 Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, 103.

350 *Ibid.*

351 Ver Stephen Holmes en Elster y Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*, trad. por Mónica Utrilla de Reina (México DF: FCE: 1999), 217-62, en donde se explica todo el contexto de la paradoja democrática y se arroja una posible respuesta a la misma. La respuesta a la paradoja puede contenerse en que es necesario para la democracia atarse un poco las manos para que esa misma democracia pueda seguir existiendo como tal.

Por otro lado, no resulta del todo claro cuál es la razón para asignar dos momentos de discusión –lo que Bruce Ackerman ha identificado como el dualismo democrático– cuando en la práctica se ha demostrado que lo que existe es un continuo debate y movilización con distintos grados de intensidad deliberativa.³⁵²

Es más, con frecuencia puede suceder que los momentos constituyentes pueden presentarse de un modo no muy distinto a los momentos de política ordinaria y, por tanto, movidos también por intereses particulares y consideraciones estratégicas.

Tal como lo expresa Laporta, “el –momento constituyente– no es necesariamente, como se ha pretendido, un ejercicio de imparcialidad inspirado por el interés general. Puede muy bien ser –de hecho suele ser–, un período en el que las fuerzas sociales, políticas y económicas más relevantes forcejean para introducir en el texto constitucional la garantía rígida de sus intereses”.³⁵³

Por otro lado, aunque se admitiera la distinción de los especiales momentos de virtud cívica, como serían los denominados “momentos constituyentes” de absoluta racionalidad, con respecto a los “momentos de política ordinaria”, continuaría la cuestión de a quién confiar el control de dichos acuerdos.

En efecto, incluso si se acepta la especial particularidad de los momentos constituyentes cuyas decisiones deben ser puestas a resguardo de las decisiones de la política común u ordinaria, ¿por qué confiar la protección de los resultados alcanzados en esos momentos a un órgano jurisdiccional contramayoritario como son los jueces?

En esa línea, la teoría del precompromiso está concebida primordialmente para brindar una explicación del fenómeno de la rigidez constitucional, pero no se extiende necesariamente a la justificación del control judicial.

Del hecho de que se adopte una concepción fundamentalista –unos derechos indisponibles– como el producto de un especial momento constituyente, no se sigue, sin afrontar problemas, que su guardián natural sea una CC.

Ciertamente, se podría contrargumentar diciendo que la adopción estricta de la objeción democrática supondría la desactivación de la propia democracia³⁵⁴ si las decisiones adoptadas son reabiertas constantemente,

352 Rodríguez, *Control judicial de la ley*.

353 Francisco Laporta, “El ámbito de la Constitución”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 24 (2001). También puede verse Francisco Laporta, “Materiales para una reflexión sobre la racionalidad y la crisis de la ley”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 22 (1999): 328-9.

354 *Ibid.*, 54.

con lo cual, un atrincheramiento de tales decisiones sería necesario incluso frente a la propia democracia.

Sin embargo, y a pesar de todo, parecería ser que ni el coto vedado ni el atrincheramiento de los derechos superan de forma absoluta las imputaciones que se presentan frente a las situaciones de desacuerdo y desigualdad en el debate.

En definitiva, el problema que subyace a una teoría del precompromiso no es precisamente la posibilidad de blindar unos derechos que se estiman básicos en una sociedad a efectos de constitucionalizar los mismos, sino el de justificar la desconfianza generacional, los desacuerdos en pie de igualdad y el órgano encargado de su control.

No obstante, pueden existir circunstancias en que la función de los jueces y un grado de atrincheramiento no siempre aparezcan como perniciosos o contramayoritarios, es más, pueden resultar inevitables o beneficiosos en el marco de la protección de los derechos.³⁵⁵

Todo esto invita a pensar en una nueva relación entre Constitución y ley. La objeción democrática establecida como una fórmula de reivindicación de competencias del legislador tiene que servir de aviso frente a intentos de volver intocables cuestiones que deben ser libradas al debate democrático constante, pero, a su vez, no se excluye necesariamente un grado de rigidez si existen al alcance mecanismos de reforma democráticos. Así, rigidez constitucional y mayoritarismo no serían incompatibles sino complementarios.³⁵⁶

La abstracción como estrategia conciliadora

Dado que el problema de la objeción democrática juega en el campo de una Constitución atrincherada de derechos un papel importante en virtud del carácter controvertido de la interpretación, el tema de la abstracción de los derechos destaca como punto relevante capaz de sortear la crítica.³⁵⁷

La distinción entre especificidad y abstracción de las normas constitucionales es una cuestión de grado, según se incorporen a los textos constitucionales disposiciones más específicas o concretas o, según se incorporen

355 Moreso, "Derechos y justicia", 393. Algunas veces la intervención judicial solo se establece como mecanismo de solución a casos concretos o conflictos particulares que mediante la regla de la mayoría no se podrían resolver.

356 Laporta, "El ámbito de la Constitución", 54.

357 Aún así, autores como Gargarella han considerado que una Constitución genérica puede resultar un modelo finalmente vacío que no termina por resolver el tema de la "última palabra" en una democracia. Ver Gargarella, "Los jueces", 59.

en los textos constitucionales disposiciones más abstractas y generales de suerte que, las Constituciones de detalle o específicas; y, en su opuesto, las Constituciones más abstractas o generales, presentan dos extremos dentro del cual caben algunas variantes intermedias.

En la Constitución ecuatoriana, por mencionar solo un ejemplo, la previsión normativa que protege el derecho al debido proceso, según el cual no podrá mantenerse a una persona detenida por más de veinticuatro horas sin fórmula de juicio (art. 77, num. 1) es altamente específica, en tanto que la que reconoce o incorpora el valor justicia o la que reconoce la vida digna (art. 1; art. 66, num. 2) son sumamente abstractas y genéricas.

Dependiendo de la adopción de Constituciones más generales o específicas el tema de la interpretación y la legitimidad judicial cobra distintos matices y, con ello, distintos niveles de crítica y/o respaldo o adhesión.

Así, si se adopta una Constitución de detalle, esto puede dar lugar a una serie de beneficios: un sistema cerrado específico, límites precisos al legislador democrático que puede brindar mayor seguridad jurídica, disminuyendo la discrecionalidad judicial, de manera que, podría afirmarse en este contexto, que el “conjunto de disposiciones bajo las cuales el juez puede controlar la ley se reduce a las que se expresan en términos relativamente específicos”.³⁵⁸

En una Constitución de detalle, “el juez no puede invalidar la ley por contradecir las disposiciones más abstractas que la Constitución pueda contener. Del conjunto de disposiciones que limitan materialmente al legislador, el juez debe seleccionar aquellas que están redactadas en términos suficientemente específicos. Solo estas pueden ser utilizadas por el juez como parámetros de validez de la ley”.³⁵⁹

El resto de disposiciones, las más abstractas o generales, deben interpretarse como disposiciones que vinculan al legislador, ciertamente, pero cuya interpretación última debe corresponder a este, y no precisamente a los jueces, –aunque no su exclusión– en razón de la denominada cláusula general de libre configuración legislativa.³⁶⁰

Cabe matizar que un espacio de libre configuración legislativa o cláusula general de competencia legislativa debe llevarse a cabo sin alterar el

358 Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, 79. Ver una referencia de contexto válida en Luis Diez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho* (Barcelona: Ariel, 1973), donde se menciona que normalmente se había sostenido la impermeabilidad del derecho a las transformaciones sociales desde dos perspectivas opuestas: el punto de vista *iuspositivista*, en torno al valor de la seguridad jurídica, y el punto de vista *iusnaturalista*, alrededor de la inmutabilidad de la naturaleza y sus principios.

359 Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, 79.

360 *Ibid.*

sentido de la propia Constitución; es decir, sin alterar su *fórmula política*,³⁶¹ a la luz de la cual debe contrastarse la legislación infra constitucional.

La incorporación al texto constitucional de preceptos sustantivos ha de ser compatible con el pluralismo político, con miras a que el legislador, dentro del campo que le corresponde, tenga un haz de posibilidades interpretativas o diversas maneras de entender el texto constitucional sin deformarlo.³⁶²

Desde esa perspectiva, tanto para Kelsen como para el originalismo, el problema que se planteara Schmitt acerca de los límites constitucionales de la jurisdicción sería una cuestión legítima; sin embargo, no se debe colegir la posibilidad de negar la vigencia de la jurisdicción constitucional, sino solo la necesidad de restringir el carácter político del Tribunal limitando el espacio de su discrecionalidad y reconduciéndolo en los causes jurídicos.

De ahí que, según Kelsen, “las normas constitucionales a disposición de un TC para su aplicación, en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otros semejantes, no deben ser formuladas en términos muy generales, no deben emplear terminología difusa, como libertad, igualdad, justicia, etc. De lo contrario, existe el peligro de un desplazamiento del poder del Parlamento”.³⁶³

Consecuentemente, si se defiende una Constitución de detalle, el juez no podría extender por analogía las disposiciones constitucionales que son más bien específicas a otros casos distintos de los que integran directamente el objeto de control, puesto que la analogía exige un razonamiento a partir de principios más abstractos incompatibles con el detalle.³⁶⁴

361 Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política* (Madrid: CEC, 1988), 298, al hablar del juicio de interpretación y la fórmula política constitucional, se refiere al contraste de la norma infraconstitucional en relación con la Constitución atendiendo a la consonancia con el fin político contenido en la Constitución. Señala entonces que un precepto habrá de ser declarado inconstitucional cuando transgreda ya no solo ciertos preceptos concretos de la Carta, sino también, y ello por razones de sistematicidad material, cuando vulnere los principios esenciales que modelan su fórmula política, lo cual no sería posible si el juicio de constitucionalidad consistiera únicamente en comparar, sin más, la norma impugnada con el precepto fundamental más relacionado con ella. Un dato que resulta necesario destacar, es la posibilidad que contempla la CRE en su art. 436, num. 3, permitiendo al órgano de control constitucional, declarar, de oficio, la inconstitucionalidad de normas conexas.

362 Rubio Llorente, *La forma de poder*, 609.

363 Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor?*, 33.

364 Manuel Atienza, *Sobre la analogía en el derecho: Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico* (Madrid: Civitas, 19869), 64. Haciendo mención al pensamiento de Bobbio, indica que el procedimiento analógico consiste, de hecho, en extender la disposición de una norma particular expresa a un caso no contemplado mediante la extracción de un principio que se considera común al supuesto de hecho expresado y al no expresado. Con lo cual en Bobbio, la analogía no sería sino una especie del género de “principios generales del derecho”.

Ignacio de Otto y Pardo³⁶⁵ o Javier Pérez Royo parecen coincidir en que la Constitución solo impone unos límites de mínimos a la libertad que la sociedad debe tener para decidir por medio de sus representantes.

En esta visión, mientras la Constitución *prefigura* el derecho, el legislador lo *configura*, lo determina, y en esa función le corresponde al juez constitucional comprobar si la prefiguración ha sido correctamente trasladada por el legislador a la ley.³⁶⁶

Es el “TC el que tiene que autolimitarse al controlar la interpretación constitucional del legislador, a fin de no transformar la prerrogativa de interpretar la Constitución en un monopolio de hecho e interferir indebidamente en la competencia del legislador”.³⁶⁷

El problema se plantea por cuanto la voluntad del juez y sus convicciones morales o subjetivas pueden en determinados momentos reemplazar la voluntad constituyente y superponerse a ella a pretexto de la interpretación, lo cual es objetable desde un punto de vista democrático.³⁶⁸

Por ello, se ha intentado “mostrar que el juicio de constitucionalidad es relativamente autónomo respecto de los juicios morales que acerca de cuestiones colectivas puedan formarse los ciudadanos y sus representantes”,³⁶⁹ a lo cual puede contribuir una autonomía semántica del lenguaje constitucional, así como una jurisprudencia sólida de precedentes o estándares adoptados en las líneas jurisprudenciales trazadas,³⁷⁰ imponiendo un grado de “disciplina” al juez.

En otras palabras, en una visión de detalle de la Constitución, la función de un Tribunal o una Corte “que carece del carácter representativo propio del Parlamento, exige que su poder de invalidar las leyes aprobadas por ese órgano se circunscriba a los casos en los cuales resulta lesionado aquello que la Constitución inequívocamente protege”.³⁷¹ Solo así no se habría transgredido la línea sutil y cada vez más controvertida que divide a la legislación de la jurisdicción.

365 De Otto y Pardo, *Derecho constitucional*, 148. En apoyo a una interpretación estricta –diría este autor– que no es lícito inducir a partir de los concretos preceptos constitucionales la existencia de valores no expresamente proclamados, para luego deducir la inconstitucionalidad de un precepto legal que no entra en manifiesta colisión con ninguna norma constitucional concreta.

366 Villalón, *La curiosidad del jurista persa*, 539.

367 Pérez Royo, *Curso de derecho*, 121.

368 Ello no supone asumir un carácter objetivista de la interpretación o una neutralidad judicial “aséptica” respecto de las normas como los símbolos por excelencia de la imparcialidad judicial pretendida desde el positivismo clásico.

369 Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, 93.

370 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: CEC, 1993), 534-5.

371 De Otto y Pardo, *Derecho constitucional*, 148.

Por su parte, varios teóricos, con diferentes matices tales como G. Peces Barba,³⁷² Á. Garrorena,³⁷³ A. Pérez Luño,³⁷⁴ G. Zagrebelsky³⁷⁵ o F. Tomás y Valiente,³⁷⁶ han sido partidarios de un modelo de Constitución de principios abstractos y valores que permitan desplegar la fuerza normativa constitucional enjuiciando las normas incompatibles con ella, al menos en su sentido negativo.³⁷⁷

Y es que, apenas evidenciadas las ventajas de una Constitución de detalle, surgen de forma inmediata los primeros problemas, que hacen relación a una tiranía del pasado, que fija los límites precisos que se consideran válidos en un determinado momento, imponiendo así un límite intolerable al autogobierno.

El argumento de que a mayor precisión o detalle constitucional, menor discrecionalidad, puede no ser correcto en la medida en la que “cuanto más precisa es una teoría, más ocasiones tendrá para ser refutada por la experiencia, pues más eventos excluye como prohibidos”.³⁷⁸

Ferreres Comella, ha defendido un grado de rigidez de las cartas constitucionales, a condición de que los derechos estén formulados en términos relativamente abstractos, de manera que las mayorías legislativas puedan seguir discutiendo con responsabilidad sobre sus límites y sus excepciones, favoreciendo de esta manera una práctica deliberativa a la vez.

Como ya se indicó, según Ferreres, una carta de derechos rígida puede sortear con éxito el riesgo de potencial deslegitimación democrática de la justicia constitucional recurriendo a la abstracción relativa y permitiendo a los sucesivos parlamentos democráticos apreciar las circunstancias de cada momento en un continuo proceso de ensayo y error.³⁷⁹

372 Gregorio Peces Barba, *Los valores superiores* (Madrid: Tecnos, 1984), 88-90 y 100.

373 Ángel Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho* (Madrid: Tecnos, 1984), 24 y 103.

374 Antonio Pérez Luño, *Los derechos fundamentales* (Madrid: Tecnos, 1988), 61-4.

375 Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: Ley, derechos y justicia* (Madrid: Trotta, 1992), 93-110. Ver también Zagrebelsky, “La Constitución y sus normas”, 80.

376 Un concepto que permite la adaptación constitucional sin ceder la propia identidad del texto constitucional. Ver nota al pie 262 ut supra.

377 Alessandro Pizzorusso, *Lecciones de derecho constitucional* (Madrid: CEC, 1984), 215, se refiere a que dentro de la problemática más específica de la interpretación y de la clarificación de ideas que ha llevado a reconocer a las disposiciones constitucionales eficacia normativa y rango superior al de las disposiciones legislativas, tiene una relevancia especial el debate generado acerca de la idoneidad de las disposiciones de carácter programático para desplegar efectos jurídicos inmediatos. El autor refiere que, en efecto, el resultado del debate en Italia fue que las disposiciones constitucionales dotadas de contenido preferentemente programático necesitaban, sí, de especificaciones ulteriores para ser objeto de pleno desarrollo, sin que ello impidiese que tales disposiciones pudiesen convertir en constitucionalmente ilegítimas, de modo inmediato, aquellas disposiciones legislativas ordinarias que estuviesen inspiradas en principios incompatibles con ellas.

378 Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, 104.

379 *Ibid.*, 103

Cuanto más abstracta resulta ser una norma,³⁸⁰ mayor facilidad de adhesión a ella existirá. No obstante, es necesaria una observación adicional, ya que la adopción de los derechos en forma de principios puede evidenciar un beneficio en su aprobación, pero un coste posterior en su aplicación.³⁸¹

Con ello, los acuerdos alcanzados podrían ser solo aparentes postergando la real confrontación de nuestras posiciones originales,³⁸² situación que habrá que tener presente a efectos de definir el grado de abstracción necesario.³⁸³

Ahora bien, parece válido considerar que debe ser en la parte orgánica de los textos constitucionales donde se concreten más disposiciones de detalle o específicas, dado que fijan la estructura formal del Estado dentro de las cuáles se pueden hacer efectivos los derechos como categorías ético-políticas más abstractas, a fin de que las generaciones futuras reinterpreten su realidad a la luz de nuevos procesos deliberativos de delimitación y contenido de los mismos.³⁸⁴

Sin embargo, en cuestiones sustantivas de derechos, es decir, la parte dogmática, el efecto político de la deliberación que brinda la abstracción puede resultar interesante y necesaria. De manera que estas “reglas de autocensura” o normas de detalle deben constituir la excepción y no la regla, a efectos de no exacerbar las tensiones que intentan reprimirse, así como también, de no trivializar la vida pública y debilitar la práctica deliberativa.³⁸⁵

Nuevamente, como señala Ferreres Comella, “en ausencia de circunstancias extraordinarias que justifiquen la exclusión de determinada cuestión de la agenda política ordinaria, las cuestiones relativas a derechos y libertades deben estar sujetas permanentemente a la posibilidad de una nueva deliberación pública democrática”.³⁸⁶

380 Laporta, *El imperio*, 123, establece que la voz “norma” puede referirse al género, mientras que “principios” y “reglas” son dos especies distintas del mismo género.

381 Ello explica que, con regularidad, en los momentos constituyentes se recurran a fórmulas abstractas o generales que concilien intereses que se estiman contrapuestos.

382 Martí, *La república deliberativa*, 160-1.

383 Aun así, podría ser políticamente discreto y razonable aplazar algunas decisiones. Al respecto Carl Schmitt se refería a este tipo de acuerdos como los compromisos de fórmula dilatoria. Es decir, unos compromisos que no afectan a decisiones objetivas logradas mediante transacciones, sino que precisamente consiste su esencia en alejar y aplazar ciertas decisiones. De esta manera, el acuerdo tiende a contentarse con una fórmula dilatoria que tenga en cuenta todas las pretensiones. Ver Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1982), 54.

384 Incluso, y a pesar de que se puede evidenciar un avance en los catálogos de derechos que han sido incorporados en algunas Constituciones contemporáneas, como por ejemplo, la CRE, una deuda pendiente del constitucionalismo ha sido la parte orgánica de los textos constitucionales muy poco proclives al debate y a la deliberación democrática y participativa del pueblo.

385 Sobre una diferenciación más detallada entre normas-reglas y normas-principios puede verse el segundo capítulo de este trabajo.

386 Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, 109.

Y, una Constitución de detalle, muy específica en materia de derechos no alcanzaría a dar buena cuenta de lo que una sociedad plural significa, de manera que, solo si se recurre a la abstracción como técnica de formulación de los derechos, compatible con una función integradora y de adaptación constante que debe desarrollar el intérprete constitucional, la Constitución puede supervivir en el cauce de la deliberación.³⁸⁷

El que los estados de cosas constitucionales “cuya persecución viene ordenada por las directrices aparezcan caracterizados mediante conceptos en buena medida indeterminados” contribuye³⁸⁸ a mantener esta deliberación.³⁸⁹

En apoyo de esta reflexión puede resultar interesante el ejemplo de la Constitución de los EUA que, dictada por una asamblea constituyente que representó en su momento a un sector elitista y reducido de la población, ha alcanzado, a pesar de sus enmiendas, un importante grado de adaptación que le ha permitido sobrevivir hasta la actualidad.³⁹⁰

387 Rubio Llorente, *La forma de poder*, 608, –con el matiz necesario–, escribe que: “[...] los preceptos materiales de la Constitución, a diferencia de los preceptos legales, no pretenden disciplinar conductas o habilitar para concretas actuaciones de ejecución, sino garantizar el respeto a determinados valores, o asegurar a los ciudadanos unos derechos que [...] hagan posibles diversas políticas, esto es, diversas interpretaciones”.

388 Juan Ruiz Manero, “Las virtudes de la reglas y la necesidad de los principios: Algunas acotaciones a Francisco Laporta”, en Francisco Laporta, Juan Ruiz Manero y Miguel Ángel Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), 112. A este tipo de conceptos es usual referirse desde Gallie (1956), tal como lo expresa Ruiz Manero, como conceptos esencialmente controvertidos en los cuales no se precisan las propiedades descriptivas que constituyen sus condiciones de aplicación. Por su parte, Eros Grau indica que la expresión “conceptos jurídicos indeterminados” no puede sostenerse, dado que la indeterminación que se les atribuye no corresponde a los conceptos (ideas universales), sino de sus expresiones (términos). De ahí la insistencia del autor en referirse al concepto, más bien, como términos indeterminados. Ver Eros Grau, *Interpretación y aplicación del derecho* (Madrid: Dykinson, 2007), 222.

389 Marisa Iglesias Vila indica con toda claridad que, en estas circunstancias, los conceptos esencialmente controvertidos aportan a una dimensión dialéctica del discurso. Por ello cualquier juicio acerca del contenido de la práctica requiere ser respaldado por razones públicamente reconocibles y, además, la corrección de cada juicio se evalúa en función del mérito de las razones que se aportan. Ver Marisa Iglesias Vila, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, en Laporta, *Constitución*, 276.

390 Desde un inicio la Constitución ha sido la seña de la identidad nacional norteamericana. Como lo expresa Miriam Ahumada, “El temprano desarrollo del culto a la Constitución en este país se explica mejor por esa identificación ente la nación americana y su Constitución que por la supuesta perfección y unánime aceptación del código constitucional; con toda frecuencia, la exaltación de la Constitución se ha confundido con la exaltación de la Nación. De otro modo resultaría difícil comprender la ininterrumpida tradición de veneración de la Constitución en un país que ha atravesado por profundas crisis constitucionales en las que se pusieron de manifiesto las carencias y los defectos del diseño constitucional [...] lo cierto es que la guerra –se refiere a la guerra civil– no solo no dañó la reputación de la Constitución, sino que en cierto modo la consolidó”, demostrando que crisis y cambio podrían encontrar acomodo

Por otro lado, la abstracción que pueden brindar los textos constitucionales en el momento de su adopción, satisfacen claramente lo que Hesse ha referido como el principio de “eficacia integradora” de la Constitución,³⁹¹ manteniendo la unidad política de la diversidad de fuerzas políticas dentro del Estado.

Tal como lo ha sostenido Zagrebelsky, “la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir”.³⁹²

Pero es que, además, el discurso de la indeterminación y la apertura de la normativa constitucional a valores y principios abstractos, no puede, en absoluto, “confundirse con una visión desvaída de la dimensión jurídica de la misma como norma primaria y fundamental del ordenamiento jurídico”,³⁹³ es decir, no puede interpretarse como una renuncia a su fuerza normativa.

Ahora bien, si los derechos se formulan en un lenguaje abstracto, ¿por qué pensar que dicho lenguaje –el de la abstracción– favorecerá el acuerdo común o la deliberación democrática atenuando la crítica contramayoritaria?

De la premisa de que los derechos estén formulados en términos abstractos no se sigue la conclusión de que dicha situación provoque una inhibición del diálogo o una discrecionalidad absoluta, todo lo contrario, la abstracción favorecerá un debate más amplio acerca del contenido de dichos derechos y su alcance, por su propia configuración abstracta.

La abstracción no intenta provocar un problema mayor dejando todo en manos de los jueces, por tres razones fundamentales. Primero, el juez asume un rol reactivo frente a la violación de los derechos. Segundo, la concreción política de normas abstractas siempre corresponderá al legislador³⁹⁴ y no al juez salvo que en casos específicos, frente a una violación clara de la Constitución, deba operar y, finalmente, porque a pesar de la abstracción de ciertas normas, las mismas son “susceptibles de adquirir un significado

en el viejo lenguaje de la Constitución. Ver Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, 186 y s.

391 Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional* (Madrid: CEC, 1992), 47.

392 Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 14.

393 Ana Carmona Contreras, *La configuración constitucional del Decreto-Ley* (Madrid: CEPC, 1997), 51.

394 Habermas, *Facticidad y validez*, 335, manifiesta: “Al Tribunal Constitucional las razones legitimadoras que tiene que tomar de la Constitución le vienen dadas desde la perspectiva de la aplicación del derechos, y no desde la perspectiva de un legislador que ha de interpretar, desarrollar y dar forma al sistema de los derechos al perseguir sus propias políticas”.

relativamente estable por medio de una interpretación adecuada” con lo cual se sortea el riesgo de la arbitrariedad judicial.³⁹⁵ Se llegaría así, a una suerte de indeterminación parcial o “vigilia” entre “el noble sueño” y la “pesadilla” tal como lo expresaría Hart.³⁹⁶

Constitucionalizar los derechos en forma de principios hace inevitablemente necesario un procedimiento de determinación posterior, sea que corresponda al legislador, sea que corresponda al juez.³⁹⁷ El tema fundamental se encuentra en cómo lograr que dicha concreción no constituya un acto de arbitrariedad, dado que decisiones que quedan en manos de los jueces constitucionales no permanecerán en el nivel de la legislación ordinaria, sino que se presentarán como interpretación de la Constitución y, con ello, asumirán rango constitucional.³⁹⁸

Por el contrario, dicho proceso de determinación se vuelve relativamente incensario si los derechos se formulan en forma de reglas precisas, donde las condiciones se encuentran previamente predeterminadas.³⁹⁹

Puede argumentarse que si se trata de disposiciones constitucionales que no requieren una apelación al razonamiento moral, como el caso de las reglas, la crítica contramayoritaria tiende a debilitarse. Sin embargo, un matiz es necesario, y es que, aun en el caso de los derechos formulados sobre la base de reglas

395 Rodríguez, *Control judicial de la ley*, 55.

396 Ver Hebert Hart, “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño”, trad. por Moreso y Navarro, en P. Casanovas y J. J. Moreso, coord., *El ámbito de lo jurídico: Lecturas de pensamiento jurídico norteamericano* (Barcelona: Crítica, 1994), 327-50.

397 Sin que sea una tarea de fácil determinación, parece necesario tener presente en este punto la clasificación sugerida por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Para una teoría postpositivista del derecho* (Lima: Palestra, 2009), 89-93, en torno a *principios en sentido estricto y las directrices*. Los primeros, *los principios en sentido estricto*, corresponderían –a diferencia de las reglas– a razones de primer orden que, a pesar de su abstracción, resultan concluyentes cuando, frente a otros principios concurrentes, y determinada la prevalencia de uno de ellos en un caso concreto, se exige su pleno cumplimiento; en tanto que los segundos, *las directrices o normas programáticas* tratan de diseñar políticas que procuren el mayor grado de satisfacción posible de los diversos objetivos colectivos constitucionalmente ordenados. En ese camino, parecería acertado indicar que, en relación con los principios en sentido estricto, su concreción podría ser asumida por los órganos jurisdiccionales respecto de los casos que son puestos en su conocimiento; y, para las directrices –sin que ello implique la exclusión judicial en su configuración en determinadas condiciones de violación–, la determinación correspondería a los órganos políticos encargados de llevar a cabo el programa constitucional definido. Para todo ello, la CRE de 2008, en su art. 11, num. 8, indica que: “El contenido de los derechos de desarrollará de manera progresiva mediante las normas, la jurisprudencia y la política pública”, con lo cual, la línea de intervención en el marco de la configuración de los derechos es más difusa.

398 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. por Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993), 135.

399 En los casos claros hay básicamente comprensión de la regla que se manifiesta en los actos de seguimiento de ella. Ver José Juan Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución* (Madrid: CEPC, 1997), 218.

más específicas, en el fondo dichas normas podrían reflejar principios abstractos en los que se fundan y que podrían ser alegados por vía interpretativa.⁴⁰⁰

Así, para el caso de Constituciones rígidas como la ecuatoriana,⁴⁰¹ existen buenas razones para que su dimensión regulativa en torno a los derechos aparezcan formulados en forma de principios⁴⁰² y se encomiende su desarrollo mediante reglas a los mecanismos ordinarios de creación del derecho, muy centralmente a la legislación⁴⁰³ y, en su caso, a los jueces que, sin suplantar al legislador, jugarán un papel significativo en el campo de determinación del contenido de los derechos, dependiendo de la argumentación adoptada.⁴⁰⁴

Si, en un contexto de abstracción, el protagonismo del legislador está justificado y, al mismo tiempo, limitado por la Constitución en su integridad, el protagonismo del juez está justificado y limitado por la teoría de la argumentación,⁴⁰⁵ sin olvidar que, en ambos casos, la práctica deliberativa constituye un elemento esencial de justificación.

La abstracción y la formulación de los derechos en forma de principios contribuyen en la esfera legislativa al ámbito de configuración democrática de los mismos mientras que en la esfera judicial, los principios abstractos aportan, como lo reconoce Bobbio, una función integradora, directiva, interpretativa y limitativa.⁴⁰⁶

400 Rodríguez, *Control judicial de la ley*, 26.

401 Más allá de que se pueda considerar que el debate contramayoritario en torno a los derechos no es adaptable a la Constitución ecuatoriana por prever la participación del pueblo en su procedimiento de reforma o del parlamento como su máxima expresión, lo cual diluye la crítica (art. 441, 442, 443 de la CRE). Sin embargo, la definición del procedimiento que debe ser adoptado en cada caso sigue en manos de unos jueces especiales CC. Ver el art. 443 de la CRE de 2008) quienes cumplen un papel de legitimación de su actividad mediante la carga argumentativa que deben incorporar a sus decisiones.

402 Para una referencia a principios en sentido estricto y directrices consultar Atienza y Ruiz Manero, *Para una teoría postpositivista del derecho*.

403 Ruiz Manero, "Las virtudes de la reglas y la necesidad de los principios", 112.

404 Como indica Juan Carlos Gavara, siguiendo a Alexy, "En este sentido, juega un papel significativo el consenso dogmático de determinación de su contenido, ya que el criterio normativo se hace depender de la argumentación jurídica. Una norma de derecho fundamental agregada es válida cuando es posible establecer una argumentación correcta para su agregación con base en los derechos fundamentales". Ver Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Madrid: CEC, 1994), 112.

405 Alfonso García Figueroa, "La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo", en Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, 170. Ha manifestado que, la teoría de la argumentación constituye un elemento indispensable para la legitimación del discurso jurídico y político en las sociedades, pero además, es un elemento esencial para la reconciliación del principio democrático y la tutela de los derechos fundamentales en la institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional.

406 Ver Luis Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas: Problemas de razonamiento jurídico* (Madrid: CEC, 1992), 153-63.

Se podría dudar del legislador, actuar desde el pensamiento jurídico de la sospecha⁴⁰⁷ y pensar en formular todos los derechos en forma de reglas. Sin embargo, ello sería dudar del propio órgano de representación democrática y negar desde el inicio el potencial deliberativo que debe ser asumido por cada institución dentro del Estado.⁴⁰⁸

Por ello, debido a los desacuerdos profundos y a las propias concepciones acerca del contenido y los límites de los derechos que deben ser respetados por cualquier regla de decisión, la abstracción alcanza un valor epistémico superior,⁴⁰⁹ sin que el texto constitucional pierda su semántica.⁴¹⁰ Ello, no solo porque a mayor vaguedad, mayor posibilidad de aceptación general, “sino también porque no sabemos ser más precisos sin correr el riesgo de comprometernos con reglas ante cuya aplicación estricta nosotros mismos retrocederíamos en circunstancias que, sin embargo, no somos capaces de establecer exhaustivamente de antemano”.⁴¹¹

Adicionalmente, el hecho de mantener cláusulas abstractas en los textos fundamentales puede contribuir a diálogos entre diversas experiencias constitucionales de otros países.⁴¹² Dicho de otro modo, si las Constituciones fuesen muy detalladas y no se recurriera a cláusulas abstractas, se perdería la posibilidad de articular diálogos más amplios que incluyan otras categorías al debate y la deliberación.

En ese camino, parece que la experiencia ecuatoriana, a pesar del detalle que evidencia la carta constitucional vigente, lo cual podría evidenciar una aparente paradoja entre abstracción y mínimos por un lado, y detalle y máximos, por otro⁴¹³ ha acertado al incorporar ciertas normas de derechos

407 Expresión utilizada por César Rodríguez para referirse a la forma en la que operan los estudios críticos. Ver Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, 42.

408 Con especial tino, Pedro Cruz Villalón advierte que la legitimidad de ejercicio de la justicia constitucional no puede terminar por convertirse en una deslegitimación o deslegitimidad de la ley; es decir, que la legitimidad de la justicia constitucional no puede suponer infravalorar la ley, entendiéndola como algo permanentemente bajo sospecha. Ver Cruz Villalón, *La curiosidad del jurista persa*, 539.

409 Bayón, “Derechos”, 415.

410 Tal como lo expresa Moreso, “si los lenguajes naturales no tienen, por así decirlo, una semántica estable, no es de extrañar que la Constitución, que es parte de un lenguaje natural, también carezca de ella. Ahora bien, que no tenga una semántica estable no significa que carezca de semántica. Es más puede haber dudas sobre la pertenencia al rango de interpretaciones del texto de una determinada interpretación, sin embargo, que a veces tengamos dudas no significa que siempre las tengamos”. Ver Moreso, *La indeterminación del derecho*, 223.

411 Bayón, “Derechos”, 415.

412 Ver al respecto, el artículo de Peter Haberle, “Derecho constitucional común europeo”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 79 (enero-marzo de 1993), que se refiere a un *ius commune* constitucional a nivel europeo que rescata el diálogo y las conferencias mantenidas por tribunales constitucionales de diversos países.

413 Conviene destacar la deuda pendiente del constitucionalismo ecuatoriano debido al desequilibrio o incompatibilidad tradicional, existente entre la parte orgánica y la parte dogmática del texto

mediante fórmulas abstractas con un catálogo importante de garantías que habilitarían un debate democrático, aunque dicho debate no siempre sea fluido a causa de la escasa incorporación de prácticas deliberativas y más bien restrictivas de tutela y garantía de los derechos que inhiben la participación y aseguramiento de los mismos.⁴¹⁴

Sin embargo, junto al beneficio que reporta la definición de los derechos como cláusulas abstractas, se deben advertir dos circunstancias: 1. Una configuración de este tipo confía una tarea enorme a los órganos encargados de definir el contenido de los derechos, muchos de los cuales incorporan conceptos jurídicos indeterminados;⁴¹⁵ y, 2. El riesgo de que, al clasificar las normas constitucionales por su estructura abierta o cerrada, exista la posibilidad de una fragmentación en la apreciación del contenido constitucional que pierda de vista el sentido de unidad de la norma fundamental.⁴¹⁶

Utilizando los términos de Lucas Verdú, ajustar ciertas piezas del constitucionalismo ecuatoriano con una teoría coherente de la Constitución en su parte dogmática y orgánica parece una tarea ineludible si se quiere –tener– una Constitución y –estar– en una Constitución.

Una defensa contextual de la revisión judicial

A pesar de que es en el ámbito de las “sociedades bien ordenadas”⁴¹⁷ donde puede esperarse, en principio, que la objeción al control judicial

constitucional. Aquí, resulta esencial una referencia a Rubio Llorente quien ha expuesto que “no fue en realidad la necesidad de depurar la Teoría del Estado de elementos metafísicos, sino la imposibilidad de acoger en la realidad germánica del siglo XIX el principio de soberanía popular, lo que obligó a relegar esas dos notas al limbo de lo metajurídico –se refiere al art. 16 de la Declaración de 1789– y a construir una noción de la Constitución en la que esta no tiene más componente necesario que el de la disciplina sobre la producción del Derecho, lo que en términos latos se llama la parte orgánica, quedando en consecuencia la parte dogmática, la declaración de los derechos, como un añadido, un anexo sin el cual no cabe hablar de un Estado como un Estado de derecho, pero sí hablar de Constitución”. Ver Francisco Rubio Llorente, “La Constitución como fuente del derecho”, en Miguel Carbonell, comp., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos* (México DF: Porrúa / UNAM-IJ, 2008), 160-1.

414 Un estudio interesante de la puesta en práctica de la garantía jurisdiccional de la acción de protección y la actitud de los jueces en el orden constitucional ecuatoriano puede encontrarse en Claudia Storini y Marco Navas, *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social* (Quito: CEDEC, 2013).

415 Una tarea que no se advierte claramente en la CCE. Sin embargo, hay que destacar la reciente aprobación del texto constitucional que, en todo caso, no puede ser entendida como una excusa absoluta por el órgano encargado de su configuración en el orden jurisdiccional.

416 Ver Rubio Llorente, “La Constitución”, en Carbonell, comp., *Teoría*, 163.

417 No con la precisión del concepto existente en Rawls en su obra *Liberalismo político* (Barcelona: Crítica, 1996), 65 y s., Diego Rodríguez se refiere a este tipo sociedades como aquellas que cumplen algunos presupuestos, entre ellos: a) una legislatura que funcione de modo razonablemente aceptable de conformidad con los valores democráticos; b) un poder judicial en buena forma; c) una cultura

podría tener mayor relevancia, por el riesgo que se deriva sobre el marco de competencias del legislador democrático,⁴¹⁸ contextos plurales con democracias poco estables y un debilitamiento institucional patente marcado por el desacuerdo, abren un espacio necesario para reflexionar sobre una defensa contextual de justificación de la revisión judicial que trascienda las simples estipulaciones abstractas de su validez. Así, a efectos de superar la crítica contramayoritaria, es posible que la defensa del control judicial *dependa de un contexto*.⁴¹⁹

Renunciando a posiciones extremas, la tesis parecen apuntar a una defensa de la revisión judicial que, favorecida por un diseño estructural de normas abstractas a nivel constitucional, incorpore prácticas deliberativas en los órganos democráticos y de revisión judicial.⁴²⁰

Ahora bien, como se ha señalado, este resultado no deriva de asunciones apriorísticas, pero, entonces, ¿qué contextos justificarían un sistema

política capaz de sostener un consenso relativamente extendido en torno a la idea de los derechos fundamentales; y, d) un trasfondo de desacuerdos profundos que dividen a los ciudadanos en torno a distintas concepciones sobre los derechos. Ver Rodríguez, *Control judicial de la ley*, 31.

418 Agustín Grijalva resalta el hecho de que una discusión de este tipo resulta relevante en sistemas donde los jueces tiene mucho más poder; no así en los contextos latinoamericanos, donde la independencia de los jueces está disminuida por presión de otras funciones del Estado. Ver Agustín Grijalva, "Nuevo constitucionalismo, democracia e independencia judicial", *Cálamo. Revista de Estudios Jurídicos*, No. 3 (julio de 2105): 30. Sin embargo, a pesar de la validez del argumento, cabría hacer hincapié, que, el poder de los jueces (de la CC en concreto, que es el ámbito de este estudio), en el diseño constitucional ecuatoriano tiene un poder amplio que puede y debe ser ejercitado en tutela de los derechos fundamentales, con lo cual, se vuelve necesario un marco de justificación general de la revisión judicial que nos permita pensar en una forma de ejercicio de la función, compatible con un ideal democrático deliberativo.

419 Linares, *La (i)legitimidad*, 83, indica que Robert Dahl ha sido probablemente el primero en esgrimir un argumento contextual, al poner de relieve que la opción entre un sistema de supremacía parlamentaria y uno de supremacía judicial, depende de las condiciones históricas, de la cultura política y de las instituciones políticas específicas de cada país. También Bayón, "Derechos", 419, ha hablado de un constitucionalismo débil. Al respecto ha indicado que, "un balance adecuado entre valores procedimentales y sustantivos recomienda a mi juicio la adopción de la clase de diseño institucional que podemos denominar: constitucionalismo débil. Ese diseño admite un núcleo –formulable en forma de reglas– irreformable; reconoce que puede haber ventajas –de tipo instrumental– en que el resto del contenido del coto vedado (solo formulable en forma de principios) alcance expresión constitucional; y, respecto del control jurisdiccional de constitucionalidad, puede considerarlo deseable –como mecanismo para incrementar la calidad de la deliberación previa a la toma de decisiones– dependiendo de cuál sea su ensamblaje con el resto de los componentes del sistema".

420 Barberis apunta que, según Nino, la democracia deliberativa puede llegar a ser un modo eficaz para afianzar las instituciones democráticas allí donde aún son frágiles, como sucede en América Latina. Con todo, concluye que, si se admite la primacía histórica del constitucionalismo sobre la democracia, se podría intuir que una radicalización de la democracia en sentido deliberativo puede funcionar solo donde las tradiciones constitucionales estén ya bastante consolidadas para permitirla. Ver Mauro Barberis, "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral", en Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, 269.

robusto de revisión judicial? La respuesta podría ser: 1. Sociedades fracturadas, esto es, sociedades atravesadas por conflictos entre grupos étnicos, culturales o religiosos profundos que no comparten un interés en común; 2. Democracias “nuevas” o políticamente inestables; 3. Sociedades muy desiguales socialmente; y, 4. Sociedades marcadas por el pluralismo y la diversidad.⁴²¹

En lo que respecta a sociedades fracturadas, la revisión judicial parece encontrar su justificación por cuanto en crisis profundas, con divisiones étnicas, culturales o religiosas, el procedimiento democrático es incapaz de desplegar todo su potencial epistémico, debido a que los canales de representación muchas veces se encuentran bloqueados o distorsionados para las minorías aisladas.

En efecto, la revisión judicial en estos contextos resulta indicada cuando existen grupos culturales minoritarios que no comparten intereses comunes y no cuentan con una representación política. Casos típicos podrían ser aquellos Estados que emergen a la vida democrática luego de largos procesos dictatoriales o de crisis profundas de legitimidad o de violaciones a los derechos humanos que precisan de procesos de reivindicación de derechos.⁴²²

En tales circunstancias, sin descuidar una visión crítica de los derechos humanos,⁴²³ la revisión judicial podría encontrar su fuente de legitimidad, como un espacio de reivindicación y protección de los mismos.⁴²⁴

En lo que se refiere a un segundo contexto, democracias no consolidadas o políticamente inestables, la revisión judicial parece jugar también un papel importante desde el momento en el que en estas democracias “nuevas”, a diferencia de países con una larga tradición democrática y de defensa institucional, faltan algunas condiciones básicas.⁴²⁵

421 Linares, *La (i)legitimidad*, 84.

422 *Ibid.*, 85.

423 Según Boaventura de Sousa Santos, “la búsqueda de una concepción contrahegemónica de los derechos humanos tiene que empezar por una hermenéutica de la sospecha respecto a los derechos humanos tal como convencionalmente se entienden y defiende, es decir, en relación con las concepciones de los derechos humanos que están más estrechamente vinculadas a su matriz occidental y liberal”. Ver Boaventura de Sousa Santos, *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos* (Madrid: Trotta, 2014), 14.

424 Con la inseguridad de toda materia contingente, Ruiz Miguel sostiene que “[...]el balance entre derechos básicos defendidos y frustrados por la justicia constitucional es considerablemente más favorable a los primeros que a los segundos, incluso en la más espinosa historia del constitucionalismo americano, en donde antes de la primera parte del siglo XX se acumulan las decisiones retrógradas en materia racial y social, que han sido revisadas después en un proceso de creciente protección de la mayoría de los derechos”. Ver Alfonso Ruiz Miguel, “Constitucionalismo y democracia”, 77.

425 Según Linares, en una referencia a la autora Cindy Skach, “en las democracias –nuevas– fallan una serie de condiciones básicas que solemos asumir en las democracias –viejas– o consolidadas:

Evidencias de las democracias inestables son las crisis institucionales producidas en ausencia de una sociedad comprometida con los derechos humanos, un sistema de partidos políticos no institucionalizado, crisis de representación, gobiernos inestables, bloqueo de un sistema en manos de partidos o instituciones tradicionales, incapacidad del gobierno para proce-
suar las demandas sociales, gran volatilidad electoral, etcétera.

De ahí que sea comprensible que en las primeras decisiones de dichos Tribunales o Cortes Constitucionales, se emplee una argumentación más propia de una retórica deliberativa que de la clásica retórica judicial.⁴²⁶

Sin embargo, se ha insistido también en que, una vez superadas etapas de transición democrática y alcanzado un grado de consolidación, habría que al menos replantearse cuál es el papel que debería desempeñar en esas circunstancias la revisión judicial.⁴²⁷

En estas situaciones, la revisión judicial podría basarse en una teoría de corte institucional en donde, para explicarlo de alguna manera, a mayor debilidad de los órganos o instituciones democráticas, mayor intervención de las cortes. Solo así podría la revisión judicial desplegar todo su valor epistémico erigiéndose en un instrumento corrector del sistema.⁴²⁸

En un tercer contexto, en aquellas sociedades marcadas por desigualdades sociales profundas, la vigencia de la revisión judicial encontraría su sustento dado que estos fenómenos sociales de desigualdad y discriminación inhiben en extremo un real vínculo de representación política adecuada y, en consecuencia, el parlamento, como órgano democrático por excelencia, no representa fielmente un espacio de deliberación democrática.

En ese camino, la Corte “como una expresión práctica para la división del trabajo de los órganos estatales”,⁴²⁹ podría servir como un “correctivo para mejorar y fortalecer los canales de información de la agenda política y el vínculo de la representación política”.⁴³⁰

Finalmente, en sociedades marcadas por el pluralismo y la diversidad, la revisión judicial podría alcanzar también su justificación. A pesar de que es en contextos plurales de diversidad social con democracias estables

no existe una sociedad civil comprometida con los derechos, las instituciones políticas no son estables, y el sistema de partidos no está institucionalizado [...] En efecto, después de un período de régimen autoritario, las sociedades civiles suelen ser débiles, fragmentadas, y pobremente organizadas”. Ver Linares, *La (i)legitimidad*, 85.

426 Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, 45.

427 *Ibíd.*, 49 y s.

428 Linares, *La (i)legitimidad*, 86.

429 Klaus Stern, *Jurisdicción constitucional y legislador*, trad. por Alberto Oehling de los Reyes (Madrid: Dykinson, 2009), 37.

430 *Ibíd.*, 87.

donde el parlamento se encuentra mejor posicionado en términos democráticos, reflejando lo más adecuadamente posible los valores de igualdad política, participación y representatividad,⁴³¹ en situaciones diversas, con democracias inestables y una marcada desconfianza hacia el legislador o, a ejecutivos reforzados, la institución de la revisión judicial puede resultar especialmente conveniente.⁴³²

Así, el cuestionamiento de conceptos centrales como los de una nación monocultural, homogénea, carente de diversidad y de un parlamento que la represente realmente, pueden conducir a la necesidad de un órgano de revisión dialógico que integre, en diversidad, el rostro de un Estado plural que no proporciona a sus grupos minoritarios o aislados canales de representación verdaderos.

Un constitucionalismo diverso y plural exige una nueva visión de los procesos, que reinterprete las relaciones interculturales en diversidad y reestructure la institucionalidad proveniente del Estado nacional.⁴³³

Por ello, un mecanismo de revisión judicial dialógica puede tener éxito en contextos de amplia diversidad, inestabilidad política y desconfianza hacia el legislador,⁴³⁴ como puede ser el caso ecuatoriano, siempre que no se reproduzcan en el propio órgano de revisión judicial prácticas de “diálogo unidireccional”.

Tanto, los TC como los parlamentos y las diferentes instituciones “deben convertirse en verdaderos foros interculturales, fundamento y expresión institucional sólidos de una unidad real de un país, y no de su unificación basada en la opresión y la discriminación”.⁴³⁵

Sin embargo, ¿por qué confiar en que, en dichas circunstancias, la revisión judicial pueda representar un espacio vigoroso de diálogo que supere en estas facetas al parlamento democrático?

431 Rodríguez, *Control judicial de la ley*, 33.

432 Mauro Cappelletti ha destacado, refiriéndose a los tribunales, que “los hechos indiscutibles de la historia moderna están ahí para demostrar que los tribunales no pueden escapar al callejón sin salida del dilema siguiente, una vez que se han enfrentado a las dos formas del gigantismo del Estado –legislativa y administrativa–. Deben elegir entre 1. Permanecer en el seno de los límites tradicionales, típicos del siglo XIX, de la función judicial, o 2. Elevarse al nivel de las otras ramas, de hecho, convertirse ellos mismo en el “tercer gigante” para controlar al legislador mastodonte y al administrador leviatán”. Ver Cappelletti, *La justicia constitucional*, 316.

433 Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, 93.

434 Roberto Barroso sostiene que “el déficit democrático del poder judicial, generado por la dificultad contramayoritaria, no es necesariamente mayor que el poder legislativo, cuya composición puede estar afectada por disfunciones diversas, entre las cuales están la utilización de la maquinaria administrativa, el abuso del poder económico y la manipulación de los medios de comunicación”. Ver Luis Roberto Barroso, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho* (México DF: Universidad Autónoma de México, 2008), 65.

435 *Ibid.*, 95.

Muchas veces, ello “depende de la circunstancia excepcional de que los jueces no sean partícipes de los mismos prejuicios que tienen los ciudadanos comunes”,⁴³⁶ es más, depositar de manera ingenua toda la confianza en órganos no electos democráticamente creyendo en una supuesta actividad redentora de defensa de los derechos podría suponer abandonar una actitud de confianza hacia los cambios que se pueden generar desde la sociedad civil.

Del hecho de que se deposite la confianza en órganos jurisdiccionales de revisión judicial frente a la sospecha que genera el legislador, no se colige que deba renunciarse al acompañamiento de la sociedad civil. Es más, el órgano revisor puede ver reforzada su posición institucional si adopta una actitud receptiva de las demandas sociales, ampliando el foro de la deliberación.

No debe escapar que, por el contrario, en algunas experiencias, las CC o las Cortes Supremas han venido a legitimar golpes de Estado o procesos dictatoriales, como el caso del Tribunal Supremo Federal de Brasil que legitimó el golpe de Getulio Vargas, o la Corte Suprema chilena en el caso del Augusto Pinochet.

Lamentablemente, apostar por una revisión judicial, no implica apostar por decisiones siempre destacadas. En consecuencia, “se debe evitar cuidadosamente la tentación de comparar las ventajas de tener o no un sistema de control de constitucionalidad partiendo de la suposición de que el control funcionará de modo –ideal–”.⁴³⁷

Además, en lo que respecta a sociedades con una marcada desigualdad, como lo expresa Linares, “no hay ninguna razón general para pensar que si los canales de agregación de preferencias en la legislatura están bloqueados, vayan a estar abiertos en las instituciones judiciales. De hecho no existe ninguna razón para pensar que si existen amplios sectores en condiciones de vulnerabilidad, esos sectores vayan a acudir a la justicia”.⁴³⁸

Más bien, determinadas condiciones estructurales, como las dificultades del acceso al control, traducidas en una legitimación activa restringida para poder impulsar las causas, CC o Tribunales funcionando de forma lejana a los problemas cotidianos, etc., pueden conducir a una disfunción mayor, perjudicando a los más desprotegidos en circunstancias de desigualdad formal y material.

436 Linares, *La (i)legitimidad*, 90-1.

437 Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, 158.

438 Linares, *La (i)legitimidad*, 93.

Así, no parece sensato construir una teoría de la legitimidad viable para casos anómalos como un mal menor,⁴³⁹ puesto que es muy probable que los problemas que se producen socialmente como cuestiones anómalas estén reflejados en todos los espacios institucionales, privando de justificación a la presencia de la revisión judicial.⁴⁴⁰

Al final, la insistencia de la institución de la revisión judicial que cumpla su función definida⁴⁴¹ en sociedades marcadas por el pluralismo y la diversidad puede constituirse en una herramienta valiosa si atiende a prácticas deliberativas en el marco de un constitucionalismo dialógico, así como si hace efectiva una calidad argumentativa o motivación suficiente de sus fallos, tarea que debe ser asumida con seriedad por las Cortes o Tribunales, consciente de la importancia de encontrar su fuente de legitimidad dentro del propio derecho y del sistema democrático.⁴⁴²

Esto es verdad “incluso aunque la eficacia de la revisión judicial en el mundo desarrollado ha sido demasiado frecuentemente puesta en peligro por una insuficiente independencia judicial”.⁴⁴³

439 Rodríguez, *Control judicial de la ley*, 35, expresa que, incluso si se pudiera presentar una justificación adecuada a favor del empleo del control judicial de la ley en sistemas patológicos como un mal menor, ello no constituiría un argumento favorable a su legitimidad.

440 Lo que se impone, también, es de descolonización a nivel epistemológico con el fin de alcanzar verdaderos estándares de una democracia deliberativa.

441 Ver Grijalva, “Independencia, acceso y eficiencia”, 195-213.

442 Posteriormente, en este mismo estudio se revisarán algunos mecanismos de legitimación externa, así como otros internos, referidos a las funciones de la Corte como fuentes de legitimidad de las actuaciones jurisdiccionales.

443 Cappelletti, “¿Renegar de Monstesquieu?”, 38.

Capítulo 2

EL CARÁCTER DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: EL JUEZ Y EL LEGISLADOR DEMOCRÁTICO

Una teoría de la Constitución adecuada a las exigencias de nuestra época [...] requiere una concepción material de la jurisdicción la cual, a su vez, difícilmente puede construirse sin una doctrina de la interpretación, pues solo esa doctrina permitirá, de una parte, justificar la relativa superioridad que, en el caso límite, tiene la decisión judicial frente a la legislativa, y logrará garantizar, de la otra, que el destronamiento de la ley no se salde con una pérdida de la seguridad jurídica, que es una exigencia básica del Estado de Derecho.

—Francisco Rubio LLorente

La interpretación constitucional, sus normas y los intérpretes de la Constitución

La interpretación y la particularidad de las normas constitucionales

El elemento diferenciador entre una actividad hermenéutica cualquiera y aquella propiamente jurídica viene determinado por la función normativa que desempeña esta última.⁴⁴⁴

⁴⁴⁴ Canosa Usera, *Interpretación constitucional*, 5; García Belaunde, “La interpretación constitucional como problema”, 593-94, se refiere a que los términos *interpretación* o *hermenéutica*, más allá de alguna diferencia teórica, pueden ser asumidos como sinónimos, siempre que se usen con el mismo significado en todos los casos. Destacaría una breve diferencia hecha por Carlos Maximiliano en un libro publicado en 1924, y seguida luego por Linares Quintana, según la cual la *hermenéutica* es la teoría científica del arte de interpretar, en tanto que la *interpretación* no es más que la aplicación al caso concreto de los principios fijados por aquella. Así, según esta diferenciación, existirían dos niveles: la teoría general (Hermenéutica) y, su aplicación concreta (Interpretación). Por otra parte, una referencia sobre el origen del término *hermenéutica*, así como la historia del concepto, puede verse en Marcelino Rodríguez Molinero, el cual expresa que, a pesar de la significación y raíz etimológica, que equivale a *hablar o decir* con las diferenciaciones que lo han acompañado, inclusive una referencia al dios Hermes, cuyo oficio era servir de mensajero de los dioses, una significación básica del mismo sería “llevar a la comprensión” o “hacer posible el acceso a la intelección”. Ver Marcelino Rodríguez Molinero, “Hermenéutica y derecho: Orientaciones preliminares para un adecuado enfoque del tema”, en José Corts Grau, edit., *Filosofía y derecho: Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, t. 2 (Valencia: Secretariado de publicaciones, 1997), 349. También Arthur Kauffman,

En este sentido, se debe principalmente a los esfuerzos de Gadamer y de Betti⁴⁴⁵ el empeño en hacer de la hermenéutica general una doctrina científica e interdisciplinaria de la interpretación jurídica.⁴⁴⁶

En cierto modo, estas aportaciones, –como lo dice Molinero–, pretenden sugerir que se trata de una auténtica *res nova* en la filosofía del derecho y en la teoría del derecho, sin embargo, “esta novedad se reduce a la forma⁴⁴⁷ en la que se presenta dicho tema y no afecta al fondo del asunto, ya que el tratamiento hermenéutico del derecho, ya fuera en conexión con la teoría de la interpretación jurídica o bien, en relación con la doctrina del método, es bastante antiguo”.⁴⁴⁸

Hermenéutica y derecho (Granada: Comares, 2007), 92, indica que por hermenéutica se entiende el significado que le diera Friedrich Schleiermacher como el “arte de comprender”. No obstante –según el autor–, considerada en su esencia, la hermenéutica no es un método, sino filosofía trascendental, en el sentido de que hace posible cualquier comprensión de sentido y, como tal, no describe método alguno, sino que solo dice bajo qué presupuestos puede ser algo comprendido conforme a su sentido.

445 Obras importantes en el ámbito germano como las de Kauffman, Hassemmer, Esser y, fundamentalmente, el trabajo de Gadamer, con *Verdad y método*, así como propuestas anteriores como las de Betti o Forsthoff, evidencian la actualidad del debate y la importancia de la hermenéutica.

446 Conviene mencionar aquí una relación interesante entre hermenéutica y doctrina de la interpretación que es destacada por Rodríguez Molinero. Así, si antes la hermenéutica dependía de la teoría de la interpretación, esta depende ahora de aquella o, por lo menos, tiene que reconocerle un rango preeminente a la hora de indagar cuál es el sentido de los objetos o cosas interpretables. Ver Rodríguez Molinero, “Hermenéutica y derecho”, 360.

447 Debido a que como lo expone Atienza, la filosofía hermenéutica actual es antipositivista y anticientificista, en el sentido de que no acepta como único criterio de verdad el de la ciencia positiva. Se trataría por tanto, de un conocimiento valorativo, aunque no por ello arbitrario, esto es, desprovisto de criterios de objetividad, inscrito en un contexto no lineal o atomista, sino en el que se producen una serie de interacciones entre la precomprensión y el texto, entre la norma y el hecho, entre la parte y el todo, etc. Ver Manuel Atienza, “Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho”, en *Cuestiones Judiciales* (México DF: Fontamara, 2001), 105.

448 Rodríguez Molinero, “Hermenéutica y derecho”, 348. En este ensayo se indica que es en el último tercio del siglo XVIII, con Friedrich Schleiermacher donde se sitúan los orígenes de la hermenéutica moderna separando la hermenéutica sacra o bíblica y la hermenéutica profana o filosófica, conceptuándola, como se citó anteriormente, como el arte de entender o comprender. De ahí que dicho autor se haya merecido el apelativo de padre de la hermenéutica moderna. Ahora bien, las aportaciones de Schleiermacher habrían quedado en la penumbra de no haber sido actualizadas y reelaboradas por Wilhelm Dilthey, quien asignó a la hermenéutica la misión de fundamentar metodológicamente las ciencias del espíritu, cuyo carácter científico era para él indiscutible. Posteriormente, M. Heidegger, aprovechando las conquistas del método fenomenológico de Husserl llegó a configurar la hermenéutica como una fenomenología de la existencia humana, quedando convertida la hermenéutica en la interpretación del sentido óntico de la propia existencia y de la comprensión del ser. Finalmente ha sido Gadamer quien recogería todos estos planteamientos anteriores, con vistas a fijar las líneas directivas de una auténtica hermenéutica filosófica. *Ibid.*, 353-4. También puede consultarse Pedro Serna, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos: De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas* (México DF: Porrúa, 2006).

En relación con el derecho, los primeros logros alcanzados por la teoría de la interpretación y la hermenéutica jurídica se originaron en el marco del derecho privado, concretamente del derecho civil, pero, lógicamente, estos esfuerzos calaron en el terreno de la interpretación constitucional, inexistente en aquellos momentos.

Esto se debe, en primer lugar, a que el derecho civil resulta ser la rama más antigua del derecho, al punto de que la interpretación que se había originado en dicha área, era la misma para todos los ámbitos de la ciencia jurídica. Pero, también, porque a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX a pesar de que constituye el escenario histórico de aparición de las primeras Constituciones escritas, no fue el siglo del constitucionalismo precisamente, sino el de su negación, lo que explica, la escasa atención que se brindaría a la teoría de la interpretación constitucional en particular.⁴⁴⁹

El dogma positivista ortodoxo, que identificó y redujo toda la concepción del derecho a la ley hizo posible el ideal formalista de la interpretación y sus métodos.

De ahí, la marcada influencia de la teoría iusprivatista en la interpretación jurídica, que junto con la escuela histórica del derecho y la teoría de los derechos públicos subjetivos alemana, y ante la falta de relevancia de otros ámbitos jurídicos, alcanzaría un grado de madurez científica tal que reduciría la teoría de la interpretación al ámbito privado exclusivamente.⁴⁵⁰

Por tanto, el tema de la interpretación jurídica se resolvería, con anterioridad al establecimiento de las Constituciones de la primera posguerra, en el problema de la interpretación de la ley.⁴⁵¹

La ley como fuente jurídica por excelencia, y el literalismo como solución predominante al problema de la posible usurpación de competencias propias del legislador, se erigieron en las principales herramientas del positivismo clásico en materia de hermenéutica jurídica.

Pérez Luño destaca que no deja de suscitar cierta perplejidad comprobar la escasa atención que ha merecido en el marco de la teoría jurídica la

449 García Belaúnde, "La interpretación constitucional como problema", 594.

450 Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 10a. ed. (Madrid: Tecnos, 1984), 257.

451 Basta recordar la preocupación de Savigny en relación con la teoría de la interpretación, que condensaría en sus cuatro elementos o reglas básicas: el elemento gramatical, el elemento lógico, el elemento histórico y el elemento sistemático. Ver Carl Von Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, trad. por Jacinto Mejía y Manuel Poley (Granada: Comares, 2005), 96. Cabe anotar, por otra parte, como sostiene Diego López Medina, que el Código de Napoleón de 1804 no incluía en su texto normas expresas sobre interpretación de la ley. Esta falta de normativa –dice el autor– fue la que permitió a los civilistas franceses desarrollar una forma de interpretación excesivamente literalista, también conocida como "escuela de la exégesis". Ver Diego López Medina, "Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación*, 783.

interpretación constitucional en relación con otras áreas del ordenamiento jurídico, especialmente las pertenecientes al ámbito del derecho privado.⁴⁵²

Este hecho, se debe a que en el siglo XIX se hizo énfasis en el significado político de la materia constitucional, en desmedro de su carácter jurídico, y a quienes, por asimilar la interpretación del conjunto del derecho a la propia del derecho privado, terminaron por disolver la peculiaridad del derecho constitucional en instrumentos de carácter iusprivatistas.⁴⁵³

En realidad, la ausencia de la interpretación constitucional resulta ser una consecuencia insoslayable de la supremacía del principio de soberanía parlamentaria presente durante todo el siglo XIX. Si el soberano era el parlamento, la única interpretación posible de la Constitución era una interpretación política y no jurídica,⁴⁵⁴ con la consecuencia de la falta de eficacia normativa del texto constitucional.

Solo con el establecimiento de la idea de superioridad de la norma constitucional, de su fuerza normativa y del renovado papel que cumple la misma como parámetro axiológico de justificación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico, el tema de la interpretación constitucional y de sus intérpretes se convierte en una discusión central para el Estado democrático.⁴⁵⁵

Como es claro, “si la Constitución siguiera siendo un documento político en manos del legislador y carente de garantías jurisdiccionales difícilmente podría hablarse de problemas hermenéuticos, pues solo en un sentido muy lato cabe decir que el desarrollo legislativo constituya un acto de interpretación constitucional”,⁴⁵⁶

La Constitución en el sentido moderno tiene, ciertamente un alcance de significado “político”, pero, fundamentalmente, una significación jurídica, que es característica de los Estados actuales, en los que puede hablarse sin temor de la vigencia de un derecho constitucional con todas sus cualidades.⁴⁵⁷

452 Pérez Luño, *Derechos humanos*, 256.

453 *Ibíd.*, 256-58.

454 Javier Pérez Royo, “La interpretación de la Constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación*, 884.

455 Asumida la idea de la *fuerza normativa del texto constitucional*, los parámetros de compatibilidad de la legislación infraconstitucional con la norma constitucional (solo por mencionar una arista en la que el tema de la interpretación hace su aparición) se extienden a una regla o norma propiamente dicha, a un principio o incluso a un valor, aun cuando en este último caso el tema de la fuerza normativa sea más controvertido. Ver Rodolfo Luis Vigo, *Interpretación constitucional* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993), 61-76.

456 Luis Prieto Sanchís, “Notas sobre la interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación*, 920.

457 Adolfo Posada, *El régimen constitucional* (Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1930), 106.

A partir de la idea de la fuerza normativa de la Constitución⁴⁵⁸ se puede contribuir a abordar toda la problemática de la interpretación constitucional en cuanto actividad jurídica con sus rasgos particulares.

La interpretación constitucional constituye, entonces, una modalidad de la interpretación jurídica que comparte técnicas y herramientas de la doctrina general de la interpretación jurídica. Sin embargo, presenta algunas particularidades propias de la naturaleza de su objeto, así como de la singular intervención de sus intérpretes.⁴⁵⁹

Con lo cual, como lo apunta Javier Pérez Royo, la diferencia entre la interpretación de la ley y la interpretación de la Constitución solo puede hacerse de forma clara a base de tres criterios: de tipo objetivo, subjetivo y teleológico. En consecuencia, la operación de la interpretación de la Constitución es diferente porque así lo exigen las normas que han de ser interpretadas, porque son diferentes los intérpretes y porque la finalidad que se persigue con una y otra son distintas.⁴⁶⁰

Es decir, puede suceder –y de hecho sucede– que la Constitución como norma jurídica suprema, a diferencia de otras normas, esté sujeta a la interpretación de diversos actores; que para la interpretación de la Constitución sean necesarias otras técnicas interpretativas diversas de la interpretación legal; y, que, los textos constitucionales conlleven problemas interpretativos diversos de los que plantea la legalidad ordinaria.

También Riccardo Guastini ha identificado algunas peculiaridades de la interpretación constitucional, que se relacionan principalmente con los

458 Resulta trascendental recalcar, como lo hiciera Eduardo García de Enterría, que cuando la Constitución surge a finales del siglo XVIII, no se la entiende como la norma que define en un único o codificado instrumento la estructura política superior de un Estado con fuerza normativa. Así, el concepto de Constitución va a sufrir algunos embates históricos, tanto desde la derecha como desde la izquierda. Por la derecha, a consecuencia de las monarquías restauradas, que intentaron reestablecer el concepto medieval de pacto entre la Corona y el pueblo fundado sobre el principio monárquico. El ataque por la izquierda al concepto originario de Constitución procede de la izquierda hegeliana y, finalmente, del marxismo en que esta desemboca, intentando hacer una reducción de la norma constitucional a una estructura real de poder. Estos dos embates son decisivos, al punto que en Europa continental va a perderse el sentido genuino de Constitución como documento con fuerza normativa durante casi todo el siglo XIX y, prácticamente, hasta la segunda posguerra, para pasar a teorizarse, simplemente, como una mera exigencia lógica de la unidad del ordenamiento jurídico. Ver García de Enterría, *La Constitución como norma*, 47 y s.; también Blanco Valdés, *El valor*; Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, 61-84.

459 Wroblewsky, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, 102 y s., distingue la peculiaridad de la interpretación constitucional atendiendo a ciertas circunstancias: 1. Variedad de las reglas constitucionales; 2. Características de los términos utilizados en la formulación de esas reglas; 3. Aplicabilidad de las reglas constitucionales; y, 4. Carácter político de la interpretación constitucional.

460 Pérez Royo, "La interpretación", 886.

agentes de la interpretación, las técnicas interpretativas y los problemas o particularidades que se presentan en la interpretación.⁴⁶¹

Ahora bien, de forma preliminar conviene precisar que no existe un uso unívoco o preciso del término *interpretación*. Con mucha ambigüedad y en una variedad de contextos lingüísticos, a veces muy heterogéneos, se habla de interpretación para significar una actividad de descubrimiento, de dilucidación, de esclarecimiento y hasta de creación del derecho.⁴⁶²

En sentido estricto se puede decir que *interpretar* es atribuir un significado a una disposición normativa o texto.⁴⁶³ Lo cual es cierto, siempre que se matice: el objeto de la interpretación, aquello que se interpreta, es siempre un texto, un enunciado o conjunto de enunciados lingüísticos”.⁴⁶⁴

Propiamente, la *norma* no es el presupuesto mismo de la interpretación, sino su resultado; es decir, la norma resulta ser el producto de la actividad interpretativa de determinado texto,⁴⁶⁵ existiendo, por lo tanto, una relación interpretativa entre disposición normativa y norma.⁴⁶⁶

Bajo esta consideración, una *norma* no tiene un significado, sino que es significado, y un significado que no guarda una relación o correspon-

461 Riccardo Guastini, “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, en Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación*, 654.

462 Riccardo Guastini, “La interpretación de la Constitución”, en Santiago Ortega Gómero, edit., *Interpretación y razonamiento jurídico*, vol. II (Lima: Ara, 2010), 24. Ver también, Riccardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (Madrid: Trotta, 2008), 35-6. Sobre una definición del concepto “creación judicial”, este será abordado más adelante.

463 Cabe destacar, como lo hace Guastini, una diferencia entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto. La interpretación en abstracto consiste en identificar el contenido de significado expresado por y/o lógicamente implicado en un texto normativo sin referencia a un supuesto de hecho concreto. La interpretación en concreto consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada en abstracto. Ver Guastini, *Teoría e ideología*, 30.

464 Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho* (Madrid: Trotta, 2005), 226.

465 *Ibid.* Así, podría decirse también que los *enunciados normativos* son la expresión lingüística de las normas, y las *normas* son el significado de estas. En el mismo sentido, se puede consultar Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. por Mariana Gascón y Miguel Carbonell (México DF: Porrúa, 2000), 11.

466 También la CCE ha realizado esa distinción. Al respecto véase la sentencia 009-13-SIN-CC, de 14 de agosto de 2013 en la que claramente se indica que: “la interpretación de la prescripción normativa, da como resultado una norma; lo cual implica extraer el contenido normativo del enunciado legal [...] De lo dicho, esta Corte observa como indispensable diferenciar el concepto de enunciado normativo de la norma. Siendo, a breves rasgos, el primero objeto de interpretación, mientras que la segunda es el resultado práctico de dicho proceso. Así pues el enunciado normativo, o lo que es igual la prescripción normativa, implica un enunciado lingüístico que contiene un mandato, prohibición o permisión de carácter generalmente prescriptivo; mientras que en el segundo caso, al hablar de norma, esta implica [...] los contenidos normativos, o proposiciones jurídicas o reglas de derecho que se desprenden, por la vía de interpretación, de esos textos. Por lo que, las normas son el resultado de la interpretación de los textos normativos o enunciados”.

dencia perfecta y unívoca, que no es previa, sino posterior a la actividad interpretativa desplegada.⁴⁶⁷

De esta manera, la interpretación se muestra “a mitad de camino entre la creación y la aplicación de las normas”.⁴⁶⁸ Una interpretación en la que el intérprete participa de la función creadora del legislador constituyente u ordinario y, a la vez, condiciona la aplicación de la norma al caso.

Cuando Konrad Hesse expresa que “allí donde no se suscitan dudas no se interpreta, y con frecuencia no hace falta interpretación alguna”, y a pesar de que el autor trate de justificar tal afirmación recurriendo a un contexto de actualización como marco de lo que llama *comprensión* general y, con ello, de interpretación en sentido amplio,⁴⁶⁹ lo que estaría proponiendo es la existencia de un único y auténtico significado de las normas constitucionales, quedando reducida su aplicación a una mera actividad de subsunción mecánica.⁴⁷⁰ No obstante, tal afirmación solo parece posible allí donde el intérprete cuente con un tipo de normas muy concretas y específicas.⁴⁷¹

La razón es que los textos jurídicos redactados en un lenguaje especializado cuyos términos dejan un margen de libre apreciación, hacen posibles numerosas variantes de significado, de ahí que parece un error considerar de forma absoluta que los textos jurídicos solo necesitan de interpretación ahí donde aparecen como “oscuros” o “poco claros”.⁴⁷²

El brocardo *in claris non fit interpretatio*, fuertemente arraigado en una concepción del derecho de orden legalista, no significaba exactamente que ante una disposición precisa resultaba innecesaria cualquier actividad interpretativa, sino una especial preferencia por la actividad legislativa y por la ley, como su manifestación suprema. Es decir, una deferencia más a favor de la jerárquica normativa de la ley firmemente diseñada por el positivismo clásico.

En la medida en la que el citado axioma induce a sostener que las respuestas en determinado ordenamiento jurídico se indagan, y no se cons-

467 Pérez Luño, *Derechos humanos*, 260.

468 Luis Martínez Roldán y Jesús Aquilino Fernández Suárez, *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica* (Barcelona: Ariel, 1994), 280.

469 Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, 35-6.

470 Pérez Luño, *Derechos humanos*, 263.

471 Tratando de encontrar una justificación a la cuestión, y aunque de forma incompatible con el modelo que inspira a la CRE, la incorporación a los métodos de interpretación constitucional previstos en el art. 427 de la expresión “*en caso de duda*” parece sugerir que en el texto constitucional vigente existen varios derechos con un grado de concreción importante que no generan mayor controversia interpretativa. Sin embargo, como se sostiene en el análisis, que un texto sea más claro u oscuro es una conclusión a la que se llega luego de la interpretación.

472 Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho* (Barcelona: Ariel, 1994), 193.

truyen, hay una relación estrecha entre el concepto de claridad normativa y la posibilidad de una única respuesta correcta.⁴⁷³

Consecuentemente, “si el significado de la norma no ofrecía dudas, la búsqueda cesaba con la mera lectura del texto. En realidad *in claris non fit interpretatio* suponía postular una interpretación declarativa frente a cualquier tentación de corrección extensiva o restrictiva”⁴⁷⁴ en la que, además, habría que dar cabida desde el principio al elemento teleológico, ya que solo así se podrá definir con alguna precisión la claridad o no de la disposición.⁴⁷⁵

Por lo demás, salvo reglas muy concretas, e incluso así, puesto que claridad u oscuridad no son cualidades intrínsecas de un texto, sino que son ellas mismas fruto de la interpretación como actividad,⁴⁷⁶ que presentan un grado importante de autonomía semántica, como por ejemplo, cuando la Constitución ecuatoriana vigente establece que en el caso de delitos flagrantes, no podrá mantenerse a una persona detenida *sin fórmula de juicio*⁴⁷⁷ por más de veinticuatro horas; o indica que nadie podrá ser llamado a declarar en un juicio penal en contra de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; o aquella que contempla los requisitos para desempeñar ciertas funciones públicas,⁴⁷⁸ que un texto normativo sea claro u oscuro es una conclusión a la que solo se llega después, y no antes, de interpretar un texto normativo. Cuestión diferente es que la interpretación sea a veces una actividad más sencilla o compleja, lo que no supone que deje de ser interpretación.⁴⁷⁹

La idea de que la interpretación resulta siempre necesaria debido a que la norma se presenta más como *resultado* que como *presupuesto*, lo que Pérez Luño ha diferenciado como la norma-dato y la norma-resultado o producto,⁴⁸⁰ significa que la norma no adquiere verdadera existencia hasta que se completa con una actividad de interpretación o, más concretamente, hasta que alcanza un grado de aplicación al caso específico, pero

473 María Luisa Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico* (Madrid: Tecnos, 1997), 104.

474 Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho*, 228.

475 Luis Diez Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, vol. 1, 11a. ed. (Madrid: Tecnos, 2005), 174. Indican que, la “claridad” de un texto no elimina en modo alguno la búsqueda del sentido de la ley.

476 Guastini, *Estudios sobre la interpretación*, 7.

477 Ver el art. 77, num. 1 de la CRE. Aun aquí habrá de interpretarse qué significa la frase “*sin fórmula de juicio*”, que contiene el artículo [...] Por ello, el propio Guastini ha insistido en que no “es posible establecer con nitidez el significado literal de las palabras[...]. El significado literal, en efecto, es una variable que depende de la competencia y de la intuición lingüística de cada uno; y, en este sentido, es algo bastante subjetivo”. *Ibíd.*, 26.

478 Ver a modo de ejemplo, el art. 77, num. 8 y el art. 142 de la CRE, entre otras disposiciones.

479 Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho*, 229.

480 Pérez Luño, *Derechos humanos*, 255.

también significa que la norma constituye un presupuesto más de toda la tarea de comprensión, tesis que sería asumida por los cultivadores de la hermenéutica.⁴⁸¹

Se trataría entonces, de un proceso dialéctico que repercute sobre el texto y el intérprete denominado “círculo hermenéutico”⁴⁸² debido, precisamente, a que no se produce de una forma lineal, sino dialéctica. Es decir, tiene como fin una comprensión adecuada y depurada del texto evitando ejecuciones anticipadas del mismo que necesitan de corrección y comprobación por parte del intérprete.

Y esto porque, finalmente, la tarea interpretativa hace referencia a todo un proceso de concretización más o menos complejo que presupone una *comprensión* del texto a partir de un momento anterior, como es la *precomprensión*.⁴⁸³

Así, desde la precomprensión,⁴⁸⁴ como momento inicial y previo al proceso de comprensión jurídica, hasta el instante de la determinación de la norma crucial a la decisión, se extiende un tramado de nuevas anticipaciones de resultado que deben confirmarse con el fin de controlar la racionalidad de los juicios previos que sirven para orientar la decisión final.⁴⁸⁵

En todo caso, “la interpretación no es un acto complementario a la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia, la interpretación es la forma explícita de la comprensión”.⁴⁸⁶ Es decir, una relación de dependencia recíproca de dos actividades.

481 Luis Prieto Sanchis, *Interpretación jurídica y creación judicial* (Lima: Palestra, 2007), 170.

482 Debido a que el significado de las palabras en cada caso solo puede inferirse de la conexión de sentido del texto, y, este, a su vez, del significado de las palabras, el intérprete que quiere comprender un texto debe obtener una concordancia continua que lo lleve a la aplicación coherente y racional. Karl Larenz habla de que la imagen del “círculo” no es precisamente afortunada, en cuanto el movimiento circular de comprender no retorna sencillamente a su punto de partida –entonces se trataría de una tautología–, sino que eleva a un nuevo grado la comprensión del texto. Ver Larenz, *Metodología*, 195. Por su parte, Kauffman señala que la expresión más acertada es “espiral hermenéutica”, ya que, si se tratase de un círculo, se volvería siempre a un punto de partida y con ello a un círculo vicioso en la hermenéutica. La espiral, por el contrario, nos hace también regresar, pero no aterriza sobre el punto de partida, sino que conduce a un plano superior, no aboca a un callejón sin salida. Esta expresión se la debemos propiamente a Winfried Hassemer. Ver Kauffman, *Hermenéutica y derecho*, 95; nota al pie No. 10; y las 141-145.

483 Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, 62. Vale destacar que el concepto originalmente es elaborado por Heidegger y luego desarrollado por Gadamer y Hassemer en el derecho penal; sin embargo, fue Esser quien lo puso de relieve.

484 Precomprensión que se refiere a todos los conocimientos y experiencias previas del intérprete con las que aquel penetra en el texto de la disposición y que, muchas veces, condiciona su resultado interpretativo. Ver Larenz, *Metodología*, 196 y s.

485 George Gadamer, *Verdad y método* (Salamanca: Edic. Sígueme, 1977), 333.

486 *Ibid.*, 382.

Comprender el texto como se verá más adelante, no es un acto puramente receptivo, sino un proceder práctico y conformador, con lo que el dualismo metódico *del ser y deber ser* interpretativo, entendidas como categorías separables, es insostenible actualmente.

De la calificación del caso y de la concretización de la norma que son puestos en correspondencia surge el derecho concreto.⁴⁸⁷ El acto decisivo consiste en poner de manifiesto tales premisas en su mutua correspondencia de cara a dar un contenido material al derecho y encontrar la solución práctica del caso.⁴⁸⁸

Ahora bien, si todo proceso interpretativo constituye una actividad necesaria de atribución de significado a un texto, ¿es lo mismo atribuir un significado a normas concretas o específicas que a normas generales y abstractas, o normas de textura abierta –*open texture*– en palabras de Herbert Hart, como son, generalmente, las normas constitucionales?⁴⁸⁹

Aun cuando no es objeto de esta exposición debatir en profundidad la problemática acerca de la distinción entre reglas o principios que, por cierto, no obedece a su naturaleza, ya que en ambos casos es jurídica,⁴⁹⁰ resulta necesaria una breve referencia al tema con el fin de dar una respuesta a las cuestiones propuestas⁴⁹¹ y fundamentar el carácter objetivo o no del parámetro de control constitucional.

La diferenciación no se centrará en lo que podría constituir una clasificación interna de los principios como *principios en sentido estricto*, *principios directrices* o *normas programáticas*, no obstante, será necesaria una mención a estas categorías cuando haya que referirse a su fuerza normativa.⁴⁹² En tal sentido, solo se evidenciará lo que pueden aparecer como extremos opuestos, esto es, las normas tipo *principio* y las normas tipo *regla*.⁴⁹³

A pesar de las múltiples clasificaciones que se puedan considerar,⁴⁹⁴ Atienza y Ruiz Manero han establecido algunas diferencias básicas en

487 Kauffman, *Hermenéutica y derecho*, 70.

488 *Ibid.*

489 Herbert Hart, *El concepto de derecho*, 2a. ed., trad. por Genaro Carrió (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004).

490 Paloma Biglino Campos, *Los vicios en el procedimiento legislativo* (Madrid: CEPC, 1991), 66.

491 La literatura sobre el modo de entender las diferencias entre reglas, principios y valores da cuenta por sí misma del carácter problemático de la cuestión y a su vez de la importancia de tal distinción.

492 Al respecto puede verse la obra de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho: Teoría de los enunciados jurídicos* (Barcelona: Ariel, 1996).

493 Recordemos, tal como sostiene Robert Alexy, que tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que *debe ser*. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisón y la prohibición. Ver Alexy, *Teoría de los derechos*, 83.

494 Humberto Ávila, *Teoría de los principios* (Barcelona: Marcial Pons, 2011), 36 y s., establece unos criterios de distinción entre normas principio y normas reglas, que son: el criterio

tre dichos conceptos, que son articuladas o agrupadas en tres categorías: 1. Diferencias estructurales; 2. Diferencias como razones para la acción; y, 3. Diferencias que se vinculan con relaciones de poder.⁴⁹⁵

Para lo que interesa, solo se hará mención a las dos primeras esferas de la clasificación anterior, es decir, las diferencias estructurales y las diferencias como razones para la acción, no porque no resulte relevante una clasificación de las normas desde la óptica de las relaciones de poder, sino simplemente, por una opción metodológica que a grandes rasgos permita evidenciar algunas particularidades existentes en lo que podrían considerarse los dos extremos normativos básicos que pueden hallarse en el texto constitucional: normas *reglas* y normas *principio*.

Diferencias estructurales

Desde esta óptica, el problema que se plantea es si los principios, al igual que las reglas, pueden ser formulados recurriendo a un esquema condicional concreto, esto es, de caso/solución o hipótesis/consecuencia, lo cual no implica ni aceptar, ni negar, que, como normas, constituyan entidades lingüísticas en sí mismas.

La diferencia central estriba en que los *principios* como mandatos generales configuran la regulación de un caso de forma abierta, mientras que las *reglas* lo hacen de una forma que podría considerarse cerrada. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas, dejando a salvo las denominadas *zonas de penumbra*⁴⁹⁶ que pueden presentarse en uno y otro caso.⁴⁹⁷

Robert Alexy ha indicado que el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Son, pues, mandatos de optimización. Por el contrario, las *reglas* son

del carácter hipotético-condicional, el criterio del modo final de aplicación, el criterio de la relación normativa y los criterios del fundamento axiológico. En relación con la distinción entre normas como principios o normas como reglas se puede consultar Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*; principalmente, el capítulo tercero; Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico* (Madrid: CEPC, 1998), principalmente el capítulo segundo; Prieto Sanchis, *Sobre principios y normas*; Atienza y Manero, "Sobre principios y reglas"; Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*; Manuel Atienza, *El sentido del derecho* (Barcelona: Ariel, 1996), entre otras.

495 Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, 7 y s.

496 Sobre la zona de penumbra descrita por Hart como halos de discrecionalidad judicial puede consultarse la obra, *La decisión judicial. El Debate Hart-Dworkin*, con estudio preliminar de César Rodríguez en 1997.

497 Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, 9-10. Cabe destacar, como lo hacen estos autores, que aunque las reglas puedan en algunos casos presentar indeterminación semántica, ello no afecta, sin embargo, a su carácter, a menos que dicha indeterminación alcance un grado extremo que imposibilite que se hable ya de determinación de condiciones de aplicación.

normas que exigen un cumplimiento pleno.⁴⁹⁸ Así, si las reglas funcionan en una lógica de aplicación del “todo o nada”, en tanto que los principios solo indican una razón en favor de una posición.⁴⁹⁹

Las normas tipo regla establecen su contenido y condiciones de aplicación de manera razonablemente determinada y tendencialmente cerrada. Plantean una razonable certidumbre que hace posible un grado de predecibilidad de las soluciones de acuerdo al esquema de hipótesis y consecuencia⁵⁰⁰ *si, entonces*. Por el contrario, los principios son amplios, ambiguos, generales o inespecíficos y se prestan mayormente a la deliberación.

A pesar de ello, ha de advertirse que la dicotomía *normas abiertas-principio* o *normas cerradas-reglas*, peca, por su excesiva finitud lógica, en un criterio irracional, ya que ni es posible establecer de antemano todo un catálogo exhaustivo de reglas con sus excepciones respectivas que permitan definir las como tales, ni es posible tampoco establecer a priori un catálogo de principios con un grado de abstracción específico que permita clasificarlos a todos dentro de tal categoría.⁵⁰¹

Para Ronald Dworkin, la contraposición de las reglas a los principios se desarrolla a partir de dos características fundamentales que determinan una distinción lógica, como son: la aplicabilidad disyuntiva de las reglas y, la dimensión del peso de los principios.⁵⁰² También Robert Alexy ha subrayado con especial capacidad argumentativa la diferencia cualitativa que supone que las reglas sean aplicadas mediante un proceso de subsunción

498 Al respecto Ver Robert Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 5 (1988): 139-54. Igualmente Alexy, *Teoría de los derechos*, 86-7.

499 *Ibid.*, 66-7.

500 Francisco Laporta, “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”, en Laporta, Ruiz Manero y Rodilla, *Certeza y predecibilidad*, 61-2.

501 Riccardo Guastini habla, incluso, que la tarea de identificar a los principios como tal, lleva implícita una actividad discrecional por el hecho de que una misma disposición normativa puede a menudo, aunque no siempre, ser interpretada como principio o como regla. Esto es ilustrado por el autor con un ejemplo tomado del art. 3 de la Constitución italiana que establece: “Todos los ciudadanos [...] son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales”. Esto puede admitir dos interpretaciones: a) En la primera interpretación, expresa una regla específica, grosso modo la siguiente: Si una ley distingue entre ciudadanos según el sexo, la raza, etc. (supuesto de hecho), entonces es constitucionalmente ilegítima (consecuencia jurídica). Una regla semejante no admite excepciones: está excluido que una ley que discrimine según el sexo, la raza, etc., pueda ser conforme a la Constitución, y b) en la segunda interpretación, la misma disposición expresa un genérico principio de igualdad. Un principio que admite excepciones, y que, en efecto no está excluido que una ley pueda ser constitucionalmente legítima aunque “discrimine” entre ciudadanos, por ejemplo, según el sexo, si el legislador debe tratar de forma diversa situaciones objetivamente diferentes. Ver Riccardo Guastini, “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, *Jueces para la Democracia*, No. 34 (1999): 40.

502 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, 74-5.

lógico, mientras que en los principios para la solución de sus casos, haya de recurrirse al método de la ponderación.⁵⁰³

Diferencias como razones para la acción

Como razones para la acción,⁵⁰⁴ las reglas pueden ser vistas como razones perentorias. Es decir, constituyen una razón de primer orden para realizar la acción exigida y, de segundo orden, para excluir o suprimir cualquier deliberación por parte de sus destinatarios sobre los argumentos en pro o en contra de realizar tal o cual conducta.⁵⁰⁵

Dicho de otra manera, las reglas están destinadas a que, cuando se verifiquen los supuestos exigidos en el texto, es decir, sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan como base de su resolución su propio juicio acerca del balance de las razones en juego. Tener una regla habría de suponer, entonces, tener una razón excluyente y haber decidido por adelantado que hacer.⁵⁰⁶

Para el caso de los principios, las razones que incorporan son independientes del contenido y no perentorias; consecuentemente, no están destinadas a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido que constituye la base de la resolución misma.⁵⁰⁷

Las reglas constituyen razones excluyentes, de manera que, si se presentan las condiciones, estas se aplican o no sin necesidad de entrar en otras consideraciones posibles, mientras que los principios, suministran razones no excluyentes que deben ser sopesadas con otras.⁵⁰⁸

Si existiese una incompatibilidad normativa a nivel de las reglas, dicho problema se solucionaría declarando inválida una de las dos mediante los denominados métodos clásicos de solución de antinomias, es decir, com-

503 Se ha dicho que las tesis de Alexy constituyen una reelaboración teórica más profunda y consistente del inicial planteamiento de Dworkin para poder distinguir las reglas de los principios. Es decir, Alexy da cuenta del porqué de las diferencias anotadas por Dworkin, profundizando en la metáfora del “peso e importancia”, hasta enunciar los denominados “mandatos de optimización”. Sobre lo dicho, puede verse García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, 185 y s. Este autor destaca algunos aspectos fundamentales de la concepción alexiana de los principios, tales como la graduabilidad, la optimización, el deber ser ideal y su carácter *prima facie*.

504 Las razones para la acción suelen ser razones complejas que, con cierta frecuencia, resultan de una combinación entre un deseo y una creencia. El conjunto formado por una razón operativa (lo que me mueve a actuar de cierta forma); y, la razón auxiliar (lo que hace que una actitud práctica se transforme en decisión) es una razón compleja. Ver Atienza, *El sentido del derecho*, 75.

505 Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, 12.

506 Atienza, *El sentido del derecho*, 75.

507 Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, 13.

508 Atienza, *El sentido del derecho*, 81.

petencia, jerarquía, cronología y especialidad, o bien, introduciendo una cláusula de excepción a la regla general.

En tanto que para el caso de conflictos entre principios, el tema se plantea de forma diferente, por cuanto uno de los principios cede en beneficio del otro (jerarquía o axiología móvil),⁵⁰⁹ pero sin descartar que en un caso futuro pueda alcanzarse una solución inversa. No se trata aquí de una jerarquía en abstracto, sino de una preferencia condicionada al caso concreto.⁵¹⁰

Las reglas como razones excluyentes para una acción se adscribirían esquemáticamente al estándar o modelo ideal del legislador, mientras que los principios, como razones *prima facie*, se adscribirían al estándar o modelo ideal del juez.⁵¹¹

Las razones para que en la actualidad exista una constante apelación a las denominadas normas principio según Laporta obedecen a algunas circunstancias: 1. Porque, frente al apabullante desbordamiento del sistema de fuentes, se encuentra en los principios una isla de estabilidad; 2. Porque quienes se fundan en el llamado “neoconstitucionalismo”⁵¹² encuentran en esta teoría un terreno adecuado para aplicar el derecho a partir de ciertos parámetros de justicia, expresado en algunas Constituciones contemporáneas; 3. Porque quienes los utilizan tienen un anhelo de encontrar la justicia al caso concreto ante los problemas de rigidez que suscitan las reglas; y, 4. Porque finalmente buscan una solución razonable a los denominados casos difíciles en el mundo del derecho.⁵¹³

En todo caso, las razones para apelar constantemente a los principios como fórmulas normativas con el fin de resolver las cuestiones jurídicas no importan tanto como las consecuencias que se advierten sobre tal recurrencia.

509 Riccardo Guastini, “Los principios en el derechos positivo”, en *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho* (Barcelona: Gedisa, 1999), 170.

510 Sobre los conflictos normativos en general y sobre los conflictos de principios puede consultarse Carlos Alchourrón, “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos” en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (Madrid: CEP, 1991); Alexy, *Teoría de los derechos*; Riccardo Guastitini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (Madrid: Trotta, 2008); Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*; Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*; Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas*.

511 Dicha expresión no supone el desplazamiento del legislador y su margen de competencia. Todo lo contrario, corresponde muy centralmente a la tarea legislativa, la configuración en el debate del contenido de los derechos expresados, mediante fórmulas abstractas; sin embargo, el hecho de que se presenten normas como categorías abiertas permite asumir a los órganos jurisdiccionales un papel importante en la delimitación del contenido de los derechos.

512 Sobre dicha concepción puede consultarse la obra editada por Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003. Sin embargo, más adelante en este mismo estudio, se hará una mayor aproximación al concepto así como a sus fuentes de consulta.

513 Laporta, “Certeza y predicibilidad”, 69.

En definitiva ¿por qué es necesaria una distinción entre normas principio y normas regla? ¿Cómo repercuten este tipo de normas sobre la interpretación constitucional? ¿Es posible hablar de un parámetro objetivo de control cuando nos referimos a normas de contenido abstracto y general?

En primer lugar, hay que destacar que la utilización del término *norma* como sinónimo de *regla* obedece, quizá, a la duda que se cierne sobre la idoneidad de los *principios* como normas condicionantes de una relación jurídica.⁵¹⁴

Por otro lado, aun cuando no constituye un tema pacífico en la doctrina,⁵¹⁵ también los valores, como metanormas de los principios, o sea, pautas de interpretación o normas de clausura material del sistema,⁵¹⁶ y como normas de tercer grado respecto de las reglas, alcanzan cierto valor dentro del entramado constitucional con una diferente textura y comportamiento en el marco de la interpretación constitucional,⁵¹⁷ por lo que su reconocimiento a nivel constitucional representa un condicionamiento del proceso interpretativo que, simultáneamente implica un amplio grado de libertad para el intérprete.⁵¹⁸

Que los valores constitucionales, por representar los estándares más genéricos, presenten dificultades en su aplicación, no “significa que la atribución de significado sea una tarea en la que el juez pueda moverse con absoluta libertad. Los valores no son entidades lingüística vacías ni meras fórmulas de estilo capaces de dar cobertura filosófica a cualquier decisión”.⁵¹⁹

Por lo demás, si por normatividad se entiende que las disposiciones de un texto son: o bien directamente aplicables, o aplicables tras lograr construir algunas normas a partir de estas disposiciones, se puede decir sin problema que las disposiciones constitucionales actuales colman esta definición,⁵²⁰ y que, por lo mismo, alcanzan fuerza normativa.

514 Prieto Sanchís, *Sobre normas y principios*, 32-3.

515 Riccardo Guastini por ejemplo, luego de indicar que el tema del valor normativo del preámbulo constitucional no constituye precisamente un problema interpretativo, sino un problema dogmático, ha puesto de manifiesto dos posiciones respecto de la fuerza normativa de los valores constitucionales que se encuentran en el preámbulo constitucional. La primera presenta al preámbulo como un catálogo de nobles sueños, privados de la concreción que deberían precisar para darles valor jurídico. La segunda, sin embargo, y aunque admite la denominada concepción normativa de la Constitución, plantea que la formulación vaga o ambigua de tales normas supone serios problema de interpretación. Ver Guastini, *Teoría e ideología*, 95-6.

516 Luis Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica* (Madrid: Tecnos, 1993), 123.

517 Pérez Luño, *Derechos humanos*, 293-94, indica que los valores constitucionales suponen el contexto axiológico fundamentador o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico; el postulado-guía para orientar la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución. Prueba de su normatividad podrían ser las denominadas “normas constitucionales inconstitucionales”, a partir de las que se intenta rescatar la primacía hermenéutica de los valores.

518 Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, 124.

519 *Ibid.*

520 Wroblewsky, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, 102.

Como se indicó anteriormente, como otra vuelta de tuerca dentro del sistema de normas, los principios pueden subdividirse en principios en estricto sentido y principios directrices o *normas programáticas*,⁵²¹ con lo que la intensidad de su aplicación puede diferir en uno u otro caso.⁵²²

Así, la fuerza normativa de la Constitución y la peculiaridad de la interpretación constitucional deben ser evaluadas en relación con las diferentes categorías normativas que integran la Constitución.

Entre los autores⁵²³ que han tratado acerca de la clasificación de los distintos tipos de normas destaca Wroblewski, quien ha indicado que existen tres categorías básicas de análisis con respecto a la operatividad de las normas y la interpretación en materia constitucional, las cuales pueden resumirse en: a) Normas que son *simple y directamente aplicables*, cuya observancia puede ser resuelta de modo *todo o nada*, como son las normas tipo regla; b) Normas que son *directamente aplicables con diferente intensidad*, como son, en general, las normas principio, entendidos como mandatos de optimización; y, c) Normas que son *indirectamente aplicables*, es decir, que requieren un desarrollo legislativo posterior.⁵²⁴ Todas ellas se encontraría en los textos constitucionales.⁵²⁵

521 Ver al respecto, Atienza y Ruiz Manero, "Principios, objetivos y derechos", 87-126.

522 Cabe destacar que la diferencia teorizada por Atienza y Ruiz Manero entre principios en estricto sentido y principios directrices es refutada por Alexy. Sin embargo, a criterio de Gloria Lopera, la discusión sería solamente aparente, ya que la posición de aquellos autores sería perfectamente compatible con las tesis de Alexy. Ver Gloria Lopera Mesa, "Los derechos fundamentales como mandatos de optimización", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 27 (2004).

523 Germán Bidart Campos por ejemplo, distingue entre normas operativas (autosuficientes o autoaplicativas) que son las que por su naturaleza y formulación ofrecen aplicabilidad y funcionamiento inmediato y directo, y normas programáticas, que proponen un programa y, por ende, son incompletas, necesitándose de una norma ulterior que las reglamente y les permita funcionar plenamente. Ver German Bidart Campos, *La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional* (Buenos Aires: Ediar, 1987), 238. Por su parte, Ronald Dworkin hace una clasificación entre *normas, principios y directrices políticas*. Así, considera Dworkin que los principios representan todo el conjunto de los estándares que no son normas-reglas, en tanto que la directriz representa un tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado. Ver Dworkin, *Los derechos en serio*, 72.

524 Wroblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación*, 110.

525 No seguimos aquí de forma rígida la clasificación propuesta por Juan Ruiz Manero y Manuel Atienza, ya que según su criterio, las normas principios podrían ser principios en sentido estricto y, principios programáticos o normas directrices. Los principios en sentido estricto serían aquellos compuestos por un antecedente en el que no figura otra cosa más que el que exista una posibilidad de realizar u omitir una acción y un consecuente en el que figura el deber prima facie de realizar una acción u omisión; es decir normas categóricas en el sentido de Von Wright, que no establecen condiciones de aplicación distintas de las que se derivan de su contenido. La diferencia según los autores para con las reglas sería que en estas últimas, las condiciones de aplicación están determinadas, es decir, se presentan de forma cerrada. Para el caso de las normas programáticas encargadas de perseguir determinados objetivos sociales,

Allí donde la disposición constitucional disciplina una acción concreta a través de una *norma regla* directa, la Constitución despliega toda su fuerza normativa y es fuente inmediata de posiciones subjetivas válidas que quedan condicionadas al mandato constitucional de prohibición o permisión que se dirige a todos los sujetos de una relación jurídica.⁵²⁶

Una característica básica de las Constituciones modernas, que las diferencia de las Constitucionales liberales del siglo XIX, descansa en su fuerza normativa y en la posibilidad no solo de condicionar la vida jurídica del Estado y de los poderes públicos, imponiéndoles límites (eficacia vertical), sino de actuar como instrumento ordenador de las relaciones directas entre particulares (eficacia horizontal, eficacia de los derechos frente a terceros o, en la terminología alemana, *Drittwirkung*).⁵²⁷

En lo que tiene que ver con las normas directamente aplicables con diferente intensidad, entendidas como *normas principio*, corresponde a la Constitución desplegar toda su fuerza normativa y lograr el mayor grado de satisfacción posible para satisfacer posiciones válidas en una relación jurídica, y, al juez, como garante de los derechos, ejercer un papel protagónico en el estándar de satisfacción o el cumplimiento de dichas normas, con el fin de dar eficacia real a los derechos fundamentales.

El caso de las *normas indirectamente aplicables* es el de aquellas que precisan de un ulterior trabajo de desarrollo normativo. Su eficacia queda diferida a las condiciones de regulación posterior, ya que no recoge la

estas constituyen normas fin cuya vinculación no es causal y persiguen un juicio de eficacia graduable. Ver Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*.

526 Storini, "Hermenéutica y Tribunal Constitucional", 28.

527 La *Drittwirkung* deja de ser una especulación teórica en el caso ecuatoriano cuando la eficacia de los derechos fundamentales aparece reconocida en el marco de las garantías constitucionales en el art. 88 de la CRE, relativo a la procedencia de la acción de protección frente a particulares que violen derechos constitucionales. Sobre la eficacia de los derechos fundamentales frente a tercero puede verse Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares* (Madrid: CEPC, 1997), 277 y 360, quien sostiene: "la razón de ser de los derechos fundamentales es fijar ciertos límites al poder, de modo que el individuo tenga la posibilidad de reaccionar frente a los abusos que incidan en su esfera de libertad. Lo que ocurre es que en la tradición liberal solo se contemplaba como hipótesis relevante la posible injerencia del Estado, dado que la Constitución se atribuía competencias cuyo ejercicio entraba en colisión tendencialmente, por su propia lógica, con esa esfera de autonomía individual. Pero una vez que se toma conciencia del peligro potencial que entrañan las posiciones de prepotencia de algunos sujetos formalmente privados, no parece que haya razones de peso para discriminar entre atentados imputables a los poderes públicos y atentados cometidos por particulares". Por su parte, Konrad Hesse recuerda que en Alemania, durante todo el siglo XIX, las situaciones giraban en torno al derecho privado, con una ausencia real de vínculos para con el derecho constitucional. El derecho privado se encontraba regulando solamente las relaciones de los particulares desde el punto de vista de la libertad individual, al margen de las relaciones políticas y constitucionales. Ver Konrad Hesse, *Derecho constitucional y derecho privado* (Madrid: Civitas, 1995).

Constitución, un marco suficientemente definido que permita que dichas normas puedan hacerse valer directamente. Es el caso, por ejemplo, en el que hay una simple previsión genérica de un órgano y de su misión contenida en la norma fundamental, cuya organización y funcionamiento se encarga a una ley posterior.⁵²⁸

Se trata de preceptos constitucionales que prevén la emanación de normas posteriores, indispensables para completar la estructura que nace y viene dispuesta desde la propia Constitución. Por tanto, de algo distinto al principio de reserva de ley, mediante el cual se atribuye al legislador la capacidad exclusiva de regular el ejercicio de los derechos fundamentales, cuya puesta en práctica, sin embargo, no ha de esperar necesariamente de una ley⁵²⁹ por el carácter de plena justiciabilidad y eficacia directa de los derechos fundamentales.⁵³⁰

En efecto, no se excluye entonces, la posibilidad cierta para que en el caso de los derechos fundamentales expresados mediante fórmulas de principios, los mismos puedan y deban tener una eficacia y aplicación directa e inmediata, y un *desplazamiento adecuado*⁵³¹ del legislador por parte del juez sea admitido,⁵³² en aras de satisfacer derechos insatisfechos por considerarlos normas de carácter programáticas.⁵³³

528 Un ejemplo típico de este tipo de normas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentran en el art. 207 de la CRE referido al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en el que textualmente se indica: “El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social promoverá e incentivará el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsará y establecerá mecanismos de control social en los asuntos de interés público, y designará a las autoridades que le correspondan de acuerdo con la Constitución y la ley”. Dicha disposición se encuentra en íntima relación con el encargo constitucional realizado por el poder constituyente al legislador democrático previsto en la Disposición Transitoria Segunda de la CRE para que sea este quien dicte la ley respectiva que haga viable la disposición contenida en el art. 207 anteriormente referido.

529 Ver Rubio Llorente, “La Constitución”, en Carbonell, comp., *Teoría*, 70.

530 Que un derecho reconocido por la Constitución sea plenamente justiciable sugiere que es plenamente exigible ante los órganos jurisdiccionales mediante la activación de los instrumentos previstos en el propio ordenamiento jurídico sin necesidad de desarrollo legal. Ver al respecto el art. 11, num. 3, inc. 3 de la CRE que manifiesta: “Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

531 Expresión utilizada por la propia CCE. Al respecto ver la sentencia 019-12-SIN-CC, 10, de 26 abril de 2012. Se entendería, sin embargo, que dicho desplazamiento efectuado por las Cortes, es puesto en práctica a raíz de una violación constitucional y verificado en sus fallos mediante una carga argumentativa racional, válida y suficiente capaz de justificar dicha intervención.

532 Al respecto de este problema, Robert Alexy ha indicado en una referencia al TC alemán: “en modo alguno el tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución”. Ver Alexy, *Teoría de los derechos*, 496-97.

533 Por normas programáticas entenderemos aquellos derechos fundamentales de configuración social (derechos sociales o de segunda generación) cuyo contenido y ejercicio es desplazado o

Si la legislación y el legislador no pueden preverlo todo, asimilando todo como una renuncia consciente frente a temas de delicada naturaleza, el juez, como último eslabón de la cadena de operadores del derecho, tiene que resolver el problema desde la perspectiva constitucional asegurando la fuerza normativa de la Constitución.⁵³⁴ Lo cual no implica que los operadores jurídicos actúen solamente en ausencia de ley, privando de eficacia jurídica al texto fundamental sino, lógicamente, favoreciendo la aplicación de la Constitución en aquellos casos que la ley es contraria o incompatible con aquella.

La problemática de la hipotética necesidad de una posterior norma de desarrollo que de efectividad a los principios constitucionales no es más que la exacerbación del auténtico problema de fondo de la justicia constitucional y de la norma constitucional como su objeto. Este problema es el resultado de una tensión constante entre dos poderes, el Tribunal o la Corte y el Parlamento,⁵³⁵ que aparecen como titulares de la facultad de especificar los preceptos constitucionales, debido a que tanto la ley como la sentencia pueden y deben concretar los contenidos constitucionales.⁵³⁶

Solamente, habrá que tener presente que “el principio goza, por tanto de una capacidad expansiva mayor que la regla, pero a diferencia de esta, necesita de una ulterior actividad de concreción que lo ponga en relación con los casos específicos”.⁵³⁷ Una concreción que, como lo concibe la Constitución ecuatoriana actual, puede venir efectuada por el legislador y, en su defecto, por el juez.⁵³⁸

Tras lo señalado, debe quedar claro que las *normas principio* que se refieren a derechos fundamentales no pueden ser reputadas de inútiles

supeditado a la voluntad política y disponibilidad de recursos públicos fuertemente ligados a una falta de tradición en la protección jurídica de los mismos. Ver al respecto, Víctor Abramovich, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Trotta, 2002), 37-47. También Albert Noguera Fernández, *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 39-46.

534 Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, 300-301.

535 Una situación que en su tiempo denunció García de Enterría, al afirmar que “todo el problema de la justicia constitucional enraiza en una cuestión de principio: si se conviene o no en reconocer a la Constitución el carácter de norma suprema”. Ver García de Enterría, *La Constitución como norma*, 187 y s.

536 García, *La interpretación de la Constitución*, 24.

537 Storini, “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”, 30.

538 El art. 11, num. 3, último inciso de la CRE indica que: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte ... Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

o inaplicables si al respecto no existe una norma posterior de ejecución e integración dirigida a su satisfacción, pues, lo contrario, supondría un desacato a la voluntad constituyente, así como a la fuerza normativa del texto fundamental.

Tolerar la ineffectividad de tales normas –principio– sería admitir de modo implícito que la propia Constitución habilita su postergación normativa, y que su aplicación quedaría supeditada a una voluntad posterior del legislador, lo cual resulta inaceptable en el moderno Estado constitucional.⁵³⁹

La doctrina de la eficacia directa e inmediata implica que, con normativa legal de desarrollo o sin ella, es la norma fundamental la que se aplica como razón primaria y justificadora de una decisión; es decir, como norma apta para incidir de forma directa en la vida jurídica.⁵⁴⁰

Las normas constitucionales de carácter programático, como se ha considerado tradicionalmente a las normas de derechos económicos, sociales y culturales, encierran un marco y programa constitucional que merece toda la eficacia jurídica, ya que no son meros consejos del constituyente, sino obligaciones constitucionales que pueden ser colmadas por los órganos jurisdiccionales en aras de su satisfacción directa con su carácter de plena justiciabilidad.⁵⁴¹

La problemática de la distinción del tipo de normas que componen los textos constitucionales –teoría de las dos cláusulas en materia interpretativa según palabras de Alonso García–⁵⁴² evidencia la forma en la que se ha alterado y amplificado la función del juez dentro del Estado constitucional.

En este sentido, debe tenerse en cuenta, primero, que el papel que los jueces asumen hoy en día tiene un significado diferente al que se tenían en el Estado liberal, cuando las normas constitucionales se consideraban como simples encargos al legislador o normas políticas de desarrollo progresivo, lo que llevaba a que los órganos jurisdiccionales se encontraran sometidos solamente a la voluntad de la ley, y no a los principios constitucionales de justicia material.⁵⁴³

539 Bidart Campos, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, 239.

540 Bilbao, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, 327.

541 Y aun en estos casos, habrá que tener presente una posible inconstitucionalidad por omisión, pudiendo el órgano jurisdiccional (Corte o Tribunal Constitucional) proceder con la integración temporal del ordenamiento dictado *provisionalmente* la norma necesaria a efectos de no provocar una violación constitucional por inacción.

542 Esta teoría pretende diversificar la interpretación de cada una de los tipos de cláusulas constitucionales, de forma que, en las cláusulas más específicas, su significación en el momento de su redacción es la que gobierna la decisión, mientras que en las segundas, conceptos jurídicos indeterminados por excelencia, serían otros métodos de interpretación los que podrían y/o deberían utilizarse. Ver García, *La interpretación de la Constitución*, 134.

543 Storini, “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”, 31.

Y, segundo, que la función de los Tribunales o Cortes constitucionales alcanza hoy en día una dimensión mayor, en la medida en la que han abandonado una visión pasiva de contraste lógico formal de normas abstractas, para asumir una visión activa tendiente a dar efectividad a los derechos fundamentales, asociado a diferentes técnicas de argumentación racional.

En este contexto, una línea clara de delimitación del ámbito de competencias propias del juez y del legislador es mucho más difusa, al menos en materia de derechos, en la cual las lagunas del legislador, al no regular o establecer las condiciones de efectividad de los derechos fundamentales, en muchos casos deben ser colmadas por la actividad de los órganos jurisdiccionales.

Legislación y jurisprudencia son dos actividades sucesivas en un mismo proceso de creación y aplicación del derecho desde la primera actividad de configuración normativa, dada por legislador, hasta su última conformación, dictaminada por el juez.⁵⁴⁴

Por ello, junto con los paradigmas de la voluntad del legislador y la voluntad de la ley, que resulta ser su personificación,⁵⁴⁵ cobra vida el de la voluntad del intérprete-juez encargado de actualizar el significado constitucional a partir de la voluntad constituyente originaria.

Consecuentemente, si el carácter objetivado del control judicial depende del carácter objetivado del parámetro de enjuiciamiento,⁵⁴⁶ la tarea del juez resulta compleja, dada la pluralidad de contenidos valorativos incluidos en los textos constitucionales contemporáneos, muchos de los cuales subyacen en la base de los razonamientos jurídicos. Tanto así que las objeciones al método de la ponderación como una especial técnica argumental, han llevado a defender que no se trata de un método racional que permita el control objetivo.⁵⁴⁷

544 Canosa Usera, *Interpretación constitucional*, 12.

545 Gustav Radbruch ha privilegiado el sentido objetivamente válido de un precepto jurídico, al entender que el legislador real empírico, no hace sino despejar el campo al legislador ideal que vive en la ley misma. Véase Gustav Radbruch, *Filosofía del derecho*, trad. por José Medina Echavarría (Madrid: Reus, 2007), 208.

546 Manuel Aragón Reyes, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", en Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación*, 31. Este mismo artículo, también en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 17 (1986): 85-136.

547 García Amado, en una réplica a Prieto Sanchís admite que los positivistas no encuentran inconveniente en distinguir los diferentes tipos de normas como reglas o principios; sin embargo, cuestiona que el eje de la diferencia entre unos y otros sea que las primeras dicen con palabras y enunciados de un forma clara; y los otros digan sin decir, indiquen lo que no expresan, etc. En este contexto, la ponderación, a falta de un "ponderómetro", dejaría las cosas en manos de los tribunales, sin que constituya el método más adecuado o racional. Una superioridad epistémica de los jueces sería admisible si concebimos que los jueces disponen un método

La tarea de objetivación, indisociable de la abstracción en los casos de normas abiertas, no significa la homogenización de los elementos que forman parte del parámetro de enjuiciamiento que debe utilizar el juez. Justamente, una distinción útil entre reglas y principios contribuye a eliminar un grado de discrecionalidad excesivamente fuerte, en tanto facilita la obtención de una respuesta jurídicamente correcta.⁵⁴⁸

El carácter objetivo del control dependerá del grado de racionalidad de las razones jurídicas sometidas a reglas de verificación, sin eludir las reglas determinadas por el ordenamiento jurídico para resolver objetivamente el caso.⁵⁴⁹ Ello es lo que permite distinguir la genuina interpretación de la pura creación normativa, a efectos de justificar la intervención judicial.

Entender que *interpretar* no supone cualquier atribución de significado, sino un significado razonable dentro del marco de posibilidades admisibles a la luz de la propia norma, de las reglas del idioma⁵⁵⁰ (con la advertencia de la distorsión que el propio lenguaje lo convierta en un medio de dominio y poder), de las técnicas interpretativas, así como de las tesis dogmáticas generalmente aceptadas, confirma la posibilidad de una verdadero derecho judicial, que se ve estimulado en el marco de Constituciones que incorporan una diversidad de principios abstractos con fuerza normativa.

En efecto, la decisión judicial encontrará su última justificación válida en la racionalidad de un discurso que se ubica en la base de los razonamientos jurídicos con contenido moral, a los cuales la argumentación lógica deductiva propia del positivismo clásico no ha alcanzado a dar buena cuenta.

Es decir, es posible que, aun existiendo en la Constitución, predicados con contenidos morales controvertidos, su aplicación no sea arbitraria ni se extinga la posibilidad de un conocimiento claro de aquello que la norma

argumentativo capaz de dotar de objetividad plena a sus decisiones, esto es, si la argumentación es el método apto para alcanzar la verdad o plena objetividad de las decisiones. Ver Antonio García Amado, "Derechos y pretextos: Elementos de crítica del neoconstitucionalismo", en Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid: Trotta / UNAM-IJ, 2007). El mismo García Amado indica que medida o ponderación son palabras que valen como metáforas, no como descripción rigurosa de lo que el juez hace al fallar. Para explicar esa su labor –dice el autor–, es más exacto y honesto usar el término de siempre: valoración o juicio valorativo. Ver Antonio García Amado, ¿Existe discrecionalidad judicial en la decisión judicial?, *Revista Isegoría*, No. 35 (julio-diciembre de 2006): 171.

548 Riccardo Caracciolo, *El derecho desde la filosofía* (Madrid: CEPC, 2009), 257 y s.

549 Manuel Aragón Reyes, "La interpretación de la Constitución", 26-36.

550 Pérez Luño ha manifestado que una de las condiciones que delimitan la actividad interpretativa y su incidencia en el plano constitucional es el *lenguaje*. Este actúa siempre como marco necesario de referencia de la actividad interpretativa, cuyo objeto se concreta en manifestaciones de un determinado lenguaje simbólico, oral o escrito. Por ello –indica el autor– donde no hay comunicación intersubjetiva no puede darse interpretación, y esa comunicación exige que los interlocutores hablen un mismo lenguaje y conozcan los objetos a que se refiere dicho lenguaje. *Ibid.*, 91.

fundamental demanda,⁵⁵¹ siempre que la decisión adoptada se encuentre debidamente justificada. Por el contrario, si la jurisdicción se moviera en un ejercicio caprichoso y arbitrario carente de racionalidad, difícilmente podríamos hablar más de un sistema jurídico.⁵⁵²

Los agentes encargados de la interpretación constitucional

Para definir el estatus de los intérpretes constitucionales dentro de un sistema, se debe comprender previamente cuál es el régimen jurídico particular de la Constitución que se pretender analizar.

Así, el tema estará en función de algunas variables de contexto, tales como, quiénes son los obligados a reconocer el significado constitucional de las normas dentro de un sistema jurídico, quiénes destacan como operadores de la interpretación constitucional, cuál es el órgano competente o supremo de la interpretación constitucional en determinado sistema, etc. Por ello, es necesario una revisión general previamente a una referencia particular de la CRE.

A la pregunta de quiénes son los destinatarios de las normas constitucionales, se podría responder que cada vez se encuentra más arraigada la concepción de que las disposiciones contenidas en los textos constitucionales se aplican a todo el contexto o entramado social en el que se inscriben, debido a su fuerza normativa y expansiva dentro del ordenamiento jurídico.

No obstante, durante más de un siglo, la Constitución fue considerada como un documento político o pacto programático y no como verdadera norma jurídica. Su función era solo regular el ejercicio del poder desde los presupuestos del Estado liberal, y no tenía capacidad de moldear las relaciones sociales. En consecuencia, la tarea interpretativa, aparecía restringida solamente a los órganos políticos del sistema.

Solamente cuando la norma suprema ha adquirido su fuerza material, es decir, la capacidad de imponerse como norma jurídica e incidir de forma directa en las relaciones sociales, una amplia legitimación de la interpretación constitucional es posible.

Así, si toda fuente jurídica requiere ser interpretada, “la Constitución al erigirse en fuente primigenia y en verdadero derecho originario exige el mismo trato que otras disposiciones y añade, al respecto, un prius consistente en el establecimiento de una multiplicidad de intérpretes que, efectivamente son llamados a realizar labores interpretativas de diversa índole”.⁵⁵³

551 José Juan Moreso, “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 23 (2000).

552 Aulis Aarnio, “Sobre la ambigüedad semántica”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 4 (1987): 116.

553 Canosa Usera, *Interpretación constitucional*, 24.

Una pluralidad de intérpretes o “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”, en términos de Habermas, en la que la interpretación debe ser entendida en su forma más amplia posible, y no sujeta solamente a los procesos jurídicos específicos que son ventilados ante los tribunales, sino que se debe extender a todos aquellos procesos, en sentido amplio, en los que los ciudadanos se hallan presentes en cuanto actores de una comunidad política, ya que todos ellos revitalizan la ley suprema.⁵⁵⁴

Cada actualización de la Constitución, llevada a cabo por cada uno de los integrantes sociales, es al menos un fragmento de interpretación anticipada, lo que es contrario a la idea de una sociedad cerrada de los intérpretes, para dar paso a una democratización de la teoría de la interpretación.⁵⁵⁵

En el caso de la Constitución ecuatoriana vigente, por ejemplo, la interpretación constitucional, corresponde a todos los sujetos del ordenamiento jurídico aunque con diferente alcance.⁵⁵⁶ No existe exclusión alguna en su interpretación más allá de lo que puede considerarse un intérprete máximo con la última palabra.⁵⁵⁷

554 Peter Habermas, *Pluralismo y Constitución: Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. por Emilio Mikunda Franco (Madrid: Tecnos, 2013), 89.

555 Peter Habermas, *Retos actuales del Estado constitucional* (Oñati: IVAP, 1996), 19 y s.

556 Grijalva ha manifestado: “que la CC sea el máximo intérprete jurídico de la Constitución no quiere decir que sea el único intérprete ni que pueda ejercer en cualquier momento y de cualquier forma su función interpretativa”. Ver Agustín Grijalva, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones* (Quito: UASB-E/CEN, 2009), 272.

557 Véase el art. 429 de la CRE. Sin embargo, una referencia a lo que se entiende por interpretación auténtica es necesaria en este momento. Así, para Riccardo Guastini la relevancia de la interpretación auténtica es eminentemente conceptual y sirve en realidad no tanto para arrojar luz sobre las peculiaridades de la interpretación constitucional como sobre la ambigüedad del concepto. En el lenguaje común se llama interpretación auténtica, típicamente, a la interpretación de la ley realizada por el órgano legislativo mediante una ley sucesiva; sin embargo, –se pregunta el autor– ¿Qué convierte en auténtica una interpretación? La interpretación de cualquier texto se considera auténtica solo si se realiza por el mismo sujeto que es el autor del texto interpretado, pero esta noción parece tener cada vez más resistencia. En tal caso y para la materia constitucional deberá distinguirse entre Constituciones concedidas y Constituciones aprobadas por asambleas populares; y, en este último caso, la idea parece una hipótesis peregrina por cuanto las asambleas constituyentes, una vez que han aprobado el texto constitucional se disuelven, habiendo agotado el mandato para el que fueron creadas. En otro caso, la interpretación auténtica es entendida como un documento dotado del mismo nomen iuris que el documento interpretado. En tal caso, la posibilidad de una interpretación auténtica también se disuelve porque una Constitución sucesiva sería obviamente entendida no como interpretación auténtica de la precedente, sino como nueva Constitución. Entendiéndose por interpretación auténtica aquella interpretación de un documento realizada a partir de otro que posea la misma fuerza jurídica. Desde otra perspectiva –que es la que nos interesa–, la interpretación auténtica puede ser considerada aquella que se realiza por un órgano que tenga por así decirlo la última palabra en la materia; es decir, un órgano cuya interpretación no pueda ser contradicha o modificada por algún otro órgano y sea vinculante para todos. Habrá que

En Kelsen por ejemplo, “en tanto que el órgano competente al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley”,⁵⁵⁸ esta es una interpretación auténtica en la medida en la que la norma inferior sea válida. Las demás interpretaciones que no crean derecho al estilo kelseniano, no son interpretaciones auténticas y obligatorias.⁵⁵⁹

De manera que, la causa suficiente de esta pluralidad de intérpretes no es otra que el superior rango del que la carta fundamental dispone. La Constitución se conceptuaría como una *super ley* a la cual se encuentra sometido todo el orden jurídico y, muy principalmente, los poderes públicos obligados a acatarla a través de sus específicas actividades.

Sobre esta base, la Constitución es capaz de actualizar constantemente sus contenidos en un acto de integración del ordenamiento, como lo considera Smend,⁵⁶⁰ que solo es posible mediante la múltiple interpretación de los agentes a quienes está dirigida.⁵⁶¹

Supeditar la interpretación constitucional a un intérprete único sería limitar al máximo la fuerza normativa y expansiva de la norma fundamental, concentrando un monopolio interpretativo lesivo para un diálogo político necesario.⁵⁶²

No cabe, en consecuencia, una reducción organicista de la interpretación constitucional, confiando dicha tarea a un solo operador jurídico, ya que todos los poderes públicos y los ciudadanos están sujetos a la misma y, por ende, forzados a la búsqueda de su sentido”.⁵⁶³ Así, la pluralidad de intérpretes impone un control de constitucionalidad más disperso capaz de efectivizar el contenido constitucional propuesto.⁵⁶⁴

distinguir, sin embargo, entre Constituciones flexibles y Constituciones rígidas. Ver Riccardo Guastini, “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, 658-9.

558 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 1976), 170.

559 Aun así, el propio Kelsen indicaría que “[...] desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero este también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general”. *Ibid.*, p. 169. También Kelsen, dado que entiende el derecho como una estructura de tipo jerárquico en la que cabe distinguir diversas “gradaciones”, como la Constitución, la legislación, la jurisdicción, etc., muestra que la oposición entre creación y aplicación del derecho es simplemente relativa. La mayor parte de los actos jurídicos lo son tanto de creación como de aplicación del derecho. Las únicas excepciones son, por abajo, los actos de ejecución que son mera aplicación de normas individuales y, por arriba, la norma que ocupa el vértice de la pirámide, que, obviamente no puede ser aplicación de ninguna otra. Ver Atienza, *El sentido del derecho*, 288.

560 Rudolf Smend, *Constitución y derecho constitucional* (Madrid: CEC, 1985), 62 y s.

561 Canosa Usera, *Interpretación constitucional*, 24.

562 José Zafra Valverde, “La interpretación de las Constituciones”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 180 (1971).

563 Claro Fernández Carnicero, “La interpretación de la norma constitucional” en *La Constitución española y las fuentes del derecho*, vol. 2 (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979), 795.

564 Canosa Usera, *Interpretación constitucional*, 25.

No obstante, entre los operadores que contribuyen de manera general en la interpretación de la Constitución, destacan por su peso específico dentro del sistema, la Corte o TC en ejercicio de la función jurisdiccional constitucional, el poder judicial o la función jurisdiccional ordinaria y, el poder legislativo o Función Legislativa. La mayor importancia de cada una de estas instituciones se infiere de la facultad que tienen conferida de activar la Constitución en sus ámbitos específicos.⁵⁶⁵

De ahí que todas ellas posean un carácter común en relación con su capacidad de interpretación, relacionado con su fuerza en la explicitación y aplicación del texto fundamental,⁵⁶⁶ con algunas diferencias que atienden a la función de cada órgano dentro del marco general que la propia Constitución ha previsto.

En relación con la interpretación legislativa y la interpretación que se produce en sede judicial, la principal diferencia viene dada en función de que la primera desarrolla, actúa o hace efectiva la Constitución mediante la expedición de normas generales y abstractas,⁵⁶⁷ mientras que la segunda, principalmente, conserva el derecho trazado por la Constitución,⁵⁶⁸ cuando no crea derecho objetivo como en el caso de los precedentes jurisprudenciales obligatorios o en el caso de la inconstitucionalidad por omisión, en el que el órgano jurisdiccional dicta provisionalmente una norma.⁵⁶⁹

Por otro lado, se suele manifestar que la interpretación legislativa es simple manifestación de voluntad normativa, en tanto que la interpretación judicial es generalmente controversial, siendo así, la una general y la otra particular.⁵⁷⁰ El resultado interpretativo judicial exhibe las propiedades de una estructura silogística práctica, mientras que el legislativo carece de ella; la autoridad o eficacia de la interpretación judicial está ligada al respaldo técnico-jurídico de racionalidad y fuerza persuasiva, mientras que en la interpretación legislativa, los argumentos que priman son los de oportunidad

565 *Ibíd.*

566 *Ibíd.*

567 Sin embargo, habría que mencionar que cada día se extienden más lo que ha venido a denominarse las leyes singulares como presupuestos excepcionales de actividad legislativa. Ver al respecto, Antonio Montilla Martos, "Las leyes singulares en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 104 (2005): 269-95.

568 Canosa Usera, *Interpretación constitucional*, 25.

569 Ver el art. 436, num. 6 y 10 de la CRE de 2008.

570 Conviene destacar, sin embargo, que, en la actualidad, las CC o TC hacen un uso cada vez más frecuente en sus sentencias de efectos que rebasan los intereses de las partes en un conflicto –efectos inter partes– a los cuales estaba asociada la decisión clásica. Hoy se hace uso cada vez más frecuente de los denominados efectos inter pares o inter comunis de las decisiones judiciales. Igualmente, como se indica en este trabajo, en materia legislativa se ha asistido a lo que se denomina las leyes con contenido particular.

y pertinencia.⁵⁷¹ En suma, la una, una interpretación jurídica y, la otra, una interpretación política sin descuidar el marco jurídico en el que se efectúa.

Estas diferencias, con sus matices y tensiones, tienen como fin último la efectivización del programa constitucional desde una diferente perspectiva jurídica, de ahí la necesaria colaboración y diálogo entre los poderes públicos, que pone en entredicho una concepción clásica de la teoría de la división de poderes, que parece más confrontativa que dialógica.

Ahora, resulta claro que el legislador cuando dicta una ley, así como otros órganos del Estado cuando regulan una conducta, despliegan también una tarea interpretativa de índole constitucional.⁵⁷²

La expedición de normas, ya sea que provengan del legislador o de órganos cuya competencia le esté atribuida por norma constitucional, como medidas de actualización y conformación de la Constitución, debe efectuar una valoración constitucional previa, a partir de una comprensión de los distintos contenidos, en aras de encuadrar su regulación dentro de límites dispuestos.

De lo contrario, si la regulación expedida se encuentra reñida con la Constitución, la expulsión del ordenamiento jurídico sería la consecuencia inevitable, salvo la posibilidad de que el órgano jurisdiccional competente, considere conveniente mantener la norma impugnada dentro del ordenamiento jurídico, haciendo uso para ello de otro tipo de sentencias constitucionales.⁵⁷³

Distinta es la relación que nace entre la función judicial ordinaria y las CC o TC. Esta debe ser una relación de coordinación en aras de la satisfacción del contenido constitucional, cuya interpretación corresponde a ambos, sin que pueda zanjarse de forma absoluta la cuestión de los límites entre el plano de la constitucionalidad y el plano de la legalidad, lo que afectaría también a una concepción unitaria del ordenamiento jurídico.⁵⁷⁴

571 Vigo, *Interpretación constitucional*, 103.

572 No interesa particularmente la distinción entre interpretación de la Constitución o interpretación desde la Constitución, puesto que una interpretación “desde” la Constitución parece implícita en una interpretación “de” la Constitución. No cabe duda de que lo habitual y donde se vislumbra toda la importancia de la interpretación constitucional, no es el supuesto “de” sino “desde”, o sea, cuando a través de ella se busca analizar el grado de coherencia entre la norma constitucional y otra norma infraconstitucional, o entre aquella y un determinado comportamiento o una cierta omisión. Ver Vigo, *Interpretación constitucional*, 84.

573 Sobre los tipos de sentencias constitucionales en el marco del control constitucional puede consultarse Néstor Pedro Sagüés, “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico”, en Dunia Martínez, edit., *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, (Quito: CEDEC, 2012), 113-33. También Francisco Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional* (Valladolid: Lex Nova, 2001).

574 Más allá de lo teórico, en el plano práctico una distinción tajante entre cuestiones de constitucionalidad y cuestiones de legalidad resulta una tarea muy complicada, si partimos

Además, en muchos países el TC o CC no hace parte de la estructura orgánica de la función judicial y, no constituye, en consecuencia, una instancia más del sistema judicial ordinario. Por ello, la interpretación realizada por la legalidad ordinaria no debería ser puesta en entredicho por la magistratura constitucional cuando su fundamentación o motivación sea correcta y suficiente en el marco de la observancia de derechos fundamentales.⁵⁷⁵

Por el contrario, si en un determinado proceso, alejándose de una aplicación correcta de la ley, la justicia ordinaria terminara por vulnerar derechos fundamentales, dicho proceso debe ser susceptible de revisión por parte de la justicia constitucional a través de los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico. De modo lógico, vinculará al juez ordinario toda interpretación que la CC realice al respecto.

En ese contexto, la actual Constitución del Ecuador habría abandonado un control difuso,⁵⁷⁶ –mixto para algunos autores–,⁵⁷⁷ para incorporar un tipo de control que, a decir de la CCE, es de carácter concentrando,⁵⁷⁸ en

del supuesto de que el ordenamiento jurídico debe encontrarse constitucionalizado, es decir, “impregnado de normas constitucionales”. Aun así, las CC o TC deberán ir definiendo ciertos ámbitos de delimitación entre cuestiones de legalidad y cuestiones de constitucionalidad.

575 Así lo ha entendido la propia CCE cuando en la gran mayoría de sus fallos relativos a acciones extraordinarias de protección ha expresado que la revisión constitucional prevista mediante esta garantía no constituye una instancia de revisión del proceso ordinario.

576 Este tipo de control, presente en la Constitución Política de la República del Ecuador (en adelante CPE) de 1998, permitía a todos los jueces de instancia en el conocimiento de una causa, que se inaplicara de forma directa una disposición contraria a la Constitución, se resolviera el caso y se elevara un informe ante el entonces TC, a efectos de que fuera este, el órgano que resolviera con el carácter de general. Conviene mencionar que, bajo el criterio de algunos autores, el camino seguido en Ecuador resultaba peculiar y hasta contradictorio puesto que la inaplicación de la norma inconstitucional en el caso concreto, dispuesta por el órgano jurisdiccional ordinario quedaba en firme a pesar que se debía emitir un informe ulterior al TC, para que este emita su decisión, de carácter general y obligatorio; sin embargo, tal declaratoria del TC no afectaba lo resuelto por el órgano judicial en el caso particular. Este criterio puede verse en Eguiguren Praeli, “Los tribunales constitucionales en la región andina”, 83.

577 Rafael Oyarte y Hernán Salgado, han indicado de forma textual que “Hasta la Constitución de 1998, el modelo de justicia constitucional era de carácter mixto, mas con la vigencia de la CRE el sistema se vuelve concentrado”. Ver Rafael Oyarte y Hernán Salgado, “El estatuto jurídico del juez constitucional en Ecuador”, en Héctor Fix-Zamudio, César Astudillo, coord., *Estatuto jurídico del Juez Constitucional, Homenaje al doctor Jorge Carpizo* (México DF: UNAM-III, 2012), 434. Este tipo de control fue considerado como un tipo de control mixto, en la medida en la que los jueces ordinarios podían resolver el caso inaplicando una disposición legal contraria a la Constitución y el TC se encargaba de resolver la situación con carácter general. Por su parte, algunos autores han hablado también de un modelo «dual» o «paralelo» que se presenta cuando en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Ver al respecto Domingo García Belaunde, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, en Raúl Morodo Leoncio y Pedro de Vega García, coord., *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, vol. 2 (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2001), 1423 y s.

578 Ver la sentencia de la CC 055-10-SEP-CC, de 18 de noviembre de 2010.

la medida en que ningún juez o tribunal de instancia, respecto de las causas que son puestas en su conocimiento, puede inaplicar de forma directa un precepto que considere contrario a la norma fundamental y resolver el caso, como sucedía con la CPE.⁵⁷⁹

Es decir, frente a una duda de constitucionalidad de una norma decisiva para la solución del proceso, los jueces ordinarios, de oficio o a petición de parte, pueden suspender el proceso y presentar la denominada consulta de constitucionalidad ante la CC a efectos que sea éste, el órgano concentrado, el que resuelva sobre si la norma es o no conforme a la Constitución.⁵⁸⁰

De esta manera, se ha abierto en la actualidad, la posibilidad para que los diferentes jueces ordinarios, mediante este procedimiento de carácter incidental,⁵⁸¹ puedan participar del control de constitucionalidad, elevando en consulta cuestiones de constitucionalidad a la CC.

Paradójicamente, en torno a las interpretaciones que puede suscitar tanto el texto constitucional actual así como de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) respecto de la certeza o la duda razonable y motivada de inconstitucionalidad,⁵⁸² aclarado en algunos aspectos por la propia jurisprudencia constitucional,⁵⁸³ lo que parece posible según la Constitución para los órganos administrativos, servidoras o servidores públicos encargados de aplicar de forma directa e inmediata la Constitución,⁵⁸⁴ para los jueces, el tema debe estar mediado por la reso-

579 El art. 274 de la CPE de 1998 establecía que: “Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido”.

580 El art. 428 de la CRE dice: “Cuando una juez o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la CC, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma...”.

581 Reviste una característica de incidental, toda vez que el proceso constitucional de control surge como un incidente del juicio a quo; es decir, es un asunto diferente del que se está resolviendo de forma principal, pero cuya decisión influirá de forma decisiva sobre el proceso original.

582 Un análisis interesante respecto de la certeza o duda de constitucionalidad puede verse en Porras Velasco y Romero Larco, *Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana*, 185 y s.

583 Ver la sentencia de la Corte 001-13-SCN-CC, de 06 de febrero de 2013 en donde se definió los parámetros que debe contener la consulta de constitucionalidad.

584 Véase el art. 11, num. 3, inc. primero, y num. 5 de la CRE que textualmente indican: “3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte [...] 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia”. Aun en estos casos queda por discutir, hasta donde un funcionario puede dejar de aplicar una norma.

lución del órgano concentrado (CC) a través de la consulta, dado que no existe –como se anotó–, la inaplicación de norma en sentido estricto.

Con este tipo de interpretación, la CC, ratificaría una tensión existente en el constitucionalismo ecuatoriano. Es decir, al tiempo que imposibilita la inaplicación directa de una norma proveniente del legislador⁵⁸⁵ a cargo de los jueces ordinarios en los casos concretos en razón de su sometimiento a la legalidad y en la confianza otorgada al legislador,⁵⁸⁶ desconfía del propio modelo que parece incorporar la Constitución vigente: el empoderamiento judicial en todos sus niveles, compatible con la idea de una Constitución con fuerza normativa,⁵⁸⁷ conservando la última palabra para el órgano jurisdiccional concentrado.

Por lo demás, cuando la CRE vigente utiliza la expresión “máximo” órgano de control e interpretación constitucional,⁵⁸⁸ ha de entenderse que no se trata del único órgano encargado de ejercer el control y la guarda constitucional mediante la tarea interpretativa que despliega,⁵⁸⁹ pero sí del último, como un órgano de cierre dentro del sistema.⁵⁹⁰

Toda esta práctica supone una actividad interpretativa constante que no se encuentra atribuida a un único agente dentro del sistema. Por el contrario, son varios los llamados a efectuar una tarea interpretativa orientada a la defensa del texto constitucional.⁵⁹¹

585 Cabe decir que, tal como se encuentra redactada la norma fundamental en su art. 428 de la CRE y, en aplicación de una interpretación sistemática, dicha inaplicación no está limitada solamente a normas provenientes del parlamento, aunque, de hecho, este es el órgano productor por excelencia de las normas jurídicas de interés general, sino que, además, se refiere a cualquier otra norma que integra el ordenamiento jurídico.

586 Es pertinente señalar que no se trata, solamente, de un sometimiento al principio de legalidad sino, del propio principio de constitucionalidad, ya que este último, –como lo sostiene Marian Ahumada–, no relaja la sujeción del juez ordinario a la ley sino que le impone la obligación de interpretarla y aplicarla conforme la Constitución. Ver Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, 308.

587 Dicha situación, según Diego Moreno, evidenciaría algunas otras tensiones, presentes en el constitucionalismo latinoamericano, “inherentes a un modelo que pretende, por un lado, juridificar un extenso catálogo de derechos, y por el otro, aspira al mismo tiempo a ser profundamente democrático”. Ver Diego Moreno, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano en la encrucijada: Cuatro tendencias y algunos desafíos para el futuro”, en Juan Manuel López Ubilla, dir., *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica* (Pamplona: Civitas / Thomson Reuters, 2011), 167.

588 El art. 429, de la CRE determina que “La CC es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia”.

589 Sobre el tema puede consultarse Grijalva, “Interpretación constitucional”, 272 y s.

590 Los italianos han calificado a su CC de órgano di chiusura. Ver Canosa Usera, *Interpretación constitucional*, 36. Lo contrario, una Constitución sin un Tribunal o Corte que imponga su interpretación y eficacia, según García de Enterría, sería una Constitución herida de muerte. Ver García de Enterría, *La Constitución como norma*, 199.

591 Pasando por una actividad a través de la cual toda servidora o servidor público como intérpretes de la Constitución debe convertirse en guardián primario de la vigencia del texto fundamental,

La particularidad de la interpretación constitucional: Una referencia al método tópico

¿Es distinta la interpretación constitucional de la interpretación legal? ¿Cuál es la particularidad de la interpretación constitucional, si es que existe? ¿La interpretación de la Constitución implica unos métodos diferentes de la interpretación legal?

Como se ha venido observando, algunas particularidades de la interpretación constitucional se sitúan en el ámbito de las normas que integran la Constitución y otras, en el de los intérpretes encargados de efectuar tal actividad.⁵⁹²

Más allá del pluralismo metodológico que se puede identificar en materia de interpretación constitucional,⁵⁹³ lo que interesa en este momento, es destacar a grandes rasgos que, la particularidad de la Constitución en lo relativo a su interpretación, ha dado lugar a que surja en la doctrina el denominado método tópico o técnica de valoración tópica.

El origen del método tópico se sitúa en la especial relación que existe entre el parlamento y los jueces en torno a la tarea interpretativa de una Constitución con vocación de norma jurídica impregnada de principios.

Así, la Constitución, en su condición de norma jurídica suprema, junto con sus peculiaridades, tanto en sus normas como en sus especiales pautas hermenéuticas, a veces previstas en los propios textos,⁵⁹⁴ incita a una

aplicando de forma directa e inmediata los mandados contenidos en la carta fundamental, hasta los propios jueces ordinarios en los casos que son puestos en su conocimiento (juicios comunes o de naturaleza constitucional) y la propia CC, como su máximo intérprete con amplias facultades atribuidas en el texto constitucional, son varios los órganos del Estado que desempeñan esta actividad interpretativa.

592 Susana Pozzolo indica que la especificidad de la interpretación constitucional se encuentra ligada a una peculiar configuración de su objeto, esto es, la Constitución. Dicha particularidad vendría dada por los especiales sujetos encargados de la interpretación constitucional, por las particulares técnicas interpretativas empleadas en la interpretación, por los peculiares efectos de las sentencias del juez constitucional, y por la especificidad derivada de la rigidez constitucional. Ver Susana Pozzolo, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 21 (1998): 339-45.

593 Pasando por los tradicionales métodos de interpretación legal, como son el gramatical, lógico, histórico o sistemático, existen otros métodos de interpretación constitucional como el test de razonabilidad, el principio de proporcionalidad, el método tópico, etcétera.

594 Como lo refiere María Luisa Balaguer en su referencia a Raúl Canosa Usera, las Constituciones mismas suelen tener pautas hermenéuticas propias que deben ser tenidas en cuenta para su interpretación. Ver Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 43. Así, por ejemplo, la CRE en su art. 427 establece como pautas hermenéuticas las siguientes: "Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional".

particular forma de interpretación. Autores como Forsthoff han reivindicado los criterios tradicionales de la interpretación de fuente savigniana, equiparando la interpretación constitucional a la interpretación legal.⁵⁹⁵ Sin embargo, como se apuntó, la Constitución no es una norma cualquiera del ordenamiento jurídico que permita una aproximación con el mismo bagaje y la metodología propia de las demás normas del sistema. La Constitución es la norma fundante del ordenamiento, que define el sistema de fuentes y se diferencia de las demás en que todas las normas derivan de forma directa o indirecta de aquella.⁵⁹⁶

En especial, la peculiaridad de su interpretación reside también en el enraizamiento político de las valoraciones inherentes a las normas constitucionales que la integran y a las opciones interpretativas que la conforman.⁵⁹⁷

En ese marco, la libertad del legislador para desarrollar los contenidos constitucionales es máxima, pero no puede ser omnímoda, y corresponde al máximo guardián de la Constitución fijar los márgenes de desarrollo legislativo dentro de lo que la carta fundamental habilita.⁵⁹⁸

Por ello, la particularidad de la interpretación de la Constitución en relación con la ley no descansa en que las reglas o métodos de la interpretación legal no sean útiles en materia constitucional, sino que, siendo necesarios también para la interpretación constitucional, los métodos tradicionales de la interpretación iusprivatista son insuficientes por la propia naturaleza del texto interpretado.⁵⁹⁹

La insuficiencia de los métodos jurídicos tradicionales para interpretar la Constitución deriva de que los mismos se encuentran elaborados con categorías propias para la resolución de conflictos de naturaleza privada, en tanto que el texto fundamental da cabida a un pluralismo político en el que subyace una idea de consenso.⁶⁰⁰

595 Ver Pérez Luño, *Derechos humanos*, 278. De ahí que el propio Forsthoff haya propuesto una serie de argumentos tendientes a evidenciar la escasa utilidad del principio de proporcionalidad como criterio interpretativo en manos del TC, puesto que en su criterio, no es posible trasladar el concepto de la proporcionalidad del ámbito del derecho administrativo al ámbito del derecho constitucional. Al respecto puede verse Ernst Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. por Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz (Madrid: Instituto de Estudios Políticos -IEP- / Civitas, 1975), 231 y s.

596 Tomás de la Cuadra "Interpretación de la Constitución y órganos del Estado" en Antonio López Pina, *División de poderes e interpretación* (Madrid: Tecnos, 1987), 32.

597 Wroblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*.

598 Raúl Canosa Usera, "Interpretación constitucional y voluntad democrática", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación constitucional* (México DF: Porrúa / UNAM-IJ, 2005), 242.

599 Habría que añadir, como lo indica Recasens Siches, que ninguno de los múltiples métodos de interpretación "resuelven satisfactoriamente el problema de la interpretación. El hecho mismo de que sean varios los propuestos, muestra que ninguno de ellos es el método correcto o adecuado". Ver Recasens Siches, *Tratado general de filosofía del derecho* (México DF: Porrúa, 2003), 629.

600 Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 43.

De hecho, la intención que guie predominantemente al intérprete determinará el papel que cada uno de los métodos deba desempeñar en la tarea interpretativa, lo cual ha llevado a argumentar que una utilización diversa de los métodos, si bien incrementa la capacidad de respuesta de los tribunales, aumenta también su libertad como intérprete de la norma.⁶⁰¹

No obstante, la interpretación para la materia constitucional, constituye una particular actividad que se sitúa entre la deducción estricta y el juicio de optimización política.⁶⁰² La necesidad de encontrar un equilibrio entre la libertad de configuración del legislador y la posibilidad de control del mismo es lo que explica el método tópico.

En otros términos, el intérprete constitucional ha de asumir que se halla en presencia de un sujeto “libre”, que no arbitrario, como es el legislador democrático y, por tanto, su tarea consiste en delimitar correctamente el marco dentro de la cual una interpretación política es posible.⁶⁰³

Se trata de una tarea marcada por “la interacción política y derecho tal como está institucionalizada en la Constitución democrática en la forma del parlamento y TC”⁶⁰⁴

Cómo asegurar la libertad política sin descuidar la fuerza normativa de la Constitución como límite para el legislador es el punto central para el método tópico, que busca conciliar la legitimidad democrática del legislador con la intervención del guardián de la Constitución, atendiendo a la particularidad de las normas iusfundamentales.

Autores como Pérez Royo, en relación con el análisis del método tópico han considerado que la interpretación constitucional es una interpretación de límites. Primero, para el legislador, que, al adoptar una norma, tiene que tener presentes los límites impuestos por la norma constitucional, y, segundo, para el juez constitucional, al comprobar que la actuación del legislador no haya traspasado dicho límite.⁶⁰⁵

Ahora bien, resulta necesario complementar la idea anterior desde la realidad actual, ya que en ocasiones, es la propia Corte o Tribunal, en su tarea interpretativa, el órgano que ha de definir los límites y contornos constitucionales.

601 Se trata de una referencia para remarcar la crítica de discrecionalidad política que se cierne sobre los tribunales. Ver Ángeles López Moreno, “La idea de –mezcla adecuada– en el proceso de aplicación e interpretación del derecho”, en *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del derecho* (Madrid: Colex, 1999), 27.

602 Ángel Carrasco Perea, “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 4, No. 11 (1984): 46 y s.

603 Prieto Sanchís, “Notas sobre la interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación*. Lo mismo se puede leer en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 9 (1991).

604 Pérez Royo, “La interpretación”, 896.

605 Pérez Royo, *Curso de derecho*, 126.

Por otro lado, el razonamiento tópico, contrario al racionalismo inmutable, está caracterizado por su carácter problemático y valorativo. Su fuerza descansa en el grado de aceptación general por parte de los interlocutores del discurso jurídico,⁶⁰⁶ especialmente necesario, tratándose de normas abiertas o generales.

Con una referencia al antecedente de la tópica de Aristóteles y Cicerón, Theodor Viehweg arremetería contra el método dogmático deductivo de la lógica formal como una forma idónea para conocer y aplicar el derecho como el único camino válido.⁶⁰⁷

El método tópico da respuesta a la cuestión planteada por el carácter “problemático” del derecho que permite más de una respuesta dentro de un margen a partir del cual hay que elegir una solución para cada caso,⁶⁰⁸ en aras de conciliar la esfera legislativa y la esfera jurisdiccional.

De este modo, y frente a un problema, según el razonamiento tópico se puede proceder tomando por vía de ensayo, en “arbitraria selección”, una serie de puntos de vista más o menos ocasionales, buscando unas premisas objetivamente adecuadas que procuren una solución correcta al caso.⁶⁰⁹

La tópica en términos de Viehweg, no constituye un método propiamente dicho, sino una técnica argumental⁶¹⁰ que sirve para fomentar la búsqueda de premisas –tópicos o *topoi*–⁶¹¹ como lugares comunes desde los

606 Martínez Roldán y Fernández Suárez, *Curso de teoría*, 297.

607 Aristóteles es quien habría diferenciado los razonamientos analíticos o lógico-formales por un lado, y los razonamientos dialécticos o retóricos por el otro. En la *Topika* de Aristóteles se proyectó una teoría de la dialéctica, entendida como arte retórico. Esto interesó a Cicerón, quien entendió la tópica como una práctica de la argumentación. Mientras que Aristóteles trata en primer lugar, aunque no de modo exclusivo, de formar una teoría, Cicerón trata de aplicar un determinado catálogo de tópicos. A aquél le interesan esencialmente las causas; a éste, en cambio, los resultados. Ver la obra de Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, trad. por Luis Diez Picazo (Madrid: Taurus, 1964).

608 *Ibíd.*, 50.

609 *Ibíd.*, 53.

610 El punto más importante en el examen de la tópica de Viehweg lo constituye la afirmación de que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema. La tópica es el arte de argumentar que intenta suministrar datos para saber cómo hay que comportarse en una situación a fin de procurar una solución al problema. En consecuencia, no es propiamente un método, sino una técnica del pensamiento problemático. Ver Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, 49. Como lo dice García Amado, “[...] Viehweg niega a la tópica la condición de método jurídico basándose en una muy estrecha noción de lo que se ha de llamar método, noción vinculada al más puro positivismo y en absoluto vigente en los tiempos actuales”. Ver Antonio García Amado, *Teorías de la tópica jurídica* (Madrid: Universidad de Oviedo / Civitas, 1988), 68. Por su parte, el método –ya en materia interpretativa– vendría a ser, más bien, un expediente argumentativo formal para mostrar que la regla extraída del ordenamiento jurídico es una regla posible, es decir, justificable en un ordenamiento dado. Ver Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 134.

611 García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, 68-137. Por su parte, para Martínez Roldán y Aquilino Fernández los tópicos son los hilos conductores del pensamiento, puntos de vista directivos,

cuales es posible argumentar,⁶¹² y a través de los cuáles se puede obtener una solución correcta intentando persuadir a los interlocutores del discurso jurídico por medio de la retórica.⁶¹³

Ese sería el contexto de significado que Perelman adaptará a la nueva retórica por él propuesta,⁶¹⁴ como una técnica a partir de la cual es posible razonar favorablemente sobre la base de conceptos morales, tratando de convencer a un *auditorio universal* o persuadir a un *auditorio particular*, y así encontrar una aceptación o justificación válida de una decisión con argumentos retóricos.⁶¹⁵ Argumentos retóricos que no tratan de establecer verdades evidentes como lo intentaría la deducción lógico formal, sino de mostrar el carácter razonable y plausible de una determinada decisión.

En Perelman, puesto que toda argumentación pretende una adhesión de los individuos a quienes va dirigida, la estructura del discurso argumentativo se asemeja a la de un tejido que identifica lugares comunes o tópicos. La tópica vendría a ser en la teoría de Perelman un aspecto de la retórica⁶¹⁶ que sirve para orientar la solución del problema a resolver muy diferente a la simple deducción silogística clásica.

Esta nueva retórica contribuiría a una mejor comprensión de la estructura abierta de los argumentos encaminados a motivar distintas opciones interpretativas con el fin de alcanzar un estado de legitimidad aceptable.

A pesar de la crítica que despierta el método tópico por la vaguedad del concepto, tal como ha sido denunciado por Larenz,⁶¹⁷ o el simplismo metodológico con el que son descritos los denominados *topoi*, queda claro que una interpretación de la Constitución con densos contenidos materiales de principios, a diferencia de la interpretación de la ley, no puede estar caracterizada por la simple deducción lógica formal. Sobre esta base, pue-

más o menos ocasionales y arbitrariamente utilizados que sirven para argumentar. Se trata de un concepto muy heterogéneo, que hace referencia tanto a normas legales como a cánones de interpretación, máximas o refranes jurídicos, principios generales, etc. Ver Martínez Roldán y Fernández Suárez, *Curso de teoría*, 299.

612 Ibid.

613 La retórica viene a ser el arte de demostrar y refutar en las discusiones, sobre todos en las discusiones ante los tribunales. Una técnica del lenguaje puesta al servicio de una finalidad persuasiva. Ver Radbruch, *Filosofía del derecho*, 208.

614 Sobre las teorías de la argumentación jurídica, puede consultarse la obra de Manuel Atienza, *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica* (Madrid: CEC, 1997).

615 Martínez Roldán y Fernández Suárez, *Curso de teoría*, 300.

616 Atienza, *Las razones del derecho*, 68 y s.

617 Para Larenz, la teoría de Viehweg aduce como “*topois* jurídicos” a puntos de vista plenamente dispares (como por ejemplo; axiomas, conceptos y principios de valoración). Y, si todo es un “*topos*” jurídico del que se puede obtener un argumento para los juristas, se vuelve problemático el mismo concepto, con lo cual, existe en dicha teoría un peligro de simplificación. Ver Larenz, *Metodología*, 155 y s.

de, con sus limitaciones, contribuir de forma útil a la interpretación de la Constitución,⁶¹⁸ la denominada argumentación tópica.⁶¹⁹

De ahí que la actividad de concretización hermenéutica, limitada y vinculada por la norma —una actividad normativamente vinculada— que se funda en el método tópico, deba observar según Hesse, algunos principios rectores que la rigen, susceptibles de dotar a ésta de un criterio de racionalidad y previsibilidad, como son: el principio de unidad de la Constitución, de concordancia práctica, de corrección funcional, eficacia integradora y el principio de fuerza normativa de la Constitución.⁶²⁰

Aun admitiendo que ciertas cuestiones no constituyen necesariamente un problema interpretativo que posibilite hablar de una particular interpretación constitucional,⁶²¹ el razonamiento jurídico y la interpretación

618 Pérez Luño describe correctamente que en la idea de la concretización, a la cual concurre la tópica como argumento, se deberá tener presente el peligro de que se pueda disolver la interpretación constitucional en una casuística que comprometa la propia normatividad de la Constitución, lo cual ha llevado a algunos autores, como Hesse o Müller, a matizar su postura respecto del argumento tópico, el cual debe hallarse orientado y limitado por la propia primacía de la norma, que no puede quedar sacrificada en aras de la prioridad del problema. Ver Pérez Luño, “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, No. 1 (1984): 101-2.

619 Sin embargo, un balance entre tópica y lógica es necesario. En realidad las fronteras entre tópica y lógica son más artificiales y engañosas, puesto que son conceptos que están vinculados en el razonamiento jurídico. Sobre esta relación, puede verse García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, 221 y s.

620 Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, 47 y s. Según Hesse, el método tópico debe contar con la presencia de algunos principios que sirven para encausar racionalmente el proceso de concretización hermenéutica. Dichos principios son —como se deja anotado— el principio de unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, efecto integrador y la fuerza normativa de la Constitución. El principio de *unidad de la Constitución* hace relación a la interdependencia existente entre los distintos elementos de la Constitución que obligan a no contemplar en ningún caso solo, la norma aislada sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada; es decir, todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales. El principio de *concordancia práctica*, supone que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo que todos ellos conserven su entidad; es decir, allí donde se puedan producir colisiones no se debe, a través de una precipitada ponderación o incluso abstracta ponderación, realizar el uno a costa del otro. Por el contrario, el principio de unidad exige una labor de optimización de los bienes en conflicto. El principio o criterio de la *corrección funcional* impone que, cuando la Constitución regula de una determinada manera el cometido respectivo de los agentes de las funciones estatales, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas; dicho órgano no deberá modificar la distribución de las funciones, a través del modo y del resultado de dicha interpretación. El principio de *eficacia integradora* propone la creación y mantenimiento de la unidad política de la Constitución. Ello exige otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad. El principio o criterio de *fuerza normativa* de la Constitución está orientado a obtener la máxima eficacia de las normas constitucionales, bajo las circunstancias de cada caso. De esta manera, el método tópico siempre estará orientado y guiado por la norma.

621 Esta advertencia es evidenciada por Riccardo Guastini al abordar, por ejemplo, el valor normativo de los preámbulos constitucionales y la contradicción entre las viejas leyes y la Constitución,

contemporánea en las que se incluye la materia constitucional no puede consistir solamente en una deducción silogística básica, pensada para un tipo de normas reglas, pese a que, de hecho, estas también hacen parte de la Constitución, sino que, además, deben utilizar unos métodos diferentes, orientados a la búsqueda de una síntesis adecuada y razonada, que integre un marco de justificación externa inspirada por una Constitución material de principios.⁶²²

Si “el rigor metodológico, que las corrientes de la interpretación silogística pretenden monopolizar, representa la ortodoxia jurídica, [...] emplear una argumentación más heterodoxa, en definitiva más creativa, exige autojustificarse con un resultado satisfactorio”.⁶²³

Dando por descontado que una decisión que se estime legítima debe necesariamente involucrar un diálogo democrático por parte de todos los interesados a quienes está dirigida, sobre un debate ciudadano en condiciones de igualdad, parece existir, además, un consenso en que la justificación que entraña una valoración normativa de principios exige el desarrollo de un razonamiento válido y suficiente.

Hoy en día, el intérprete “utiliza siempre una composición sincrónica”⁶²⁴ de los diferentes métodos puestos a su alcance, y lo que se exige, más bien, es una racionalidad controlable respecto de su adopción y puesta en práctica, como el único elemento capaz de garantizar que las decisiones de los órganos jurisdiccionales no se conviertan en decisiones al azar.⁶²⁵

así como la declaración o creación de nuevos derechos, indicando que no son propiamente problemas interpretativos, sino, en su caso, un problema de dogmática jurídica los dos primeros, y, el último, un problema de filosofía del derecho. Guastini, *Teoría e ideología*, 94-100.

622 Alexy se ha referido al tema de la justificación interna y externa diciendo: “Pueden distinguirse dos aspectos de la justificación: la justificación *interna* (internal justification) y la justificación *externa* (external justification). En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas”. Ver Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (Madrid: CEC, 1989), 213 y s. También puede consultarse, Paolo Comanducci, *Razonamiento jurídico: Elementos para un modelo* (México DF: Fontamará, 2004), 71 a 84. El marco de justificación interna constituye una inferencia a partir de premisas dadas; en tanto que la justificación externa es la que somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de las premisas dadas. Las primeras se adscribirán a lo que se ha denominado casos simples y la segunda a los denominados casos difíciles.

623 Canosa Usera, *Interpretación constitucional*, 10-1.

624 Claudia Storini, “¿Sobre quién reposa la tortuga?: A vueltas con los límites de la interpretación constitucional”, en *Perspectivas constitucionales* (Quito: CEP, 2011), 14.

625 Cada método puede remitir a una concepción determinada del derecho. Así, la interpretación exegética o literal remite al idea de un derecho legislativo perfecto, completo y coherente; la interpretación sistemática a la idea del derecho como un todo o como un sistema armónico; la interpretación histórica a la idea del derecho como un hecho de formación histórica continua; la interpretación sociológica a la idea del derecho como un producto social en construcción, etcétera.

Si bien al intérprete no puede exigírsele la utilización de un determinado método en exclusión de otros, dado que es libre de escoger los métodos que creyera convenientes a efectos de procurar una solución práctica a los diversos problemas constitucionales, ello no implica “una elección casual o arbitraria de ciertos instrumentos hermenéuticos, sino de la integración necesaria de aquellos que sirven para dotar a las normas de sentido”.⁶²⁶

Lo dicho no tendría sentido si se siguiera sostenido que el “ordenamiento está siempre en condición de ofrecer al intérprete una y solo una respuesta para regular el caso, solo con que se lo interprete correctamente, o dicho de otro modo, con que se haga un buen uso de los métodos de interpretación. Si así fuese, el contenido de la norma dependiese única y exclusivamente del derecho; y el caso, con sus exigencias, no tendría modo de comparecer”.⁶²⁷

Sin embargo, el proceso de argumentación que realizan las juezas y jueces no sirve exclusivamente como argumento intersubjetivo para ellos mismos, sino que debe conseguir además que los resultados a los cuales se llega como producto del proceso interpretativo-argumentativo sean aceptables y justificables para todo un auditorio que se mira como receptor de la decisión judicial.

Si la demostración de un razonamiento constituye el paradigma de la argumentación deductiva, su opuesto, es decir, el de la argumentación persuasiva lo constituyen las motivaciones de las sentencias en materia de ponderación de derechos,⁶²⁸ abandonando la mítica neutralidad judicial y la sola validación de sus decisiones por el hecho de provenir de unos operadores judiciales que a nombre del Estado administran justicia.

Finalmente, como reconoce el propio Konrad Hesse, “la racionalidad total no es nunca posible en el derecho constitucional; lo cual no supone que se deba renunciar a ella, sino más bien aspirar a la racionalidad posible”.⁶²⁹

La interpretación y la actividad judicial en el marco de la teoría cognitiva y escéptica: Un problema de legitimidad constitucional

Es común en la doctrina discutir cuál es el estatuto o teoría de la interpretación que subyace a la práctica de la actividad jurídica. Es más, todas

626 Pérez Luño, “La interpretación de la Constitución”, 97.

627 Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 134.

628 Storini, “¿Sobre quién reposa la tortuga?”, 22-8.

629 Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, 20.

las teorías “pueden ser representadas como un particular modo de entender los enunciados interpretativos”,⁶³⁰ además, todas implican una distinta concepción de la discrecionalidad judicial.

A grandes rasgos, el problema de la interpretación como actividad podría adscribirse al menos a dos mundos distintos como son, el mundo del conocimiento y de la razón, y el mundo de la voluntad y de la decisión,⁶³¹ según se adopte una actitud más cognitiva y racional o más volitiva y creativa.

En las teorías iuspositivistas, “la decisión del intérprete está latente en la disposición normativa, como una estatua en el bloque de mármol y, por tanto, la conclusión del silogismo entre premisa mayor y premisa menor se plantea como una deducción automática”,⁶³² en la que el intérprete resulta ser un sujeto racional que descubre algo preexistente. En una posición opuesta, el intérprete asume una verdadera posición “creadora”⁶³³ del derecho en el fondo no muy diferente a la tarea asumida por el legislador, pero que, sin duda, se debe distinguir, a efectos de no usurpar competencias de las cuales no este investido.⁶³⁴

630 Riccardo Guastini, “La interpretación: Objetos, conceptos y teorías”, en Rodolfo Vázquez, comp., *Interpretación jurídica y decisión judicial* (México DF: Fontamara, 2006), 30.

631 Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho*, 237.

632 Storini, “¿Sobre quien reposa la tortuga?”, 2.

633 Por creación judicial del derecho, como sostiene Ruiz Miguel, se entienden, al menos, cuatro acepciones: 1. Creación formal: Cuando la sentencia se considera un mandato –o, en la terminología kelseniana, una norma particular–, cada decisión judicial es un acto jurídico tan nuevo como una ley o una concesión administrativa y produce un cambio en la situación o relación de las personas que han sido partes en el proceso; la decisión judicial es formalmente creativa de derecho por el simple hecho de tratarse de una decisión; 2. Creación material para un caso concreto por especificación de criterios jurídicos abstractos preexistentes: Según la conocida tesis de Kelsen, el proceso dinámico de producción normativa es a la vez aplicativo y creativo porque las normas inferiores siguen criterios establecidos en normas superiores, pero, a la vez, deben especificar alguno de sus distintos significados posibles; 3. Creación material para un caso concreto por inexistencia de criterios jurídicos abstractos preexistentes: Representados en el lenguaje jurídico como lagunas, antinomias y redundancias; 4. Creación material de criterios jurídicos abstractos: Ocurre cuando una determinada sentencia que crea derecho en el sentido anterior, funciona, además, como precedente para casos posteriores similares. Ver Alfonso Ruiz Miguel, “Creación y aplicación en la decisión judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 1 (1984): 16-7.

634 Antonio Pérez Luño distingue analíticamente hasta ocho actitudes teórico jurídicas respecto del término creación, que van desde la versión más fuerte a la más débil, y dependen de las distintas concepciones que se tengan del derecho. Ellas son: Crear/juzgar como demiurgia; crear/juzgar como manifestación del arbitrio judicial; crear/juzgar como capacidad para producir normas ex ius naturae; crear/juzgar como capacidad de integración normativa; crear/juzgar como capacidad para completar el proceso normativo; crear/juzgar como capacidad excepcional; crear/juzgar como facultad para elegir el significado normativo; crear/juzgar como posibilidad de producir normas individuales. Ver Antonio Pérez Luño, *El desbordamiento de las fuentes del derecho* (Navarra: La ley, 2011), 139 y s.

Posiciones intermedias defienden, por su parte, una actividad de conocimiento racional con un componente discrecional volitivo⁶³⁵ que no se adhiera a sus opuestos en términos radicales de creación o deducción simple.

Interpretación en el marco de una teoría cognitiva de la actividad judicial

En los supuestos de la teoría cognitiva, la actividad interpretativa no es más que un acto puro de conocimiento racional dado que los enunciados interpretativos, esto es las normas, producto de la actividad interpretativa, contienen un valor de verdad.⁶³⁶

Para este tipo de teoría, la actividad del intérprete consiste en una operación silogística racional en la que las disposiciones o contenidos que han de ser interpretados, gozan de una plena autonomía semántica, la cual es descubierta a través de un procedimiento deductivo mediante el que se obtiene un significado unívoco de las mismas.

En el marco de la teoría cognitiva “no se necesita de ningún elemento integrante que no sea la rigurosa lógica del jurista. La decisión del intérprete sobre el derecho se formula a través de una simple deducción de tipo lógico derivada de los contenidos de las disposiciones normativas”.⁶³⁷

El juez, cuando interpreta las disposiciones normativas, no necesitaría de ningún “elemento extraño” que escape a su simple capacidad de deducción lógica. La interpretación judicial se formularía a través de los contenidos implícitos en las disposiciones.⁶³⁸

El origen de esta manera de concebir la interpretación es sin duda la filosofía de la Ilustración de la segunda mitad del siglo XVIII, que entendía que interpretar la ley al modo habitual del Antiguo Régimen, no era precisamente aclararla sino corromperla,⁶³⁹ intentando que el texto normativo diga más allá de lo que su solo contenido pretende decirlo “claramente”.⁶⁴⁰

635 Riccardo Guastini sostiene que una clasificación como esta es infundada, puesto que si cognitivismo y escepticismo son excluyentes entre sí, en donde el uno resulta ser la negación del otro, la teoría ecléctica es en realidad una forma de cognitivismo. Riccardo Guastini, “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”, en Isabel Lifante Vidal, edit., *Interpretación jurídica y teoría del derecho* (Lima: Palestra, 2010), 147.

636 *Ibid.*

637 Storini, “¿Sobre quien reposa la tortuga?”, 2.

638 *Ibid.*

639 Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho*, 240.

640 Prieto indica que, “esta opinión que no es modo alguno excepcional, obliga a matizar el calificativo de mecanicista que habitualmente se aplica al modelo de la ilustración. Sin duda, es cierta aquella famosa afirmación de Montesquieu, ya citada, de que los jueces no eran (no

Para esta posición formalista, que comprende la Escuela de la exégesis francesa,⁶⁴¹ así como la Escuela histórica alemana,⁶⁴² la legislación es un tema de la política, un asunto de voluntad en el que el intérprete del derecho no puede sino limitarse a expresar el significado objetivo de las disposiciones.

Amabas escuelas y sus teorías “van a configurar el derecho durante más de un siglo en Europa, como una actividad intelectual de carácter estrictamente racional sobre el contenido de la norma, y donde el intérprete no pone más que su capacidad de intelección”.⁶⁴³

El resultado es una concepción mecánica de la función judicial en la que el derecho se ve reducido a un conjunto de fórmulas preestablecidas que deben ser aplicadas de forma deductiva mediante inferencias lógicas de razonamiento.⁶⁴⁴

Consecuentemente, el juez propio de este paradigma sigue la famosa idea de Montesquieu en el que no era sino la boca muda que pronuncia las palabras de la ley. Un autómatas encargado de resolver los casos puestos a su conocimiento a través del clásico método de la subsunción lógica, en el que la premisa mayor venida dada por la norma, la premisa menor constituye el hecho, que se adapta o no a la ley previa, y la consecuencia, o la conclusión que constituye el fallo o resolución de la causa, que encuentra su justificación en esta actividad de adaptación mecánica. El resultado, una actividad de justificación interna más demostrativa que argumentativa.

De ahí la idea de que las leyes debían ser lo suficientemente claras y concluyentes sin pasajes oscuros capaces de resolver todos los problemas

debían ser) sino la boca muda que pronuncia las palabras de la ley. Como es cierta también la afirmación de Beccaria según la cual la aplicación del derecho (al menos del derecho penal) había de ajustarse rigurosamente al esquema silogístico: La premisa mayor es la norma; la menor, la acción conforme o no con la a ley; la consecuencia, el fallo que decreta la libertad o la pena...”. *Ibid.*

641 La escuela de la exégesis francesa del derecho surge en la Francia de Napoleón para responder a la exigencia de interpretar el Código Civil con una total fidelidad al texto escrito. Aquí se identifica plenamente el derecho con la ley.

642 La escuela histórica responde a la necesidad política de unificar el derecho en Alemania. Esta escuela admite que el derecho viene dado por todo el pasado de la nación, pero no de forma arbitraria, sino como procedimiento derivado de la íntima esencia de la nación y su historia. En sentido contrario a la Escuela no histórica, que admite que el derecho puede ser creado en cada momento por el arbitrio de las personas investidas de poder según sus convicciones e independientemente de la historia. Así, el derecho es una entidad que ha de ser descubierta, no ya en la naturaleza racional del hombre, como proclamaba la escuela iusnaturalista, sino en el desarrollo histórico de las instituciones jurídicas. Ver Karl von Savigny, *La Escuela histórica del derecho*, trad. por Rafael Atard (Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 2014), 11-2.

643 Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 86.

644 José Ignacio Solar, *El realismo jurídico de Jerome Frank: Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial* (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2005), 70.

sociales de manera que pudieran ser fácilmente entendidas por todos los destinatarios como sujetos racionales.

Subyace a esta visión una idea del derecho como un sistema cerrado de normas específicas o reglas jurídicas dotadas de una racionalidad implícita e inequívoca. Un sistema perfecto, plenamente válido para todos los casos.

El que las normas –para diferenciarla de los textos o disposiciones– solucionen todos los problemas y “lo hagan de forma coherente parece ser una condición necesaria para poder exigir del juez que se limite a la mera aplicación”,⁶⁴⁵ sin introducir ninguna modificación de origen externo sobre las mismas.

En efecto, en este paradigma: 1. Todos los jueces tienen la obligación jurídica de resolver los casos puestos a su conocimiento, de donde se colige que, 2. En el derecho siempre existe una solución correcta para los diferentes problemas jurídicos,⁶⁴⁶ alcanzándose, así, la plenitud absoluta del sistema jurídico.

El derecho, desde esta perspectiva, es concebido como un sistema formal integrado por un conjunto de reglas lingüísticas precisas, coherentes y completas, por lo que el “problema” de la interpretación se resuelve a sí mismo en un acto no de voluntad, sino de simple cognición o razón, en el cual es posible encontrar siempre y en todos los casos la única respuesta.

Esta posición supone, además, que todos los problemas son resueltos a partir de las normas legales preexistentes, lo cual exige de la ciencia jurídica que se suministre la única solución correcta mediante la aplicación de normas abstractas y generales.

Se formulan en consecuencia una serie de dogmas o ficciones jurídicas capaces de procurar una única respuesta a las situaciones propuestas. La certeza del derecho y la necesidad de la previsibilidad normativa, así como la plenitud del sistema, representan los pilares en los que descansa una actividad hermenéutica cognitiva-racional.⁶⁴⁷

Así las cosas, la tarea jurisdiccional cognitiva se agota en el “mero servicio” al legislador y a su voluntad; es decir, los jueces se erigen en portavoces del “único y verdadero” significado de las normas emanadas de un legislador omnímodo⁶⁴⁸ y racional capaz de prever la solución para todos los supuestos.

645 Eugenio Bulygin, “Los jueces ¿crean derecho?”, en Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vásquez, comp., *La función judicial: Ética y democracia* (Madrid: Gedisa, 2003), 23.

646 Para constatar este hecho basta pensar en las disposiciones que indican que los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. Ver el art. 18, inciso 1 del Código Civil ecuatoriano.

647 Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 76.

648 Con gran precisión, Luigi Ferrajoli en su artículo “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Miguel Carbonell y otros, coord., *Estado de derecho: Concepto, fundamentos y democratización en*

Sin embargo, las insuficiencias del método cognitivo y las diferentes reacciones al positivismo legalista desde las teorías sociológicas⁶⁴⁹ y la Escuela del Derecho libre, permitieron una reacción decidida frente al formalismo rígido ya a fines del siglo XIX.⁶⁵⁰

Hoy es claro que ninguna norma positiva puede tener una fuerza vinculante efectiva por sí misma, fuera de los actos de interpretación⁶⁵¹ debido a que, de una u otra manera, la actividad del intérprete, en el marco de sus facultades y con los límites necesarios, condiciona el resultado de dicha actividad.

Bajo el marco de la teoría cognitiva, el tema de la legitimidad de la justicia constitucional resultaría irrelevante, debido a que el intérprete sería un súbdito más de la norma y de su única voluntad, salvo que pretendiese inmiscuirse en ámbitos más allá de los legítimamente autorizados por el legislador.

La ley codificada resultaría ser solamente el instrumento que condensa la experiencia jurídica y ofrece al juez los signos necesarios para la resolución de los conflictos, destruyendo la autonomía del jurista, ya que cualquier actividad más allá de la simple cognición constituiría una adulteración del sistema.⁶⁵²

América Latina (México DF: Siglo XXI, 2002), 189, expresa que “En efecto con aparente paradoja era el iusnaturalismo la teoría del derecho premoderno; mientras que el positivismo jurídico expresado en la fórmula hobbesiana correspondía a la instancia axiológica de la refundación del derecho sobre el principio de legalidad como garantía de certeza y libertad frente a la arbitrariedad. El Estado de derecho moderno nace, con la forma del Estado legislativo de derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido “puesta” por una autoridad dotada de competencia normativa”.

649 Para Gregorio Robles, la teoría sociológica del derecho que se genera en contra del legalismo de la escuela francesa de la exégesis se llevó a cabo en tres vertientes como son: la jurisprudencia de intereses de Jhering, la vía empirista de investigación de los hechos de Nussbaum y, la teoría del Ehrlich, que eleva a categoría de ciencia frente a la dogmática tradicional a la sociología del derecho y que proporcionaría, a través de su investigación libre del Derecho, una pauta para lo que luego sería el movimiento del derecho libre. Véase Gregorio Robles, *Sociología del derecho* (Madrid: Civitas, 1993), 19-20.

650 Según Calsamiglia, la crítica al formalismo llevó a la denominada Escuela del derecho libre a reconocer poderes a los jueces en el momento en el que los parlamentos ampliaban su representatividad y, en sus excesos, al denominado uso alternativo del derecho, partiendo del presupuesto de que toda decisión jurídica era una decisión política. Albert Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica* (Barcelona: Ariel, 1986), 106 y s. Véase también, Larenz, *Metodología*, 85-90. Asimismo, puede consultarse Manuel Segura Ortega, “Kantorowicz y la renovación jurídica”, *Revista Jurídica de la Universidad Santiago de Compostela* 2, No. 2 (1993).

651 Storini, “¿Sobre quien reposa la tortuga?”, 1.

652 Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica*, 100 y s.

De hecho, si se acepta los presupuestos de la teoría cognitiva y el juez se “se mantiene en el lugar que le corresponde”, el fantasma de la ilegitimidad democrática de la revisión judicial desaparece. Lo que es dudoso es que los presupuestos sobre los que se basa esta teoría se den en la realidad.

Interpretación en el marco de una teoría escéptica de la actividad judicial

La crisis del pensamiento formalista europeo no supuso en un primer momento el abandono total del cognitivismo. Sin embargo, la ley, con su generalidad, vaguedad y abstracción, se mostraba cada día más insuficiente frente a los diferentes problemas particulares necesitados de una concreta solución práctica.

Partiendo de que la tarea del jurista se desarrolla en un contexto de imperfección del derecho, contrariamente a lo que supuso la teoría cognitiva, la crítica a la dogmática decimonónica supone y exige hacer cuentas con el legalismo, el logicismo y la imagen tradicional de la función del jurista. Esta crítica ha sido llevada a su extremo por la denominada Escuela del derecho libre⁶⁵³ y el escepticismo judicial radical.⁶⁵⁴

La insistencia en los argumentos críticos frente a una tarea cognitiva, negando todo estatuto de racionalidad a las normas, ha dado lugar, incluso, a la idea de la denominada *pesadilla* de la adjudicación judicial, en términos hartianos, frente al *noble sueño* de la única solución correcta.

Según este escepticismo, los jueces nunca aplican un derecho preexistente en los casos puestos a su conocimiento, sino que siempre lo crean. Bajo esta visión, “los intérpretes de los textos normativos no ‘juegan’ a comprender al interlocutor (la autoridad normativa), a averiguar lo que el interlocutor de verdad pretendía decir. Hacen un ‘juego’ completamente diverso, que consiste en dirigir a su propio favor –con oportunos argumentos, elaborados por los juristas en una práctica secular– lo que el interlocutor ha dicho”.⁶⁵⁵

Se trata de una tesis que suele estar asociada al realismo jurídico americano, cuyas versiones extremas vienen muy a menudo apoyadas en algunas interpretaciones de la filosofía del lenguaje.⁶⁵⁶

653 Sobre el movimiento del derecho libre puede consultarse la publicación de Manuel Segura Ortega, “El movimiento del derecho libre”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 10 (1993).

654 Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica*, 100.

655 Guastini, “Fundamentos”, 155.

656 Moreso destaca como el exponente supremo de la idea de la *Pesadilla judicial* a Jerome Frank. Sin embargo, reconoce la influencia reciente de los autores del movimiento conocido como *Critical*

Esta concepción de la *pesadilla* interpretativa insiste en que las proposiciones jurídicas aplicativas y su valor de verdad no dependen de lo que establezcan determinadas normas de aplicación general, sino de lo que informen las decisiones jurídicas en cada uno de los casos concretos.⁶⁵⁷

De esta manera, las proposiciones jurídicas no decididas judicialmente no son susceptibles de ser verdaderas o falsas, son simplemente meras conjeturas mientras no sean adoptadas en forma de discreción judicial.⁶⁵⁸

Así, para los escépticos no hay casos claros en el ámbito del derecho. Consecuentemente, a la pregunta de si una persona en concreto tiene una obligación definida por una norma, la única respuesta posible sería que la misma depende de la decisión judicial en concreto.

El significado de los enunciados normativos constituye una variable dependiente no solo de reglas sintácticas o semánticas del idioma, sino además de una particular técnica interpretativa empleada, de las tesis dogmáticas sostenidas por los juristas y de las preferencias o juicios de valor formulados por el intérprete.⁶⁵⁹

Esta posición ha sido frecuentemente “usada en el ámbito de *Critical Legal Studies* para sostener que la idea según la cual el derecho determina normativamente los comportamientos es una ilusión y que, por tanto, todas las decisiones judiciales obedecen a criterios no neutrales, a criterios

Legal Studies, quienes han presentado la versión más sofisticada de esta posición radicalmente escéptica. Véase José Juan Moreso, *La indeterminación del derecho*, 206.

657 Ibid. En este punto es necesario destacar que realistas como Jerome Frank incitarían en el marco de este debate, a defender las medidas adoptadas en sede legislativa ante los tribunales, siguiendo para ello las denominadas técnicas de Brandeis. Las técnicas de Brandeis son aquellas técnicas de litigio que permiten incorporar ante los tribunales alegatos en los que se hace un acopio importante de datos y conclusiones suministradas por diversas ciencias sociales que lleven a demostrar la razonabilidad de las medidas adoptadas en relación con la persecución de unos fines legítimos. Esta técnica de alegación fue utilizada por primera vez por el abogado Brandeis en el caso *Muller vs. Oregon*. En el caso se impugnaba una ley del Estado de Oregon que limitaba a diez horas la jornada laboral de las mujeres en factorías y lavanderías. En su alegato en defensa de la ley, que es considerado uno de los primeros ejemplos de jurisprudencia sociológica en acción, Brandeis presentaba extensa literatura científica, sociológica y médica encaminada a mostrar los perniciosos efectos que sobre la salud de las mujeres tenía una jornada laboral tan prolongada. Este caso marco un hito histórico en la lucha de los sectores jurídicos progresistas por la defensa de la legislación social. Véase Solar, *El realismo jurídico*, 120.

658 Riccardo Guastini, en relación con la pugna cognitivismo *versus* escepticismo, indica que la controversia atañe al estatuto lógico de los enunciados interpretativos y no al de los enunciados subsuntivos, ya que se puede conceder que estos últimos pueden ser verdaderos o falsos, o ni verdaderos ni falsos. Un enunciado interpretativo sería determinar si el texto normativo T expresa la norma N1 o la norma N2, en tanto que un enunciado subsuntivo se expresa mediante enunciados tipo: “X (no) constituye asesinato” o “Y (no) es un contrato”. Véase Guastini, “Fundamentos”, 152-3.

659 Ibid., 156-7.

políticos, a criterios que presuponen el uso de juicios de valor por parte de los jueces".⁶⁶⁰

Apoyada en Wittgenstein, el desafío de la teoría escéptica consiste en poner de relieve el significado metalingüístico, que provoca que las reglas generales no determinen ningún comportamiento, ni para los casos fáciles ni para los casos difíciles⁶⁶¹ sin que sea posible atribuir significado unívoco a ninguna formulación de contenido normativo.

No obstante, el núcleo del desafío escéptico se enfrenta a fuertes cuestionamientos, que, como bien ha definido Moreso, se refieren fundamentalmente, a un énfasis casi obsesivo, y no justificado, en el proceso judicial, olvidando que las decisiones judiciales presuponen la existencia de algún tipo de normas,⁶⁶² la necesaria distinción entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento⁶⁶³ y, la distinción entre definitividad e infalibilidad de las decisiones judiciales.⁶⁶⁴

660 Moreso, *La indeterminación del derecho*, 211.

661 El grado de problematicidad que haya en un caso será lo que le atribuya la propiedad se der fácil o difícil. Los denominados casos fáciles son aquellos en los que aparece formulada en términos relativamente sencillos la construcción silogística de premisa mayor, premisa menor y consecuencia, de manera que es posible una única solución correcta. Por el contrario, un caso es difícil cuando los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos a primera vista, más de una solución; es decir, no aparecen determinadas de forma clara la premisa mayor, premisa menor y la consecuencia capaz de procurar la solución correcta al caso. Se presentan con una zona de certeza o núcleo duro y una zona de penumbra. Estos casos son difíciles porque no hay una respuesta correcta para ellos, las formulaciones normativas aplicables son ambiguas y los conceptos que expresan son vagos, el derecho es incompleto o inconsistente, no hay consenso en la comunidad de juristas sobre su solución, no se trata de casos rutinarios o de aplicación mecánica, es necesario sopesar disposiciones jurídicas en conflicto, requieren para su solución un razonamiento basado en principios, o bien involucran juicios morales. Véase al respecto, Laporta, *El imperio*, 204 y s. También puede consultarse Atienza, *El sentido del derecho*, 264-5.

662 José Juan Moreso señala que la pretensión de que sea un mito afirmar que los comportamientos humanos están gobernados por normas jurídicas, es inconsistente con la afirmación de que existen decisiones judiciales. La existencia de decisiones judiciales supone la existencia de algún tipo de normas. La atención excesiva de los escépticos a los problemas derivados de la aplicación del derecho puede llevarlos a pensar que todos los casos son controvertidos. Véase Moreso, *La indeterminación del derecho*, 213.

663 Una distinción que procede de la filosofía de la ciencia y distingue entre la actividad que consiste en descubrir una teoría; y, la actividad claramente distinta de justificación. Esto es, contexto de descubrimiento y contexto de justificación. O sea, una cosa es dar cuenta de los motivos de diverso tipo que llevan a un juez o tribunal a adoptar una determinada decisión; y otra, señalar las razones que permiten considerar que esa decisión como algo aceptable. En otros términos: una cosa son las razones que *explican* una decisión, y otras las que lo *justifican*. Muchos de los argumentos de los realistas norteamericanos son útiles en el ámbito del contexto de descubrimiento de las decisiones judiciales, en tanto que, las razones que justifican la decisión son aquellas razones distintas a las que apela el juez para fundar racionalmente su decisión fundadas en derecho. Sobre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación se puede consultar Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, 114-5.

664 Véase Moreso, *La indeterminación del derecho*, 213 y s.

Vale recalcar, como lo ha hecho Prieto Sanchís, que hoy en día es bastante difícil encontrar un escepticismo de corte radical-teórico que acepte sin más que las palabras de la ley carecen de significado y que los enunciados interpretativos son producto exclusivo de la creatividad o subjetividad del intérprete.

Así, un escepticismo que el propio autor califica como moderado es el que representa la importante y sugestiva obra de Guastini,⁶⁶⁵ ya que, para este autor, los enunciados normativos pueden ser unas veces más claros y otros más oscuros, pero tienen un significado, –aunque como se verá–, no de contenido absoluto.⁶⁶⁶

En efecto, la versión radical del postulado de la indeterminación del derecho es insostenible por dos razones fundamentales: una un tanto banal y otra de mayor peso. La primera razón, por cuanto la interpretación, ciertamente, produce significados, pero, sin embargo, dicha producción de significados por vía de interpretación presupone, obviamente, la existencia de un texto anterior, el texto interpretado y, en consecuencia, la producción de un significado es algo muy diferente de una creación *ex nihilo* o *ex novo*, y se asemeje más bien a lo que Guastini comenta como la transformación de una materia prima más o menos elaborada.⁶⁶⁷

Y la segunda razón, porque no puede suponerse que los textos normativos carezcan antes de la actividad interpretativa de cualquier significado, ya que, si fuese así, la interpretación en realidad sería creación del derecho.⁶⁶⁸

Ello implica entonces que no es que los textos normativos carezcan de significado en estricto sentido, sino que están dotados de una pluralidad de significados, una veces más claros y otras más oscuros y, por tanto, susceptibles de una multiplicidad de interpretaciones, al menos, tantas cuantas sean posibles según los métodos interpretativos, las reglas del idioma

665 Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho*, 244.

666 Las teorías sobre el contenido de los derechos serán abordadas en detalle más adelante en este mismo trabajo, defendiendo como idea principal el rechazo hacia una teoría absoluta del contenido esencial de los mismos por ser incompatible con un Constitución de principios abiertos y derechos en un grado de igualdad jerárquica.

667 Inclusive encaja aquí el denominado derecho implícito del que habla Laporta. Es decir, aunque no exista una respuesta explícita en el ordenamiento jurídico para un caso difícil, ello no quiere decir que esta no exista. Así, con el fin de no caer en un acto de creación *ex novo* se ha de formular una teoría del derecho implícito, que muestre cómo obtener la norma general en que apoyar la decisión sin llevar demasiado lejos la idea del acto creador del derecho. La relación entre las normas de derecho explícito y las de derecho implícito sería una relación de coherencia, pues, aun sin ser aquellas, consecuencias deductivas de las segundas, mantienen con los enunciados de estas, ciertas relaciones de ajuste que impiden considerarlas mero producto de la personalidad del juez o de sus circunstancias de contexto. Véase Laporta, *El imperio*, 213.

668 Véase Guastini, "Fundamentos", 164.

y la dogmática jurídica.⁶⁶⁹ Interpretar, entonces, significa también decidir un significado de entre varios posibles.⁶⁷⁰

Si para el escepticismo radical es suficiente mostrar que el juez siempre tiene discrecionalidad porque tiene la posibilidad de elección entre una pluralidad de significados;⁶⁷¹ y, para el cognitivismo, la respuesta única se encuentra siempre predeterminada; en una teoría intermedia, –una suerte de *vigilia* entre la *pesadilla* y el *noble sueño*– la justificación se encontraría en un constructivismo moderado⁶⁷² o discrecionalidad controlable entre “aplicativistas” y “creativistas”, si se habla de enunciados subsuntivos.⁶⁷³

El resultado es, pues, una posición según la cual se puede determinar el significado de ciertas consecuencias jurídicas asumiendo que unas veces existe una respuesta más o menos clara y, en otras, una mayor discrecionalidad –que no arbitrariedad judicial–, acotada por el propio entramado constitucional y por pautas interpretativas establecidas,⁶⁷⁴ que permiten

669 Riccardo Guastini aclara con una nota al pie que no parece aceptable que se pueda circunscribir el número de las interpretaciones posibles a aquellas pocas que son consentidas por la reglas del idioma, ya que, de hecho, muchas de las veces, aquel significado que es precisamente sugerido por las reglas del idioma, es alterado o subvertido por los intérpretes mediante oportunas técnicas interpretativas y/o sobre la base de doctrinas preconstituidas, sin que eso sea percibido como una interpretación inadmisibles. *Ibid.*, 165.

670 Según Marisa Iglesias Vila, “toda interpretación es una forma débil de invención porque tiene como resultado una nueva respuesta a una cuestión jurídica. A pesar de ello es una respuesta que está dentro de la zona de razonabilidad o admisibilidad jurídica, lo que no ocurre con la invención en un sentido estricto”. Véase Marisa Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial: Una aproximación al conocimiento jurídico* (Madrid: CEPC, 1999), 112.

671 *Ibid.*, 244.

672 Este constructivismo debe ser entendido en el sentido de que el sujeto cognoscente interviene decisiva e inevitablemente en la construcción del objeto que conoce. En el ámbito del constitucionalismo, se trata de un tipo de compromiso que concibe al jurista como sujeto participante y se presenta como prueba de que no es posible mantener la tesis positivista de la separación entre el derecho y la moral. Ver en ese sentido, Sastre Ariza, *Ciencia jurídica positivista*, 130. Según Moreso, este constructivismo moderado es una posición según la cual, si bien no existe un mundo jurídico independiente de nuestra capacidad de conocer el derecho construido (la tesis metafísica), podemos determinar el significado de los enunciados constitucionales demostrando que determinadas consecuencias se obtienen de la Constitución (la tesis semántica), y aunque ello no nos garantiza que todas las proposiciones constitucionales sean verdaderas o falsas (la tesis lógica), es verdad que, algunas veces, hay una respuesta correcta para los casos constitucionales, por lo tanto, algunas veces los tribunales tienen un derecho que, jurídicamente, deben aplicar, aunque, obviamente, pueden equivocarse al hacerlo (tesis jurídica). Véase Moreso, *La indeterminación del derecho*, 218.

673 Véase Ruiz Miguel, “Creación y aplicación”, 7-32. Alf Ross defiende una postura similar, indicando que el derecho judicial es el resultado de una interpretación constructiva que es a la vez conocimiento y valoración, pasividad y actividad. Véase Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires: Eudeba, 1963), 135.

674 Ángeles Ródenas, “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 24 (1989): 35.

articular una interpretación plausible⁶⁷⁵ en consideración a un conjunto amplio de derechos configurados en pie de igualdad.

O, si se prefiere, un escepticismo moderado,⁶⁷⁶ si se habla de enunciados interpretativos, en donde no resulta correcto reducir todo el derecho a una concepción estrictamente de carácter judicial prescindiendo de un contenido en los enunciados,⁶⁷⁷ puesto que ese mismo derecho judicial presupone en mayor o menor medida un significado y, además, porque, si todos los significados fueren estipulados por los intérpretes, carecería de sentido predicar corrección sobre la interpretación judicial.

Con el fin de acotar el problema, así como de demostrar la escasa base del fundamento de una teoría que defiende que la interpretación es siempre creación *ex novo*, resulta determinante la obligación de los jueces de motivar sus sentencias sobre la base de la Constitución y la ley.⁶⁷⁸ Es probable que se trate de un vinculación débil, pero, no obstante, “es la única respuesta que permite excluir la posibilidad de formulación de una norma *ex novo* y, al mismo tiempo, reconducir la interpretación a una decisión respecto de la atribución a una expresión de un determinado significado que prevalece sobre los demás”.⁶⁷⁹

De tal forma se entiende cómo el problema de la legitimidad de la justicia constitucional cobra un mayor protagonismo en casos en los que el margen de discrecionalidad⁶⁸⁰ se encuentra ampliado para los órganos jurisdiccionales.

675 Moreso, “*La indeterminación del derecho*”, 223.

676 Escepticismo moderado en términos de Guastini, quien distingue un núcleo no controvertido, que coincide, *grosso modo*, con el significado literal, y el margen del núcleo, en una franja controvertida. Distinción que no debe ser confundida, según el propio autor, con las tesis eclécticas entre casos fáciles y difíciles o entre “luz” y “penumbra” propias de los enunciados subsuntivos y no de los enunciados interpretativos. Véase Guastini, “Fundamentos”, 161-2.

677 En una referencia que resulta pertinente al caso, Gadamer ha indicado que no es posible “dividir el planteamiento hermenéutico en la subjetividad del intérprete y la objetividad del sentido que se trata de comprender. Este procedimiento partiría de una falsa contraposición que tampoco supera en el reconocimiento de la dialéctica de lo subjetivo y lo objetivo. La distinción entre una función normativa y una función cognitiva escinde definitivamente lo que claramente es uno”. Véase Gadamer, *Verdad y método*, 382.

678 Claudia Storini, *Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto competencial ente Estado y comunidades autónomas* (Valencia: Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración, 2001), 47.

679 *Ibíd.*

680 Para diferenciarla de una discrecionalidad en sentido débil, donde el intérprete vendría “autorizado” por el derecho preexistente, por decirlo de una manera, concediendo la facultad a los jueces de optar entre una o varias alternativas, la discrecionalidad en sentido fuerte es el resultado de la indeterminación misma del derecho, porque el mismo no suministra respuesta alguna para el caso que se debe resolver. En el primer caso, la posibilidad de predecir las decisiones se reduce, pero no se elimina; en el segundo caso, dependerá de la tesis adoptada. Si, de acuerdo con Hart, la textura abierta de las normas es inevitable, el derecho será parcialmente indeterminado; por otro lado, si se adopta el escepticismo radical todas las decisiones serán

Una legitimidad que, por no ser directa⁶⁸¹ en el caso de los jueces constitucionales, y al tener que utilizar aquellas categorías jurídicas abiertas o generales en el ejercicio de su actividad, resulta reconocible solo en la medida en la que la decisión no obedezca a criterios particulares, sino a reglas generales de aplicación, aceptadas y consideradas jurídicamente como válidas por un auditorio, capaces de ser sometidas a un proceso de crítica no meramente intuitiva.⁶⁸²

Entre la teoría de la interpretación constitucional, el juez y el legislador democrático: El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad y fuente de legitimidad

Precisión conceptual; estructura del principio de proporcionalidad y estatus jurídico

Debido a que un grado de legitimidad del ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la Corte puede ser apreciado a través de la utilización y puesta en práctica de ciertos parámetros o cánones objetivos del control de constitucionalidad, como por ejemplo, el principio de proporcionalidad, un análisis de dicho instrumento jurídico puede resultar relevante a efectos de justificar un grado de intervención racional y controlable del órgano jurisdiccional sobre la obra del legislador.

Es verdad que existen otros principios, técnicas argumentales, métodos de interpretación o herramientas jurídicas que son utilizadas por la Cortes Constitucionales o Tribunales Constitucionales contemporáneas en el ejercicio de su actividad de control, sin embargo, la puesta en práctica del principio de proporcionalidad permitirá evidenciar de una manera controlable, debido a su estructura, desde el denominado test alemán de proporcionalidad, cómo el órgano jurisdiccional desarrolla su función de

discrecionales. Sin embargo, ninguno de estos diseños elimina el margen de discrecionalidad. Véase Caracciolo, *EL derecho desde la filosofía*, 255 y s.

681 Alfonso Ruiz Miguel ha referido que en el modelo de legitimidad del juez, mientras la legitimidad que se llama primaria viene dada en la ley, la legitimidad secundaria del juez se expresa a través de fórmulas de razonamiento judicial que siempre dejan márgenes de libertad y creatividad. Y es, justamente, en esos márgenes en donde se entrecruzan los modelos opuestos de juez-técnico y juez-político. Véase Ruiz Miguel, "Creación y aplicación", 23.

682 Como indica Juan Igartua Salaverría, "si contra el riesgo de la arbitrariedad no se conoce otro antídoto que la *motivación*, a esta habrá que considerarla como sinónima de *justificación* (aducir buenas razones en favor de una decisión) y no –por muchos que sea habitual– como si fuera la descripción de las razones/motivos que han inducido a un sujeto a decidir algo[...]" Véase Juan Igartua Salaverría, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional* (Madrid: Civitas, 1998), 77.

guarda constitucional frente a normas fundamentales de carácter abierto y general.

De esta manera, conviene, primero, fijar una precisión conceptual del principio, analizar su estructura y composición como método y, luego, referirse al estatus jurídico del mismo con el fin de cumplir el cometido propuesto; esto es, evidenciar al principio de proporcionalidad como un parámetro objetivo de constitucionalidad y fuente de legitimidad de la revisión judicial.

Precisión conceptual del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un concepto e instrumento jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones de las Cortes o Tribunales contemporáneos como canon para controlar la actividad legislativa que riñe con el contenido de los derechos fundamentales. Por ello, es necesaria una precisión del concepto a efectos de poder contextualizarlo en el lugar que, se estima, debe tener, dentro de la teoría de la interpretación constitucional.

Como bien anota Bernal Pulido, no se trata de un concepto jurídico inventado por la jurisprudencia y la doctrina constitucional de la segunda mitad del siglo XX. La relación *medio-fin* que subyace a una idea de proporcionalidad se reveló como una forma de pensamiento en la filosofía práctica de la Grecia clásica.⁶⁸³ Sin embargo, el resurgimiento del principio como concepto del derecho europeo se remonta al contractualismo iusnaturalista de la Ilustración, cuando maduraron los demás presupuestos del derecho moderno, fundamentalmente del derecho penal.⁶⁸⁴

La nueva concepción liberal del Estado y de la actividad de policía que surge en el siglo XIX, caracterizada por el reforzamiento de la protección de las esferas jurídicas individuales mediante el reconocimiento de una serie de derechos que limitan la intervención del Estado en el ejercicio de su potestad de policía, determina un claro desarrollo del principio de proporcionalidad en la práctica jurídica.⁶⁸⁵

En principio, todo el discurso de los derechos públicos subjetivos alimentó la concepción individualista frente al Estado, restringiendo toda

683 Sobre la génesis y los antecedentes del principio de proporcionalidad en el derecho público europeo y, concretamente, en el caso español, se puede consultar Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid: CEPC, 2005), 39 y s. 58. También puede consultarse Javier Barnés, "El principio de proporcionalidad: Estudio preliminar", *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5 (septiembre-diciembre de 1998): 23 y s.

684 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 398.

685 Isabel Perello Domenech, "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", en *Jueces para la Democracia*, No. 28, 1997, 69.

actividad de intervención estatal a circunstancias excepcionales, y siempre que fuese necesaria y proporcional,⁶⁸⁶ con lo cual, el principio de proporcionalidad comenzaría a aplicarse en las más variadas áreas del derecho administrativo, especialmente el administrativo sancionador y, con primordial relevancia en el ámbito del derecho penal,⁶⁸⁷ con el fin de evitar un exceso de intervención sobre el contenido de los derechos.

Tras la consolidación del Estado democrático, la utilización del principio de proporcionalidad se ha generalizado y ha venido a desempeñar un papel relevante no solamente en el área del Derecho penal o del Derecho administrativo,⁶⁸⁸ sino, fundamentalmente, en el área del Derecho constitucional y de los derechos humanos, evidenciando un rol importante en la fundamentación de las decisiones, tanto de los tribunales internos, como de los tribunales internacionales de derechos humanos.⁶⁸⁹

La generalizada aceptación que hoy en día goza en la doctrina jurídica el principio de proporcionalidad conlleva que todos los poderes públicos estén sometidos al mismo en una doble vertiente, es decir, como criterio de actuación y como parámetro de control. De manera que “todos los poderes públicos, sea cual sea su ámbito y modo de actuación, deben actuar, pues, de conformidad con el principio de proporcionalidad y, a su vez, pueden ser controlados jurisdiccionalmente desde esta perspectiva”.⁶⁹⁰

No obstante, es evidente que la diversa posición institucional del legislador, de los órganos administrativos y de los tribunales, supone que su vinculación al principio de proporcionalidad difiera tanto en el plano del control como en el de la actuación misma de cada órgano.⁶⁹¹

686 George Jellinek, *Teoría general del Estado* (Granada: Comares, 2000), 205.

687 Entre otros, pueden verse Teresa Aguado Correa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal* (Madrid: EDESA, 1999); Nicolás González-Cuellar, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal* (Madrid: Colex, 1990); José Luis Díez Ripollés, “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 75 (septiembre-diciembre de 2005); Gloria Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y ley penal* (Madrid: CEPC, 2006); Santiago Mir Puig, “Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal”, en Juan Echano Basaldúa, edit., *Estudios en memoria de José María Lidón* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2002), 349-66; Hernán Fuentes Cubillo, “El principio de proporcionalidad en el derecho penal: Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, *Revista Ius Et Praxis* 14, No. 2 (2014).

688 Aguado Correa, *El principio de proporcionalidad en el derecho penal*, 79 y s.

689 Bardo Fassbender “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos”, *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5 (septiembre-diciembre de 1998): 52 y s.; Barnés, “El principio de proporcionalidad”, 16-49.

690 Markus González Beilfus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, 2a. ed. (Navarra: Aranzadi-Thomson, 2015), 79.

691 *Ibid.*

En el ámbito del control de constitucionalidad, ha sido la jurisprudencia del TC alemán la precursora en la aplicación de este principio respecto de los actos provenientes de los poderes públicos en materia de derechos fundamentales,⁶⁹² línea que ha sido seguida y emulada posteriormente por diferentes Cortes o Tribunales, entre ellas la CCE.

Sin embargo, una de las deficiencias más notorias que puede evidenciarse en relación con el principio de proporcionalidad es aquella que se refiere a su inconsistencia terminológica.⁶⁹³ Este problema se presenta con particular evidencia en el uso intercambiable y confuso que se genera entre los términos *proporcionalidad* y *ponderación*.

Con mucha probabilidad una de las causas de este uso inconsistente estriba en la pluralidad de significados o en el uso disímil que puede adscribirse al término ponderación.⁶⁹⁴

Según Arroyo Jiménez es probable “que esta oscuridad esté asociada al hecho de que, aunque en algunas jurisdicciones hayan adquirido una cierta estabilidad, ambas técnicas se encuentran en permanente evolución, tanto por lo que atañe a su contenido y funciones, como por lo que se refiere a su ámbito de aplicación”.⁶⁹⁵

Por ponderación se puede entender “una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificatorias del mismo valor y tendencialmente contradictorias, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales”.⁶⁹⁶ En otras palabras, una forma de “sopesar razones que juega a favor y en contra de una específica solución, un método jurídico contrapuesto a la subsunción”.⁶⁹⁷

692 En Alemania, la sentencia dictada en el famoso caso de las farmacias inauguraría una tendencia en la que el principio de proporcionalidad constituye la piedra angular de la fundamentación de las decisiones de control constitucional sobre los actos que intervienen en los derechos fundamentales. De acuerdo con dicha línea jurisprudencial, toda intervención estatal en los derechos fundamentales que no cumpla las exigencias de los subprincipios de la proporcionalidad debe ser declarada inconstitucional. Véase Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 50-1, nota al pie 40. No obstante, Enrique Alonso García sugiere que los orígenes de este test se encuentran en la jurisprudencia norteamericana. Véase García, *La interpretación de la Constitución*, 204 y s.

693 Sobre la caracterización del principio de proporcionalidad y su diferenciación con otros principios interpretativos como interdicción de la arbitrariedad, razonabilidad, concordancia práctica e igualdad, puede consultarse González Beilfus, *El principio*, 82 y s. Sin embargo, en el capítulo tercero de este trabajo será una breve mención al respecto.

694 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 565.

695 Luis Arroyo Jiménez, “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo” en Luis Ortega y Susana de la Sierra, coord., *Ponderación y derecho administrativo* (Barcelona: Marcial Pons, 2009), 33.

696 Luis Prieto Sanchís, “El constitucionalismo de los derechos”, en Carbonell, edit., *Teoría*, 220.

697 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 565. Aún así, ponderación jurídica y subsunción jurídica también pueden ser parecidos como métodos complementarios. Es decir, luego de

El juicio de ponderación supone un método argumental⁶⁹⁸ que se exterioriza y controla desde sus propias reglas (Ley de la Ponderación),⁶⁹⁹ con el fin de dar una prevalencia a una de las razones en conflicto.⁷⁰⁰

Dicho en otras palabras, se trataría de un instrumento que explicita las circunstancias específicas en la cuales un derecho prima sobre otro en un caso concreto, en una suerte de jerarquía móvil o axiológica,⁷⁰¹ lo que significa, según la regla constitutiva de la Ley de la Ponderación, que, “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁷⁰²

ponderar un caso en concreto, habría que subsumir. Al respecto puede consultarse Sebastián López Hidalgo, “Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del derecho?”, *Foro: revista de derecho*, No. 23 (Quito: UASB / CEN, 2015).

698 Como se vio anteriormente, para Zagrebelsky, los métodos hacen referencia a los medios o instrumentos a través de los cuales se vuelve efectiva una actividad interpretativa en concreto. Véase Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 134.

699 Alexy, *Teoría de los derechos*, 160 y s. Sobre la ley de la ponderación también puede consultarse el artículo de Robert Alexy, “La fórmula del peso”, en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: MJDH, 2008), 13-42. Como referiría José Juan Moreso: “Según Alexy, la ponderación puede ser dividida en tres etapas. La primera comporta el establecimiento del grado de no satisfacción del primer principio. La segunda etapa consiste en establecer el grado de satisfacción del principio en pugna con el primero. Finalmente, la tercera etapa evalúa si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la falta de satisfacción del primero. Podemos dividir el grado de afectación a un derecho determinado en tres rangos: leve, medio y grave. Como es obvio, estos grados de afectación son relativos al contexto establecido por el caso concreto. De ello resulta lo siguiente: las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y la grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves. Quedan tres casos de empate, en donde –si entiendo bien la propuesta de Alexy– el legislador goza de discreción para afectar uno u otro derecho, lo que equivale a decir que, en los casos de empate, las restricciones legislativas al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas.” Véase José Juan Moreso, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en Carbonell, edit., *El principio*, 71-2.

700 Sobre la ponderación y sus críticas Jürgen Habermas ha indicado que: “... la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o a jerarquías a los que se está acostumbrado. En la medida en que un tribunal constitucional adopta la –teoría de los valores– o –teoría del orden valorativo– y la pone a la base de su práctica de toma de decisiones, aumenta el peligro de juicio irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos[...]. En cambio, en cuanto los derechos fundamentales son tomados en serio en su sentido deontológico, quedan sustraídos a tal análisis –costes-beneficios–. Véase Habermas, *Facticidad y validez*, 332. Una respuesta a la posición de Habermas, adoptada por Alexy puede consultarse en Robert Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Carbonell y García, *El canon*, 106-16. Igualmente puede consultarse sobre la crítica: García Amado, “Derechos y pretextos”. Finalmente, un análisis interesante de la crítica y defensa a la ponderación como método, puesto que resume un debate más amplio respecto del modelo neoconstitucionalista mantenido entre García Amado y Prieto Sanchís, se puede ver Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho: Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho* (Bogotá: UEC, 2009).

701 Prieto Sanchís, “El constitucionalismo de los derechos”, 220.

702 Alexy, *Teoría de los derechos*, 161. Una regla de la ponderación que coincide con la definición que trae la LOGJCC en su art. 3, num. 3 cuando manifiesta: “[...]Cuanto mayor sea el grado

Dentro del campo específico de los derechos fundamentales el tema no es pacífico y puede afirmarse que, mientras algunos autores opinan que ponderación y proporcionalidad son nociones sinónimas,⁷⁰³ otros indican que se trata de ideas contrapuestas bajo el entendido de que la ponderación es un método de *decisión*, mientras que el juicio de proporcionalidad es un método de *control* en relación con el grado de restricción de los derechos, aun cuando ambos conceptos puedan estar relacionados.⁷⁰⁴ Hay finalmente quienes consideran que su coincidencia es solo parcial.⁷⁰⁵

Para lo que interesa al presente estudio, ponderación se identificará con *proporcionalidad en sentido estricto*, esto es, como un subprincipio del principio de proporcionalidad *en sentido amplio* con todas sus máximas.⁷⁰⁶

Así, la ponderación y su núcleo, esto es, la “Ley de la Ponderación” que lo explica y lo fundamenta desde sus reglas como expresión de racionalidad, constituiría una parte integrante del principio de proporcionalidad *en sentido amplio* en el marco del control abstracto.⁷⁰⁷ Es decir, una parte del

de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

703 Francisco Velasco Caballero, “Método de la ponderación y sistema competencial”, en Ortega y De la Sierra, coord., *Ponderación y derecho*, 155 y s.

704 Para Luis Arroyo Jiménez, “ponderación y proporcionalidad no son instituciones homogéneas. Por un lado, la primera es un método decisorio característico de determinados contextos normativos, caracterizados por un conflicto de normas que no se puede resolver mediante el establecimiento de una relación de preferencia incondicionada. Por otro lado, la segunda es esencialmente un método de control cuya aplicación presupone que la decisión objeto de control ha sido ya adoptada. La propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control[...]ponderación es un método de decisión, mientras que el juicio de proporcionalidad es un método de control”. (La cursiva, fuera del texto original) Véase Luis Arroyo Jiménez, “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, 33-4. Igualmente, Blanca Rodríguez Ruiz “El caso ‘Valenzuela Contreras’ y nuestro sistema de derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 56 (1999): 233 y s.

705 Este es el perfil que le ha dado Bernal Pulido en *El principio de proporcionalidad*, 566. También Daniel Sarmiento, “El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local”, *Revista de Administración Pública*, No. 162 (2003): 170 y s.

706 En términos de José Juan Moreso es en el principio de proporcionalidad en estricto sentido donde la ponderación ocupa propiamente su lugar. Véase Moreso, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, 71. Igualmente, Markus Gonzáles Beilfus, en una referencia a Rodríguez de Santiago, indica que la ponderación tiene entrada en el tercer requisito de la proporcionalidad, es decir, en la proporcionalidad en estricto sentido. Véase González Beilfus, *El principio*, 84. De hecho, la LOGJCC parece tratarlos como dos métodos diferentes o autónomos previstos en dos num.es distintos (2 y 3) del art. 3 de la ley; sin embargo, una lectura detenida y atenta confirma que la ponderación como método se identifica también con el subprincipio o subjucio de la proporcionalidad: el de proporcionalidad en estricto sentido, lo que explica el grado de prevalencia de un derecho siempre que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

707 Según José Rodríguez de Santiago, “junto con la ponderación como tercer requisito del principio de proporcionalidad aparecen supuestos de aplicación del método de la ponderación no

gran argumento de la proporcionalidad en sentido amplio que opera en la fundamentación externa de la premisa mayor de las sentencias sobre el control de constitucionalidad de la ley.⁷⁰⁸

Esto se explica, según Alexy, por el hecho de que los subprincipios de idoneidad y necesidad que integran el test de proporcionalidad, “expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas, en los cuales la ponderación como método no juega ningún papel”,⁷⁰⁹ en tanto que, “el principio de proporcionalidad en estricto sentido se refiere a la optimización de las posibilidades jurídicas. Este es el campo de la ponderación”.⁷¹⁰

Puesto que la verificación empírica –capítulo tercero de esta investigación– recaerá sobre el control abstracto de norma y no sobre casos de control concreto en donde pueden comparecer derechos en conflicto y representar quizá, la virtualidad más apreciable del juicio de ponderación constitucional,⁷¹¹ una aclaración adicional es necesaria: lo que se ponderará en el caso del control abstracto como una ejecución o puesta en práctica del subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido, que no es sino un mandato de ponderación,⁷¹² “no es el derecho fundamental intervenido, con la ley que lo afecta sino, el derecho fundamental con la disposición constitucional, –*otro derecho fundamental*– que constituye el fundamento de la Ley de Intervención”,⁷¹³ acudiendo a un agotamiento óptimo del sentido normativo de los principios en pugna bajo la consideración atenta de las circunstancias del caso.⁷¹⁴

incluidos en el campo de proyección de aquel principio por faltar el elemento de la intervención del poder en la libertad del individuo. Son especialmente los casos de conflicto entre derechos individuales: libertad de información veraz de un periodista frente a derecho al honor de otro ciudadano; [...] –etc.–”. Véase José Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo* (Madrid: Marcial Pons, 2000), 109.

708 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 566.

709 Alexy, “La fórmula del peso”, 15.

710 *Ibid.*

711 Quizá Prieto Sanchís lleve razón en el hecho de que “la virtualidad más apreciable de la ponderación quizá no se encuentre en el enjuiciamiento abstracto de leyes, sino en los casos concretos donde se enjuician comportamientos de los particulares o de los poderes públicos”. Sin embargo, para nuestro análisis, la ponderación importa como un componente del principio de proporcionalidad en sentido amplio para enjuiciar la labor del legislador democrático. Véase Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación constitucional”, 106. Por otro lado, el mismo Prieto Sanchís llama la atención sobre el distinto modo en el que el juicio de ponderación puede entrar a operar. Así, uno es el ámbito de la esfera pública y, otro, el de la esfera privada, y dice: “En la primera se muestra lógicamente más riguroso... En cambio, en los conflictos entre derechos de particulares creo que la ponderación se reduce a este último tramo de la proporcionalidad en sentido estricto”. Véase Luis Prieto Sanchís, “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”, en Ortega y De la Sierra, coord., *Ponderación y derecho administrativo*, 70.

712 Sarmiento, “El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local”, 170.

713 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 486.

714 Klaus Gunther “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, trad. por Juan Carlos Velasco, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 17-18 (1995), 291 y s.

Así, no se pretende ubicar en un mismo nivel de comparación los derechos fundamentales contenidos en la Constitución frente a las normas inferiores a la carta fundamental, sino, todo lo contrario, ser congruentes con el mismo nivel de jerarquía de los derechos fundamentales en aras de una aplicación racional del principio de proporcionalidad en el marco de la unidad y sistematicidad constitucional.⁷¹⁵

Parece clara entonces, la existencia de una relativa independencia conceptual de los términos, puesto que, como tercer subprincipio o escalón del principio de proporcionalidad en sentido amplio, la ponderación forma parte de este, aunque no se confunde con él en su integridad.⁷¹⁶

Conviene decir en este momento que, la CCE ha abordado de forma poco precisa el tema de la relación existente entre el principio de proporcionalidad y el método de la ponderación. Aun cuando el órgano jurisdiccional indicó que su utilización e invocación no necesariamente implica que estos conceptos puedan analizarse de manera desarticulada, de manera forma poco consistente indicó también que “como métodos de interpretación, ambos constituyen instrumentos puestos a disposición de la jueza o juez constitucional para dilucidar el contenido de la norma fundamental”.⁷¹⁷ Es decir, la Corte jamás definió de forma clara el alcance de dicha relación y su vinculación con la teoría de los derechos fundamentales y la interpretación constitucional.⁷¹⁸

715 Un claro ejemplo que confirma nuestra afirmación constituye el fallo de la CCE 048-13-SCN-CC de 04 de septiembre de 2013 en donde, mediante una consulta de constitucionalidad de la Ley Reformatoria al Título V, libro II del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia y la Tabla de pensiones alimenticias mínimas expedidas por el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, el órgano jurisdiccional, con el fin de resolver el caso en cuestión, identifica como principios en colisión, primero, la vida digna de los niños, niñas y adolescentes, el interés superior del menor, la igualdad y la seguridad jurídica los mismos, que son deducidos como principios que se derivan de la ley en cuestión; y, segundo, la vida digna del alimentante, como el otro derecho fundamental en pugna. Consecuentemente, dicha colisión de principios, a pesar de que lo que se cuestiona es una ley, no se produce, como podría pensarse erróneamente, entre el derecho fundamental intervenido en forma de principio y la ley que lo afecta, sino entre el derecho fundamental intervenido y la disposición constitucional, *otro derecho fundamental*, que constituye el fundamento de la Ley de Intervención.

716 Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes*, 109.

717 Puesto que, el juicio de ponderación no constituye en estricto sentido un método de interpretación sino una técnica argumental o de fundamentación para resolver el conflicto entre derechos de la misma jerarquía. Véase la sentencia de la CC ecuatoriana 048-13-SIN-CC, de 04 de septiembre de 2013.

718 Por el contrario, a pesar de haberse enunciado en su sentencia un epígrafe destinado al análisis de “*el principio de proporcionalidad y la ponderación en el ordenamiento ecuatoriano*” la Corte diluye su argumentación indicando que la intención de los consultantes es que se “dilucide una pretendida colisión entre principios constitucionales, por medio de la utilización del método de interpretación denominado test de proporcionalidad” lo cual, poco ha contribuido a aclarar el tema, así como a arrojar luces sobre el alcance y relación entre uno y otro concepto. Véase la sentencia indicada, 048-13-SIN-CC, de 04 de septiembre de 2013.

Por lo demás, el principio de proporcionalidad en sentido amplio, como principio jurídicamente exigible, es esencialmente un concepto relacional⁷¹⁹ que carece de vida propia. Está ligado siempre a un sustrato normativo⁷²⁰ y vinculado a una determinada teoría de la interpretación.

Se trata de una pieza dentro de un sistema, de un universo más amplio en el que se enmarca y al que pertenece, como el que encarnan la teoría general de los derechos fundamentales, las técnicas de control judicial, el canon de constitucionalidad, etc.⁷²¹

Ahora bien, el principio de proporcionalidad en sentido amplio se encuentra integrado por un conjunto de herramientas que permiten medir la licitud de toda intervención de género normativo en el ejercicio de los derechos desde un concreto perfil, que es evitar la inutilidad, necesidad, desequilibrio o desproporción de una medida empleada.⁷²²

Según criterio de algunos autores, el principio de proporcionalidad constituye también uno de los límites a la limitación de los derechos,⁷²³ comúnmente empleado en el ámbito del control de constitucionalidad para definir el ámbito de validez de una medida normativa utilizada en relación con un fin propuesto. Una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad también es conocido en la doctrina y en la jurisprudencia como proporcionalidad de los medios, proporcionalidad del sacrificio, proporcionalidad de la injerencia, prohibición de exceso,⁷²⁴ etc., entre otras denominaciones expresivas de la idea de moderación, como límite a la esfera de la libertad del legislador democrático.⁷²⁵

719 En el sentido de que compara dos magnitudes: medios y fines. Véase Barnés, “El principio de proporcionalidad”, 15-49.

720 *Ibíd.*, 17. Un sustrato normativo que relaciona una norma expedida por el legislador frente a un derecho fundamental.

721 *Ibíd.*, 15.

722 *Ibíd.*, 16.

723 El concepto de límite de los límites se refiere a aquellos límites que deben observarse cuando se interfieren en el campo de los derechos, es decir un resultado de la estructura triádica idoneidad, necesidad y proporcionalidad, a la que se deben someter las limitaciones de los derechos. Véase Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional* (Buenos Aires: Eudeba, 2009), 23. También Miguel Carbonell se ha referido al principio de proporcionalidad como el límite de los límites a los derechos fundamentales. Véase Carbonell, *El principio*, 10.

724 Teresa Aguado Correa indica que, aunque actualmente no se discute en la doctrina alemana sobre la exigencia de respecto de este principio por parte de los poderes públicos; Legislativo, Ejecutivo y Judicial, puesto que se trata de un principio general del ordenamiento jurídico que abarca todos los ámbitos del derecho, sobre lo que no existe unanimidad en el seno de la doctrina alemana es sobre la denominación y el contenido del principio. Véase Teresa Aguado Correa, *El principio constitucional de proporcionalidad* (San José: Ed. Jurídica Continental, 2013), 55-6.

725 Barnés, “El principio de proporcionalidad”, 19.

Estructura del principio de proporcionalidad

Varios son los trabajos que exploran la aplicación del principio de proporcionalidad, de los juicios que la integran y de sus posibilidades y límites como instrumento de control de diversas intervenciones sobre los derechos fundamentales, especialmente en el ámbito penal.⁷²⁶

Sin embargo, conviene recordar la estructura básica del principio o test de proporcionalidad en sentido amplio, implementado mediante la formulación de los tres criterios escalonados, máximas o subprincipios que lo integran: *idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido*.⁷²⁷

Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, excluyéndose la adopción de medios que no contribuyan a la realización de los fines para los cuales han sido adoptados.⁷²⁸

No se trata aquí de suplantar al legislador democrático y de imponer el medio más idóneo, sino tan solo de excluir aquellos que resulten ineficaces con el fin de evitar una tensión entre corte y legislador.⁷²⁹

726 Entre la extensa bibliografía disponible conviene mencionar, entre otros, los trabajos de Alexy, *Teoría de los derechos*; Robert Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, trad. por Carlos Bernal Pulido. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, No. 66 (septiembre-diciembre de 2002); Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*; Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, 408 p; así como los trabajos incluidos en el volumen colectivo *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* editado por Miguel Carbonell; o Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad en el derecho comparado* (Lima: Palestra, 2010).

727 Véase Alexy, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 9 (enero-abril de 2011): 11-29; Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales* (Madrid: Mc Graw Hill, 1996), 120 y s.; Barnés, “El principio de proporcionalidad”: 15 y s.; Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 37 y s.; Gloria Lopera Mesa, “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales: Una comparación entre la experiencias de Chile y Colombia”, *Revista de Derecho Valdivia* 24, No. 2 (diciembre de 2011): 114 y s.; González Beilfus, *El principio*, 48 y s.; Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional* (Buenos Aires: Eudeba, 2009).

728 Alexy, “Los derechos fundamentales”, 13. Conviene precisar, conforme sostiene el propio Alexy, que, casos en los cuales se ha declarado inconstitucional una ley a causa de su inidoneidad son poco frecuentes. Normalmente, el medio adoptado por el legislador buscará, por lo menos, realizar sus fines en alguna medida. Esto basta para superar el test de idoneidad.

729 En palabras de Prieto Sanchís: “Ciertamente, no queda del todo claro si el fin perseguido con la norma o actuación enjuiciada ha de coincidir precisamente con un principio o valor constitucional o basta cualquiera que no esté proscrito. En línea de principio, pudiera pensarse que la ponderación se establece entre normas del mismo nivel jerárquico, es decir, entre fines con igual respaldo constitucional, pero creo que en la práctica puede existir una deferencia hacia el legislador, un respeto hacia su autonomía política –que, en verdad, constituye en sí misma un valor constitucional– de manera que se acepten como fines legítimos todos aquellos que no estén prohibidos por la Constitución o resulten abiertamente incoherentes con su marco axiológico. Véase Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación constitucional”, 109.

Así, una medida que afecte a un derecho solo es válida si es también *funcionalmente* idónea.⁷³⁰

Podría decirse que tampoco se exige que el fin perseguido tenga rango constitucional. El fin debe ser constitucionalmente legítimo, esto es, ha de caber dentro de las posibilidades de actuación que la Constitución permite al legislador.⁷³¹

El subprincipio de necesidad, por su parte, se refiere a que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para alcanzar el objetivo buscado. Dicho en otras palabras, lo que este subprincipio exige es que de entre dos medidas igualmente idóneas respecto a un principio, se escoja la menos levisa al derecho intervenido.⁷³²

La medida restrictiva no solo debe ser idónea para limitar el derecho en razón de su fundamento; además, entre las posibles maneras de imponer la medida restrictiva, solo cabe elegir la forma o el medio que resulte menos gravoso para alcanzar aquella finalidad propuesta.⁷³³

Debe señalarse que, en el caso del legislador, y por su especial posición constitucional dentro del ordenamiento constitucional, la densidad del control con respecto a la necesidad es más reducida, en la medida en la que la elección de una alternativa en lugar de otra suele entrar a formar parte del margen de libre configuración legislativa.⁷³⁴

Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido –ponderación– es aquel que se orienta a guardar una adecuada relación entre el derecho intervenido y el derecho satisfecho. En otras palabras, las ventajas que se obtengan con la medida deben compensar los sacrificios que aquella comporta para algún derecho.

Tal como lo ha referido Alexy:

La optimización relativa a las posibilidades fácticas consiste en ahorrar costos que pueden ser evitados. Sin embargo, los costos devienen en inevitables si los principios entran en conflicto. La ponderación entonces se hace necesaria. La ponderación es el tema del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, esto es, el principio de proporcionalidad en sentido estricto.⁷³⁵

730 Ignacio Villaverde, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad”, en Carbonell, edit., *El principio*, 184.

731 González Beilfus, *El principio*, 49.

732 Alexy, “Los derechos fundamentales”, 14.

733 Villaverde, “¿Existen los conflictos entre derecho fundamentales?”, 184.

734 Markus Beilfus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, 51.

735 Alexy, “Los derechos fundamentales”, 15.

A diferencia de los pasos anteriores, este último escalón o paso, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, entraña más bien un juicio normativo o jurídico que no trata de indagar si en la práctica, o desde un punto de vista técnico, la medida es idónea o si existe otra menos gravosa, “sino de valorar el grado de afectación o lesión de un principio, el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, por último, a la luz de todo ello, de valorar la justificación o falta de justificación de la medida en cuestión”.⁷³⁶

Se trata, en último término, como señala Díez Ripollés en el marco del derecho penal, “de evitar un desequilibrio patente, excesivo o irrazonable entre los fines perseguidos y los medios empleados, de modo que el derecho o los derechos fundamentales afectados por la pena no sean objeto de un sacrificio injustificado”.⁷³⁷

Estos tres subprincipios expresan en su conjunto la idea de optimización.⁷³⁸ Cada uno de los criterios o máximas (utilidad, necesidad y proporcionalidad en sentido propio o estricto o “ponderación”) requieren de un análisis diverso en su aplicación.

De alguna manera “*todos juzgan la relación de medio a fin, pero bajo un perfil diferente. El medio ha de ser idóneo para la consecución del objetivo; necesario –el más moderado– respecto de todos los medios útiles y susceptibles de alcanzarlo; y razonable o proporcionada la ecuación costes-beneficios en su resultado*”.⁷³⁹

De lo dicho se evidencia que el principio de proporcionalidad no es estrictamente un juicio positivo con el fin de determinar si la intervención pública pudo ser más proporcionada o no. No sirve, pues, para medir o encontrar la solución más idónea, de mayor equilibrio del medio óptimo, sino solo para cuestionar aquellas conductas normativas que se sitúen en el extremo inferior de la escala.⁷⁴⁰

Con todo, la afirmación anterior debe ser matizada en el ámbito del control abstracto de norma, puesto que si se entiende efectivamente que la Corte o Tribunal, una vez constatada la inconstitucionalidad de la disposición cuestionada puede hacer uso de las denominadas sentencias modulativas o manipulativas, se habría sobrepasado ese límite negativo del control tan cuestionado en los actuales momentos, para asumir un rol más activo-positivo en defensa de los derechos fundamentales.

736 Véase Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación constitucional”, 112.

737 José Luis Díez Ripollés, “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 75 (2005): 88.

738 Alexy, “Los derechos fundamentales”, 13.

739 Barnés, “El principio de proporcionalidad”: 25.

740 *Ibid.*, 28-9.

Ahora bien, ¿cómo se articula el principio de proporcionalidad con el contenido de los derechos y con una teoría de la interpretación? Alexy ha indicado que se puede hablar de una conexión necesaria o tesis de la necesidad entre derechos fundamentales y principio de proporcionalidad⁷⁴¹ en el marco de una teoría de la interpretación.

Dicha conexión es evidente en todos aquellos casos donde las normas de derecho iusfundamental previstas en la Constitución se encuentran reguladas como normas abiertas, generales o ambiguas, es decir, los principios, y se vuelve necesaria una especial técnica de solución de conflictos en el marco de una teoría de la interpretación que no sea estrictamente cognitiva.

Una de las claves del planteamiento de Alexy es la vinculación necesaria existente entre principios entendidos como mandatos de optimización y el principio de proporcionalidad. Según este autor, “el carácter de principio implica la máxima de proporcionalidad, y esta implica aquélla”.⁷⁴²

Ello significa que la máxima de proporcionalidad con sus tres sub-principios (idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido), se infiere del carácter de los principios como normas abiertas, pero, a su vez, aquellos definen lo que debe entenderse por “optimización”.⁷⁴³

Consecuentemente, “quien rechace la teoría de los principios como mandatos de optimización, debe rechazar también el principio de proporcionalidad”,⁷⁴⁴ y debe perfilarse más bien hacia una teoría interpretativa de orden cognitivo solamente,⁷⁴⁵ así como adherirse a una teoría absoluta del contenido de los derechos.

En este sentido, una forma de resolver los conflictos entre principios viene dispuesta por una aplicación racional y controlable del principio de proporcionalidad. Esta tarea solo se puede llevar a cabo mediante una debida argumentación en relación con la utilización de dicho principio.⁷⁴⁶

Una adecuada concreción del principio de proporcionalidad por parte de la justicia constitucional contribuirá a la pretensión de corrección⁷⁴⁷

741 Alexy, “Los derechos fundamentales”, 11-29.

742 Alexy, *Teoría de los derechos*, 111.

743 Véase Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, trad. por Carlos Bernal Pulido. *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 66 (septiembre-diciembre de 2002): 26.

744 Lopera Mesa, “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, 215.

745 Debido a que en el marco de una teoría cognitiva el sistema jurídico contiene la única solución posible a los casos, es decir, un sistema de reglas que colma el ordenamiento, el cual no necesita acudir a la idea de proporcionalidad como método.

746 Alexy, “Los derechos fundamentales”, 28-9.

747 Una decisión judicial, si no formula o satisface una pretensión de corrección, es jurídicamente deficiente. A una pretensión jurídica de corrección corresponde un deber jurídico de satisfacerla en aras de ser correcta y susceptible de ser fundamentada. Así, una pretensión de corrección

de las decisiones jurídicas adoptadas. Es decir, como parámetro o fuente de legitimidad de sus actuaciones frente a la tarea desplegada por el legislador.

La pretensión de corrección, necesariamente conectada con la jurisdicción constitucional en el marco de una teoría de la interpretación, exige que una decisión tomada por un tribunal sea tanto posible como racional. En tal virtud, la única forma de control de dicha racionalidad se hace posible mediante un control sobre la argumentación de la decisión.

El problema consistirá, entonces, en verificar en la motivación de las sentencias qué argumentos y criterios interpretativos centrales pueden constituirse en un marco válido para la utilización de dicho principio, al estar provistos de un grado de racionalidad controlable y aceptable por un auditorio que se mira como destinatario de las decisiones jurídicas.

De lo contrario, el principio de proporcionalidad, y fundamentalmente su aplicación a los casos concretos, no sería más que una “composición salomónica”⁷⁴⁸ en manos de los jueces que ahondaría la crítica a legitimidad democrática de las cortes, restringiendo indebidamente la libertad legislativa de configuración constitucional.

Estatus del principio de proporcionalidad

Para el caso del Ecuador, el principio de proporcionalidad ha recibido una tipificación expresa en el art. 76, num. 6, del texto constitucional de 2008, referido a la categoría de los derechos de protección, con una deferencia clara en favor del legislador democrático para que sea este el que, mediante la ley respectiva, establezca la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.⁷⁴⁹

Destaca, sin duda, la amplitud del enunciando constitucional contenido en el artículo referido que prevé “en todo proceso” la aplicación del principio de proporcionalidad con independencia de cuál sea su naturaleza. Es decir, se desprende una intención clara y amplia del constituyente con relación a su ámbito de aplicación en el orden jurídico interno.

Se conserva en la Constitución actual el principio de proporcionalidad, fundamentalmente, como norma de orden positivo en su acepción común,

es un elemento necesario del concepto de derecho. Véase Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (Barcelona: Gedisa, 1997), 41 y s.

748 Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales: Concepto y garantía* (Madrid: Trotta, 1999), 73.

749 La CRE de 2008 en su art. 76, num. 6 indica: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.

esto es, como prohibición de excesos vinculada al ámbito sancionador, más allá de otras referencias constitucionales al mismo principio.⁷⁵⁰

Dicha regulación cobraría un nuevo alcance con la vigencia de LOGJCC que también prevé el principio de proporcionalidad, pero referido, principalmente, al ámbito de la interpretación constitucional como método.⁷⁵¹

Más allá de lo dicho, con el fin de escapar a una simple justificación de carácter normativista, el principio de proporcionalidad, al ser una institución que pertenece a la dogmática de los derechos fundamentales, puede ser aprehendido también de un conjunto de disposiciones constitucionales en virtud de un canon de interpretación sistemática.⁷⁵²

Parte de la doctrina ha sostenido que el principio de proporcionalidad constituye un principio general del derecho que, en un sentido amplio del término, impone al operador jurídico tratar de alcanzar un justo equilibrio entre los intereses en conflicto.⁷⁵³ Es decir, se trataría de un principio general del derecho con una función hermenéutica del que se servirían tribunales “para orientarse en el complejo mundo de los valores, contrapesándolos”.⁷⁵⁴

En el sistema ecuatoriano, como norma jurídica positiva, pero también como un principio general del derecho vinculado con la fórmula del Estado de derecho,⁷⁵⁵ el principio de proporcionalidad tiene la virtud de constituir

750 Por ejemplo, pueden verse en la Constitución de 2008 los art. 77, num. 13 (relativas al debido proceso constitucional y los adolescentes infractores), 116 (relativo al sistema electoral y el principio de proporcionalidad); 164 (inherente a los Estados de excepción); 251, 253 (integración de Gobiernos autónomos descentralizados-Consejo Regional).

751 Al respecto, la sentencia de la CCE 048-13-SCN-CC, de 04 de septiembre de 2013, manifestó textualmente lo siguiente: “tal como se encuentran recogidos los derechos constitucionales en nuestro ordenamiento, la proporcionalidad tiene dos sentidos distintos: constituye a la vez un principio reconocido en diversos artículos de la Constitución de la República y también se configura como un método de interpretación constitucional constante en el art. 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, junto con el método de la ponderación”.

752 Se cuentan, referencias al debido proceso, la tutela judicial efectiva, el principio de responsabilidad estatal, la concepción acerca del modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia y los propios derechos de libertad que aseguran la no intervención del Estado más allá de lo razonable con el único fin de satisfacer otros bienes constitucionales, etc.

753 Nicolás González-Cuellar, *Proporcionalidad y derechos*, 17. También Barnés, “El principio de proporcionalidad”: 49.

754 *Ibíd.*, 50.

755 González-Cuellar, *Proporcionalidad y derechos*, 40-1. Habría que aclarar, que la CRE de 2008 en su art. 1 ha incorporado la fórmula “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. Sin embargo, y aun cuando supone un superación del paradigma del Estado legal, el modelo constitucional de derechos y justicia no implica un desconocimiento del Estado de derecho en el que las autoridades públicas y los particulares se encuentran sometidos a la Constitución pero también a la ley. Sobre la concepción del Estado Constitucional puede verse Ramiro Ávila, “Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila, edit., *La Constitución de 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado* (Quito: MJDH, 2008), 19 y s.

una apreciable estrategia argumental para fundamentar el conjunto de las decisiones judiciales y afirmar su carácter jurídico.

De esta manera, la tesis que integra el principio de proporcionalidad entre los principios generales del derecho “vislumbra de manera atinada que este principio guarda una relación inescindible con la interpretación jurídica”,⁷⁵⁶ porque cumple una función metodológica en la que interviene como *metanorma* del ordenamiento.⁷⁵⁷ Es decir, “como regla orientadora para el conocimiento de los derechos, *para la interpretación* y para la aplicación del resto de normas jurídicas”.⁷⁵⁸

Sin embargo, y a pesar de las virtudes que concita la utilización del principio de proporcionalidad en el proceso de interpretación normativa, la dificultad inherente a la comprensión del concepto como principio general del derecho⁷⁵⁹ en razón de un carácter ambiguo, debatible, desprovisto de una solidez dogmática,⁷⁶⁰ impiden que el mismo pueda aplicarse de forma aislada, como un canon de constitucionalidad autónomo.⁷⁶¹

Es decir, a pesar de la similitud ontológica⁷⁶² existente entre los principios generales del derecho y el principio de proporcionalidad por su carácter de *normas* presentes dentro del sistema jurídico, “el principio de proporcionalidad no está dotado de la capacidad para proyectar una vinculación normativa independiente”.⁷⁶³

Dicho de otro modo, aun cuando el principio de proporcionalidad irradia una vinculación de tipo normativo que se proyecta sobre los poderes públicos a los que está dirigido, inherente a la imposibilidad de restringir de forma desproporcionada los derechos fundamentales, no es

756 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 506.

757 Vittorio Frosini, *La letra y el espíritu de la ley* (Barcelona: Ariel, 1995), 148 y s. Según el autor los principios constituyen “un esquema interpretativo de la juridicidad de las normas comprendida en los ordenamientos nacionales”.

758 Pérez Luño, “Los principios generales del derecho”, 16-7. También Bobbio ha defendido el carácter normativo de los principios generales del Derecho como normas, destacando la función interpretativa que cumplen dentro del sistema y el proceso de autointegración. Véase Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho* (Madrid: Debate, 1995), 242 y s.; y 249 y s.

759 En expresión de Pérez Luño, el autor Genaro Carrió habría diferenciado sin pretensiones de exhaustividad hasta once acepciones del concepto “principios generales”. Véase Pérez Luño, “Los principios generales del derecho”, 16.

760 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 508 y s. Pérez Luño, “Los principios generales del derecho”, 16 y s.

761 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 515-16.

762 Como fuerza ontológica los principios generales del derecho son fuente normativa dentro del sistema. Es decir, una acepción de juridicidad que obedece a su propia condición de elementos o partes integrantes del ordenamiento positivo que se refiere a ellos de forma expresa. Pérez Luño, “Los principios generales del derecho”, 17.

763 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 515.

posible derivar de dicho principio una conducta específica, en abstracto, que vincule al legislador y a los demás órganos de la estructura política, administrativa o judicial.⁷⁶⁴

Mientras algunos principios generales del derecho, como por ejemplo, el principio contractual de buena fe, imponen pautas de comportamiento concretas para los contratantes en los casos concretos, aun cuando no exista una legislación secundaria que lo desarrolle, del principio de proporcionalidad como estrategia argumentativa no se despliega una vinculación de carácter autónomo para el legislador democrático, sino, solamente unas reglas específicas que aquel debe observar en su tarea de desarrollo y configuración de los derechos (idoneidad de la medida, necesidad de la medida y proporcionalidad de la medida).⁷⁶⁵

De manera que, si se aduce la desproporción de una medida, debe alegarse primero y enjuiciarse después, en qué grado dicha conducta afecta de manera desproporcionada al contenido de los derechos, puesto que no cabe un enjuiciamiento en abstracto de los mismos. Por ello, como se expresó anteriormente, el principio de proporcionalidad es un *concepto relacional* que está ligado a un sustrato normativo⁷⁶⁶ de comparación del derecho fundamental afectado en relación con la norma legislativa eventualmente cuestionada.

Por otro lado, si los principios generales del derecho sirven para colmar las lagunas del ordenamiento jurídico,⁷⁶⁷ la proporcionalidad como principio no se orienta precisamente a llenar vacíos del ordenamiento jurídico, sino que sirve para determinar la constitucionalidad de una medida. Otra cosa es que, una vez enjuiciada una regulación al amparo del principio de proporcionalidad, el Tribunal o la Corte proceda en un acto de integración, y en uso de las facultades cada vez más extendidas, a llenar un vacío que provocaría un acto grave de inconstitucionalidad dentro del sistema.

De lo anotado, parece que si bien se desprenden algunas ventajas de asociar el principio de proporcionalidad al ámbito de los principios generales del derecho hay, no obstante, algunos cuestionamientos sobre su inclusión en dicho ámbito.

En ese camino se ha identificado un segundo intento por determinar el estatus jurídico del principio de proporcionalidad, como es aquel que lo identifica como un *límite de los límites a los derechos fundamentales*.⁷⁶⁸

764 *Ibid.*

765 *Ibid.*

766 *Ibid.*

767 Bobbio, *Teoría general del derecho*, 242 y s.

768 Luciano Parejo Alfonso dice: "Con la expresión 'límites de los límites' se hace referencia, de otro lado, a la operatividad en cualquier caso sobre el ejercicio de la potestad legislativa para la regulación de un derecho fundamental de los principios básicos de interdicción de la

La intención de configurar dogmáticamente unos límites de los límites a los derechos fundamentales subyace a varios representantes del derecho público alemán⁷⁶⁹ en el que se entendía que las restricciones a los derechos individuales no podían extenderse más allá de aquello que exigiera un interés público superior imprescindible.⁷⁷⁰

En esa línea de pensamiento, los derechos fundamentales no imponen un sistema cerrado de límites al ejercicio del poder legislativo, por el contrario, el legislador dispone de un amplio margen para la configuración de los derechos en el marco de unos límites.

Dichos límites se traducen, según Medina Guerrero, “en la prohibición de que el legislador reduzca el haz de facultades y situaciones jurídicas que constituye el contenido de los derechos tal y como este es delimitado por la Constitución [...]”.⁷⁷¹ El objetivo no es otro que impedir que esa libertad de configuración constitucional “no termine por convertirse en el caballo de Troya de los derechos fundamentales”.⁷⁷²

Según el autor mencionado, solo así podía invertirse la que ha sido la tradición continental, a saber, que los derechos solo valen en la medida de las leyes que los contienen, para poder en verdad proclamarse que son las leyes las que valen en la medida en que se adecúan a los derechos.⁷⁷³

Precisamente, esa limitación a la cual está sometido el legislador se ha venido a denominar el “límite de los límites”, en cuyo ámbito se encuentran el principio de proporcionalidad y el contenido esencial de los derechos.⁷⁷⁴ Es decir, se trata de un conjunto de condiciones de constitucionalidad que

arbitrariedad y de proporcionalidad”. Véase Luciano Parejo Alfonso, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 13 (septiembre-diciembre de 1981): 176. También Ignacio de Otto y Pardo, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades: La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, en Lorenzo Martín-Retortillo e Ignacio de Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución* (Madrid: Civitas, 1988), 125 y s.

769 Según Bernal Pulido, en tiempos de la Ley Fundamental de Bonn el término se acuñó y se hizo popular a partir de una conocida conferencia sobre los límites de los derechos fundamentales que K. Bettermann pronunció en la sociedad jurídica de Berlín a finales de 1964. De acuerdo con Bettermann, la Constitución establece las condiciones materiales y formales que toda intervención legislativa en el ámbito de los derechos fundamentales debe cumplir para ser admisible. Así, los límites de los límites serían el contenido esencial y la dignidad humana. Véase Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 520.

770 *Ibid.*

771 Medina Guerrero, *La vinculación legislativa del legislador a los derechos fundamentales*, 115.

772 *Ibid.*

773 *Ibid.*, 116.

774 Mariano Bacigalupo Saggese “La aplicación de la doctrina de los “límites inmanentes” a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 13 (1993): 299-300.

una ley de intervención en el ámbito de los derechos debe respetar para ser considerada como válida.⁷⁷⁵

No obstante, a pesar de la aparente claridad conceptual teórica que significaría que el principio de proporcionalidad adquiriera un estatus conceptual de límite de los límites de los derechos fundamentales, esta concepción encuentra dos dificultades que merecen ser mencionadas. En primer lugar, la idea de que el principio de proporcionalidad como límite es un canon autónomo capaz de operar desligado del derecho fundamental intervenido; en segundo lugar, una dificultad derivada de la anterior, como es la errada convicción que podría llevar a pensar que la competencia del legislador está acotada por dos conceptos autónomos, que serían los derechos fundamentales, por un lado; y el principio de proporcionalidad, como límite de los límites, por otro, como si fuesen dos cosas separadas o diferentes.⁷⁷⁶ Si se admitiera lo anterior, el principio de proporcionalidad representaría para el legislador un vínculo autónomo y adicional a los derechos fundamentales.⁷⁷⁷

Ahora bien, no parece correcto afirmar que el principio de proporcionalidad imponga al legislador un límite adicional a aquel que nace de las propias cláusulas de derechos fundamentales. No al menos como un *plus* adicional y autónomo, ya que dicho principio no tendría la capacidad de operar sin una disposición iusfundamental que le sirva de base.

Por ello se habló en su momento del carácter relacional vinculado al principio de proporcionalidad. Y es que, el principio de proporcionalidad solamente podría ser considerado un límite de los límites si se admitiese una teoría absoluta del contenido esencial del derecho, lo cual parece dudoso poder sostener en todos los casos y para todos los derechos.

De este modo, antes que límite de los límites del legislador, habría que pensar como lo indica Bernal Pulido, que el “principio de proporcionalidad hace operativos los derechos fundamentales como límites al ejercicio de poder público. No es un límite del límite, sino un instrumento metodológico mediante el cual se hace explícito hasta donde el derecho fundamental limitado tolera las limitaciones que se le imponen”.⁷⁷⁸

Esta conclusión presenta el problema de relativizar el peso de los derechos fundamentales en el marco del control de constitucionalidad y centrar dicha actividad solamente en el método, el principio de proporcionalidad, como estructura argumental.

775 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 523.

776 *Ibid.*, 526-27.

777 *Ibid.*, 527.

778 *Ibid.*, 528.

Sin embargo, una lectura correcta de la utilización del principio de proporcionalidad debe llevar a la convicción de que el verdadero canon del control de constitucionalidad son las normas de derecho fundamental, en tanto que nociones tales como proporcionalidad y contenido esencial, son instrumentos metodológicos o técnicas argumentales con el fin de solucionar de manera satisfactoria y racional el problema de compatibilidad entre las normas legislativas y las disposiciones de derecho fundamental.

Si el canon de control constitucional por antonomasia son los enunciados de derecho fundamental abstractos no determinables en su contenido de forma a priori según una teoría de la interpretación jurídica y del contenido de los derechos, la única forma de concretar el sentido normativo de dichas disposiciones abiertas y generales, que se disponen en forma de *derechos-principio*, es mediante el principio de proporcionalidad como un garantía de los derechos y, a la vez, instrumento metodológico al servicio de la interpretación de las disposiciones constitucionales.⁷⁷⁹

De otra manera, no se entendería cómo la Constitución ecuatoriana en su art. 76, num. 6, contempla este principio como un derecho de protección que asegura una garantía básica que debe ser respetada por el legislador y, la LOGJCC, en su art. 3, num. 2, lo concibe, también, como un especial método interpretativo.

El principio de proporcionalidad y su vínculo con el legislador democrático: una mención al contenido esencial de los derechos y sus teorías

Es un tópico común afirmar que el Parlamento tiene atribuida la especial competencia para configurar o conformar las disposiciones previstas en el texto constitucional en el marco de un ejercicio de discrecionalidad política.

Esta competencia se relaciona con la facultad de que dispone el legislador para escoger el contenido de las leyes entre un amplio número de alternativas políticas de acción, mediante las cuales concreta los enunciados constitucionales con criterios de oportunidad y de conveniencia.

Dicha atribución de competencia se debe en buena medida a la calidad que el parlamento tiene como representante de la soberanía popular así como, a la indeterminación semántica de las disposiciones constitucionales sobre derechos que integran el texto fundamental y que, por tanto, necesitan ser concretados mediante medidas legislativas específicas.

779 Ibid., 529.

Esta concreción resulta conveniente en muchas ocasiones para que la fuerza normativa de la Constitución pueda desplegarse de forma plena y efectiva sobre todo el ordenamiento jurídico con capacidad real de transformar la realidad jurídica.

Así, la legislación secundaria, respecto de la Constitución, tiene que objetivar los mandatos constitucionales en metas específicas capaces de armonizar todas las exigencias normativas fundamentales contenidas en preceptos muchas veces abiertos, generales y abstractos.

No obstante, la atribución del parlamento para configurar y concretar el contenido constitucional no significa que las disposiciones previstas en la norma suprema no sean directamente aplicables, como se vio anteriormente. Al contrario, “el cumplimiento de los enunciados constitucionales puede exigirse en todo caso, antes, durante y después de la expedición de las leyes que los configuran”⁷⁸⁰ de forma directa e inmediata.⁷⁸¹ Es solo que la “Constitución no vale únicamente en contra de la legislación, sino sobre todo mediante la legislación”.⁷⁸²

Desde esta óptica, el ámbito de configuración legislativa aparece como uno de los ejes principales del Estado constitucional, en virtud del cual el órgano democrático (parlamento) se erige como la sede natural, pero *no la única*, en la que se concretan los contenidos constitucionales.⁷⁸³

La vinculación del legislador a los derechos fundamentales, a decir de algunos autores, no es unívoca, sino que se proyecta en una doble vertiente: primero, en una vinculación negativa, que supone la prohibición de cualquier injerencia que no esté autorizada constitucionalmente y, segundo, en una vinculación positiva, que se traduce en el mandato de lograr que los derechos desplieguen plenamente toda su eficacia normativa.⁷⁸⁴

Entender las cosas así, por un lado, impone admitir la subordinación y sujeción del legislador a los derechos, pero, por otro lado, lo autoriza, en el marco constitucional, a regular las condiciones de ejercicio de los derechos en un marco normativo lo suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de diferente signo.⁷⁸⁵

780 *Ibíd.*, 495.

781 La CRE en su art. 11, num. 3, inc. 1 dice: “[...]Los derechos y garantías establecidos en la Constitución serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte[...].”

782 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 495. Igualmente, una referencia normativa a nivel constitucional de este postulado puede verse en el art. 11, num. 3, inc. 2 de la CRE que indica: “Para el ejercicio de los derechos y de las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos *en la Constitución o en la ley*”. (la cursiva fuera del texto original).

783 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 495.

784 Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, 4-26.

785 El TC español en la sentencia STC 11/1981 de 08 de abril de 1981, fundamento jurídico 7, dice: “la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro

El nexo entre Constitución y legislación queda definido por una tensión que se proyecta en el tiempo. Así, “mientras la legislación concreta en el presente las miras constitucionales de futuro, la Constitución traza el marco de probabilidades de que dispone la política en cada momento histórico”.⁷⁸⁶

La cuestión respecto al margen para configurar el contenido de los derechos que tiene el legislador se genera desde el momento en el que las Cortes o Tribunales disponen también de un ámbito de concreción.⁷⁸⁷ En consecuencia, “ambos –legislador y tribunal– ejercen de manera concurrente,⁷⁸⁸ pero no idéntica construcción del derecho en forma de concretización. En esta relación de concurrencia el legislador tiene preferencia, pero el Tribunal tiene la supremacía”.⁷⁸⁹ Conviene destacar que la diferencia más relevante reside en el momento y la orientación del ejercicio de dicha facultad de concreción.

El ejercicio de la competencia legislativa se realiza con anterioridad a la tarea de control de constitucionalidad,⁷⁹⁰ y su finalidad consiste en adoptar las medidas en el orden político que se consideren más adecuadas para la determinación del contenido de los derechos. Es lo que se ha dado en llamar, de modo genérico, la forma de *intervención legislativa*.⁷⁹¹

En términos constitucionales, el legislador cuenta con un amplio margen de maniobra para la configuración de los derechos. Si se quiere, haciendo referencia a una clásica expresión, –aunque no se la comparta–, el legislador tiene “derecho a equivocarse”. Esto, sin embargo, no impide que el primer destinatario de la aplicación del principio de proporcionalidad sea el propio legislador democrático.

Desde el momento en que toda limitación de los derechos se vincula necesariamente a la finalidad de proteger otro derecho, bien o valor prote-

de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de la interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos[...]”.

786 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 496.

787 Como indica Klaus Stern: “[...]al legislador le corresponde una cierta parte de responsabilidad en el desarrollo de la Constitución, que el tribunal no pone en duda sino que solamente controla”. Véase Stern, *Jurisdicción constitucional y legislador*, 46.

788 Valdría aclarar que la cita doctrinal referida a la concurrencia en la construcción del derecho no supone que dicha actividad se la realice al mismo tiempo. Uno y otro caso –Legislador y Corte– intervienen, pues, en distintos momentos.

789 Böckenförde, *Escritos*, 130.

790 Se debe destacar en este punto el ejercicio del control de constitucionalidad previo que existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en el proceso de formación de la ley. Véase los art. 139 y 438, num. 3, de la CRE.

791 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 497.

gido por la Constitución, es claro que la actuación del legislador consiste, en este terreno, en dar forma en el marco de la proporcionalidad a algunos límites que pueden existir en la propia Constitución.

El legislador, no crea en realidad el específico límite, sino que lo pone de manifiesto en relación con unos derechos o principios que están en pie de igualdad,⁷⁹² puesto que, como anota Medina Guerrero, “insistir en el hecho de que el legislador, al limitar, solo reproduce unos límites prefigurados ya ex *Constitutione* no debe, empero, conducir al equívoco de estimar que esta proporciona ya una ordenación de los límites precisa y cierta; fija e inamovible [...]”.⁷⁹³

El legislador, en el marco de libre configuración que ostenta, debe tener presente la proporcionalidad con la comprensión de la Constitución como un marco de ordenación, de acuerdo con el cual el órgano legislativo no se convierte en un mero ejecutor, sino que dispone de un amplio margen de configuración dentro del espacio que brindan el ejercicio de otros derechos y bienes constitucionales que entran en juego.⁷⁹⁴

Por su parte, en el ejercicio del control jurisdiccional, la determinación del contenido de los derechos se refiere a un momento posterior a la expedición de la norma, y tiene una finalidad distinta, que es la de indagar si la norma expedida por el legislador ha transgredido algún derecho o principio fundamental.

En palabras de Rubio Llorente, “la sujeción del legislador a la Constitución y la judicialización de tal sujeción tiene como consecuencia, de una parte, que esa libertad por amplia que se la quiera, haya de tener límites y, de la otra, que esos límites no sean otros que los establecidos por el juez a partir de la interpretación jurídica de los mismos preceptos constitucionales”.⁷⁹⁵

Para tal fin, la Corte o Tribunal también se ve compelido a reducir el marco de indeterminación de las disposiciones constitucionales, cuando opera con normas o principios abiertos, y a enjuiciar la decisión legislativa en cuestión mediante técnicas argumentales idóneas puestas a su disposición.

Lo apuntado hasta aquí muestra una tensión de orden dialéctico entre la competencia de control de constitucionalidad y el ámbito de competencia del legislador que parte de una teoría del contenido de los derechos.

Si existiese claridad sobre hasta dónde llega la fuerza vinculante de los derechos fundamentales, se podría determinar hasta dónde se extiende la

792 Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, 91.

793 *Ibíd.*

794 *Ibíd.*

795 Rubio Llorente, *La forma de poder*, 609.

competencia legislativa para configurar la Constitución; y viceversa: si existiese claridad sobre hasta qué punto llega la competencia legislativa para configurar la Constitución, sería posible precisar cuál es el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y hasta dónde se extiende la competencia del TC para hacer efectiva su observancia.⁷⁹⁶

Entonces, ¿cuál es el contenido aceptable de los derechos que traza la frontera entre el ámbito de competencia del legislador y el de los órganos jurisdicciones? ¿Cómo determinar el contenido constitucional de los derechos sin restringir la tarea del legislador y, al mismo tiempo, asegurar la vigencia de los derechos fundamentales?

Hay que recalcar que el principio de proporcionalidad, siendo un instrumento de control de la actividad legislativa, también cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo, brindando la oportunidad de concretar el contenido de los derechos fundamentales por parte del legislador. Y aún más, es en la aplicación del principio de proporcionalidad respaldada por una teoría de la interpretación en donde se concretaría el contenido de cada derecho.⁷⁹⁷

Así, “la depuración técnica de la garantía de un contenido esencial en los derechos fundamentales representa, pues, una cuestión de primera importancia para la correcta interpretación y aplicación del texto constitucional”.⁷⁹⁸

Ello obliga a una breve revisión de las principales teorías que se han ocupado de investigar el significado de esta noción, dado que el contenido esencial ha sido, tal vez, el criterio más recurrido por la dogmática para intentar definir la vinculación necesaria del legislador democrático a los derechos fundamentales, así como para definir el alcance del control de los órganos jurisdiccionales.

No obstante, el problema estriba en poder delimitar de manera precisa y clara cuál es el ámbito de dicha garantía, pergeñada también, de manera implícita en la Constitución ecuatoriana de 2008.⁷⁹⁹

796 *Ibíd.*, 206.

797 Así, lo han entendido autores como Luis María Díez-Picazo, al decir: “el principio de proporcionalidad y respeto por el contenido esencial no son dos maneras distintas de designar a una misma cosa [...] En la medida en que se aplica conscientemente el principio de proporcionalidad, en fin, se comprende mejor y queda justificado el escaso uso que, al menos de manera expresa, el TC hace del concepto de contenido esencial: *este queda comprendido dentro de aquel*”. (la cursiva fuera del texto original). Véase Luis María Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales* (Navarra: Thomson Civitas, 2008), 123-24. Igualmente Robert Alexy, según el cual el contenido esencial es aquello que queda después de la ponderación. Véase Alexy, *Teoría de los derechos*, 288-91; Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, 272-3.

798 Parejo Alfonso, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional”, 171.

799 El art.11, num. 4 de la CRE dice: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales” y, el num. 8 en igual sentido expresa: “El *contenido*

Ciertamente, un análisis en profundidad de las diferentes teorías del contenido esencial excede las posibilidades y límites de este trabajo.⁸⁰⁰ En tal virtud, se hará una revisión general de lo que pueden constituir las principales posiciones doctrinales y sus aportaciones para contribuir a precisar cuál es el contenido esencial de los derechos, y evidenciar cuál de ellas se ajusta mejor a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

Resta por decir nada más, antes de emprender la tarea anunciada, que una referencia al contenido esencial de los derechos solo puede ser entendida en la actualidad como una consecuencia de la necesidad sentida en Europa tras la última guerra mundial, de reconstruir la vida social y política sobre principios y valores que impidiesen su degradación hacia totalitarismos estatales y de dotar a los derechos de garantías efectivas, capaces de convertir al propio texto constitucional en un documento resistente frente a su disponibilidad por el propio legislador.⁸⁰¹

Una teoría absoluta del contenido esencial

Las teorías absolutas espaciales siguiendo a Bernal Pulido, son aquellas que representan a los derechos fundamentales como instituciones estáticas o entidades corpóreas dotadas de substancia, que ocupan un lugar con coordenadas concretas dentro del ordenamiento jurídico.⁸⁰² Definido de esta forma, “el contenido de los derechos fundamentales se explica por medio de un determinado ámbito, en el centro del cual se ubica su núcleo”.⁸⁰³

La teoría absoluta sostiene que existe una determinada esfera permanente del derecho que constituye su núcleo esencial e indisponible. Distinguen en cada derecho dos partes: una, formada por un núcleo, que

de los derechos se regulará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”.

800 Un estudio de las teorías acerca del contenido esencial puede encontrarse en Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, 23-39.

801 Así, la principal desconfianza ante el legislador ordinario es el origen del actual art.19 de la Ley Fundamental de Bonn, que, entre otros mecanismos de tutela de los derechos fundamentales, sitúa al contenido esencial de los derechos como la garantía frente a toda actividad normativa del legislador que afecte a tales derechos. Dicho artículo ha sido fuente de inspiración del constituyente español de 1978 como se refleja en el art. 53 de la Constitución española. Véase Parejo Alfonso, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional”, 169-70. Para algunas importantes referencias sobre la relación entre la legislación alemana y la española respecto de las teorías acerca del contenido esencial, puede verse Antonio-Luis Martínez Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales* (Madrid: CEC, 1997).

802 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 405.

803 *Ibid.*

vendría a ser el contenido esencial y, otra parte accesoria o no esencial, identificada como la zona de periferia del derecho. La intervención legislativa solo es constitucionalmente admisible en la zona periférica o no esencial, pero nunca en el núcleo.⁸⁰⁴

El núcleo del derecho en la teoría absoluta es susceptible de ser definido en abstracto con independencia del caso o de una situación histórica concreta, por lo tanto, irreductible e indisponible por el legislador en cualquier momento. Según esta teoría, el contenido esencial es uno y siempre el mismo, pudiendo ser establecido para cada derecho fundamental en abstracto.⁸⁰⁵

Su núcleo constituye “el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque solo sea en alguno de sus elementos) el derecho deja de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere”.⁸⁰⁶

Se trata, por tanto, de un tipo abstracto que preexiste conceptualmente al momento legislativo como una medida establecida y fija, como un elemento estable y definitivo⁸⁰⁷ que debe permanecer siempre, antes y después de cualquier intervención legislativa.

Junto con este núcleo inviolable existiría entonces una zona periférica donde el legislador puede ejercer libremente su competencia o configuración legislativa. La periferia sería “un terreno dejado a la política, en contraposición al núcleo que se ubica en el nivel del Derecho”.⁸⁰⁸

Como se ve, sin mayor esfuerzo, podría decirse que, por un lado, la aportación de esta teoría estriba en intentar armonizar la vinculación a los derechos fundamentales que tiene el legislador democrático y su competencia para la configuración legislativa de aquellos, admitiendo intuitivamente un contenido abstracto y, por otro lado, en determinar que en ningún caso los derechos pueden quedar vacíos de contenido. El contenido nuclear de los derechos para las teorías absolutas, es pleno, fijo, inmutable y determinable siempre.

A pesar de la aportación que brinda esta concepción, debe decirse que en esta visión de los derechos y su contenido, el margen de configuración legislativa queda excesivamente restringida, al trasladar a las Cortes o Tribunales constitucionales la facultad de determinar mediante una simple actividad “deductiva”, mecánica y en abstracto, cuál es el contenido

804 Antonio-Luis Martínez Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 22-3.

805 Parejo Alfonso, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional”, 183.

806 *Ibíd.*, 180.

807 Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, 272.

808 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 407.

de cada derecho, y prescindir de las exigencias de ponderación o posible colisión de los derechos en los casos concretos.

Por otro lado, la tarea de determinar el contenido de los derechos en abstracto parece complicada si se tiene presente que, en la mayoría de los textos constitucionales, las disposiciones de derechos fundamentales se han enunciado en términos altamente vagos y generales, de modo que no queda absolutamente claro siempre y en cada momento cuál es el contenido esencial de *todos* los derechos.⁸⁰⁹

Así, la indeterminación que genera la especial imprecisión semántica del conjunto de expresiones que conforman las disposiciones de derecho fundamental⁸¹⁰ vuelve una tarea complicada establecer en abstracto los contenidos de *todos* los derechos, sin tomar en cuenta las especiales circunstancias que brindan los casos concretos para la configuración del contenido de los mismos.

Además, una teoría absoluta por definición *intuicionista* con cada derecho, que deja un excesivo poder de definición y concreción en manos de las Cortes y Tribunales en desmedro del legislador democrático, favorece, sin embargo, la desconstitucionalización del contenido periférico de los derechos por cuanto el legislador, al menos en apariencia, podría quedar librado de cualquier vínculo o control respecto de la parte blanda o zona de periferia del derecho.⁸¹¹

Con el fin de procurar una solución a los problemas que pone de manifiesto esta perspectiva, en el caso español el Tribunal Constitucional ha precisado dos recursos útiles para determinar el contenido esencial: en primer lugar, tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o configurar cada derecho; y, en segundo lugar, acudir a lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos.⁸¹²

809 Al menos, si se piensa en el constitucionalismo europeo. Para el caso ecuatoriano, aunque la Constitución actual es de aquellas constituciones de detalle (cuatrocientos cuarenta y cuatro artículos sin contar con sus disposiciones transitorias y otras de naturaleza similar), también incorpora una serie de derechos en forma de cláusulas abstractas y generales lo que imposibilita su determinación *ex ante*, en abstracto, de manera definitiva, de un contenido absoluto de cada derecho. Un análisis interesante sobre las paradojas y encrucijadas que presenta el nuevo constitucionalismo latinoamericano y los derechos como normas abstractas puede verse en Moreno, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano, 147-206. Con otra perspectiva, sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano puede verse también Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en Luis Ávila, edit., *Política, justicia y Constitución* (Quito: CCPT / CEDEC, 2012), 157 y s.

810 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 102.

811 *Ibid.*, 409 y s.

812 Al respecto puede verse la sentencia STC 11/1981 del TC español, fundamento jurídico 8. Al respecto puede verse también, sobre dicha sentencia, el trabajo de Luis López Guerra, *Las sentencias básicas del tribunal constitucional*, 3a. ed. (Madrid: CEPC, 2008), 108-9.

De acuerdo con el primer criterio, el contenido de cada uno de los derechos es anterior a su reconocimiento mediante la interpretación constitucional definiendo un tipo abstracto que habrá de inferirse de las ideas generalizadas o convicciones admitidas entre los juristas.⁸¹³ De conformidad el segundo criterio, se puede hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte que resulta absolutamente necesaria “para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”.⁸¹⁴

Ahora bien, más allá de los problemas que traen consigo la aprehensión de los conceptos indicados, en ambos casos, los criterios establecidos no parecen sino redundar en el intuicionismo, opuesto a una interpretación armónica y sistemática del texto constitucional, que atienda a todos los intereses en conflicto y a los derechos en un plano de igualdad jerárquica.

Una adaptación útil de esta teoría absoluta consistiría en asumir que el contenido de los derechos se va configurando en el transcurso del tiempo, hasta llegar a definir un contenido esencial absoluto o, como Luciano Parejo parece indicar: “el contenido esencial no es históricamente determinado (por referido, de una vez y para siempre, al momento constituyente) sino capaz de sufrir una adaptación evolutiva en el tiempo[...]”.⁸¹⁵

Sin embargo, esto sería contrario a las posiciones que defienden una versión clásica de la de la tesis absoluta, que identificarían siempre y en abstracto, un mismo contenido inmutable y unívoco. Es decir, aun antes de cualquier intervención y configuración del contenido, este podría y debería ser definido.

De ahí puede deducirse que “una teoría absoluta del contenido esencial no puede decir qué razones superiores no son superiores, sino tan solo que no existen razones superiores”⁸¹⁶ dentro del ordenamiento jurídico, puesto que las mismas han venido ya definidas y son plenamente identificables.

Particularmente, para el caso ecuatoriano, con algún matiz, dado que la Constitución contiene una carta especialmente extensa, con una riqueza de formas normativas⁸¹⁷ que integra derechos con unos contornos más

813 Martínez Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 64.

814 *Ibid.*, 63.

815 Véase Parejo Alfonso, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional”, 188.

816 Alexy, *Teoría de los derechos*, 290. El mismo Robert Alexy indicó: “La convicción de que existen derechos que nunca son desplazados, ni siquiera bajo las circunstancias más extremas –y solo estos son derechos absolutos genuinos- puede ser que sea considerada autovinculante para un individuo que tiene la libertad de sacrificarse en aras de determinados principios, pero no puede valer desde el punto de vista del derecho constitucional”. *Ibid.*, 291.

817 Como lo sostienen algunos autores: “Sin llegar a ser códigos, las nuevas Constituciones se rebelan contra la brevedad, tan aclamada desde la época nominalista[...]. Por su extensión,

definidos y otros más generales y abstractos, parece no ser apropiada una teoría absoluta del contenido *en todos* los casos, en razón de que *no todos* los derechos fundamentales se encuentran en la posibilidad de ofrecer de forma clara, indiscutible, *ex ante*, un contenido esencial, estático y definitivo que auspicie, además, una deslegitimación de la adaptación política de la norma fundamental frente a contextos plurales, que podría llevar a la erosión misma del texto fundamental frente a la imposibilidad de adecuación constante a las cambiantes necesidades sociales.⁸¹⁸

Una teoría relativa del contenido esencial

La teoría relativa partiría de la constatación de que toda limitación a los derechos fundamentales exige una justificación, la cual puede encontrar un apoyo explícito en la norma constitucional, o bien puede derivarse implícitamente de aquella frente a la necesidad de proteger o preservar otros bienes constitucionales igualmente protegidos.⁸¹⁹

Para esta teoría, el contenido esencial coincide con una exigencia de justificación, es decir, no existe un contenido abstracto identificable en todo momento y en toda circunstancia para cada derecho fundamental, ya que los derechos poseen igual rango y se relacionan en circunstancias y casos específicos.

Un derecho fundamental, en esta visión, está contenido en una norma constitucional y convive con otras de igual rango y jerarquía, “lo que impone ajustar el contenido de una y otras de forma que ninguna de ellas se vea preterida en su vigencia”.⁸²⁰

estas Constituciones en alguna medida podrían ser consideradas herederas de la tradicional presencia de textos dilatados y prolíficos”. Véase Viciano Pastor y Martínez Dalmau, “Aspectos generales”, 175. Aun así, estos autores reconocen que las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano son “[...]esencialmente principistas[...]”, por cuanto “[...] los principios que abundan en sus textos, en detrimento de las reglas que, aunque presentes, ocupan un lugar limitado a los casos concretos en que su presencia es necesaria para articular la voluntad constituyente[...]”. *Ibid.*, 173-4. Una simple mirada al texto constitucional ecuatoriano confirma lo dicho respecto de la variedad normativa que lo integra: valores constitucionales, normas principio, normas reglas, directrices, encargos al legislador democrático por parte del poder constituyente, están presentes en la Constitución ecuatoriana de 2008 como normas constitucionales. Pero, además, la extensión que presenta el articulado constitucional es un rasgo que no se halla únicamente en la parte dogmática de la Constitución, sino que se extiende también a la parte orgánica del texto fundamental.

818 Como se vio en el capítulo primero de este estudio, la abstracción no solo sirve para sortear la objeción contramayoritaria, sino que, además, cuando una Constitución es más detallada y específica, menos apta será para afrontar los problemas de futuro. De ahí que no resulte improbable que este tipo de constituciones acaben frecuentemente siendo revisadas o reemplazadas por otras.

819 Martínez Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 20-1.

820 Véase Francisco Bastida, Ignacio Villaverde, Paloma Requejo, Miguel Angel Presno, Benito Aláez, Ignacio Sarasola, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (Madrid: Tecnos, 2004), 113.

Más allá de que los enunciados constitucionales puedan disponer de un significado *prima facie*, en la teoría relativa, el contenido esencial es aquello que queda después de un ejercicio de proporcionalidad o ponderación.⁸²¹ No tiene por tanto la teoría relativa como punto de partida un contenido que se aprecie como esencial al estilo de una medida preestablecida, fija e inmutable.⁸²²

Para las teorías relativas “sería admisible constitucionalmente que en un caso concreto se pudiera realizar una intervención que suponga una inaplicación del derecho fundamental en una situación concreta, siempre que se pudiera justificar constitucionalmente”.⁸²³ Es decir, el contenido esencial tiene un valor declarativo, en el sentido de que no es un elemento estable, sino determinable a partir de la propia norma de derecho fundamental en conexión con la justificación de una intervención⁸²⁴ en los casos concretos.

Lo anterior indica que a la hora de evaluar la constitucionalidad de un límite impuesto a los derechos fundamentales, el intérprete deba realizar un juicio a cerca de la justificación de tal límite o intromisión en el derecho fundamental específico.⁸²⁵

Se trataría de una visión “conflictualista del ejercicio de los derechos”⁸²⁶ que es la que se encuentra en la base del juicio de ponderación, y que es la que permite “desarrollar una argumentación más transparente y racional, y con ello también una justificación más adecuada de las decisiones, dado que nos muestra mejor qué es lo que hay que tener en cuenta, esto es, cuáles son las razones en pugna y cómo y por qué nos inclinamos a favor de unas u otras”.⁸²⁷

Dicha tarea de justificación racional debe ser realizada entonces, mediante el principio de proporcionalidad. Así, el contenido constitucional será respetado cuando la limitación se encuentre justificada, ajustada a la Constitución, de suerte que “garantía del contenido esencial y principio de proporcionalidad se identifican”.⁸²⁸

821 Alexy, *Teoría de los derechos*, 288.

822 Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, 272.

823 *Ibíd.*

824 *Ibíd.*

825 Martínez Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 21.

826 La teoría conflictualista es aquella que considera a los derechos en constante tensión. Reposa en una teoría interna de los derechos y puede alentar un incremento de los mismos y de sus ámbitos de protección, con la consiguiente minimización del poder. Sin embargo, como lo anota Prieto Sanchís, partidarios de los derechos como condiciones absolutas, tales como, Ferrajoli, temen que los derechos puedan ser devaluados, perdiendo su fuerza normativa si se los considera en objetos de transacción vía ponderación. Véase Prieto Sanchís, “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo”, 62-3.

827 *Ibíd.*, 64.

828 Martínez Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 22.

Como concluye R. Alexy de forma clara, “la garantía del contenido esencial[...] no formula frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional de la restringibilidad de derechos fundamentales[...] es una razón más en favor de la validez del principio de proporcionalidad”.⁸²⁹ El contenido esencial sería entonces el marco indisponible que queda del derecho luego de la aplicación del test.

Las críticas apuntan a que mediante una concepción relativa, el contenido esencial del derecho no sería más que una garantía formal y puramente retórica, puesto que admitir que un derecho puede quedar limitado al amparo de otros bienes constitucionales igualmente protegidos, sin requerir más que un juicio de proporcionalidad de la medida limitadora, equivale a relativizar por completo el carácter jurídico del derecho fundamental, sometiénolo a permanentes restricciones bajo la fachada de justificaciones proporcionales.⁸³⁰

De ahí la tesis difundida en la doctrina acerca de la naturaleza meramente declarativa de la garantía de contenido esencial, que no añadiría nada a la mención constitucional del derecho fundamental, ya que el derecho empezaría allí donde acaba la posibilidad de limitarlo pero que ha de permanecer, sin embargo, en la retaguardia del Estado constitucional, para supuestos límites en que aparezcan nuevos peligros para lo esencial de los derechos fundamentales,⁸³¹ reafirmando la limitación del legislador frente a los derechos.

De alguna manera,⁸³² dado que existen unos derechos con unos contornos más precisos, la Constitución ecuatoriana parece haber tomado este rumbo cuando indica que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule *injustificadamente* el ejercicio de los derechos.⁸³³ Así, una intervención por parte del legislador o de los poderes públicos en el ámbito de los derechos sería justificable solamente si hubiera superado con éxito un test de proporcionalidad.

También la CCE, moviéndose de forma imprecisa entre una concepción relativa del contenido de los derechos⁸³⁴ y la teoría absoluta de los

829 Alexy, *Teoría de los derechos*, 291.

830 Martínez Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 28.

831 Peter Haberle, “El legislador de los derechos fundamentales”, en Antonio López Pina, dir., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia* (Madrid: Civitas / Universidad Complutense, 1991), 122-3.

832 Debido a que como se anotó, existen algunos derechos con unos contornos más precisos, sin embargo, resulta difícil establecer en abstracto, *ex ante* un contenido absoluto de todos los derechos.

833 Véase art. 11, num. 8, inc. 2 de la CRE.

834 Véase la sentencia de la Corte 012-09-SEP-CC, de 14 de julio de 2009. En dicho fallo, la Corte, refiriéndose al contenido esencial de los derechos manifestó: “Esta teoría constituye un nuevo paradigma con una interpretación diferente a la habitual (jerarquía, ponderación, subsunción, etc.). Para sus teóricos, los derechos fundamentales son armónicos, constituyéndose en un mito la tan mentada colisión entre derechos, ya que si un derecho es excluido por otro,

mismos,⁸³⁵ ha indicado que el contenido de los derechos puede variar según el devenir histórico, recalcando que: “[...] es más adecuado no distinguir entre núcleo duro y parte accidental, puesto que el contenido esencial no es el contenido intocable, sino que es determinable con razonabilidad[...] lo cual evidencia armonización y ajustamiento con otros bienes igualmente humanos y con otras pretensiones igualmente dignas de convertirse en derechos”.⁸³⁶

Sea como fuere, la carga de justificación que pesa sobre el legislador a la hora de limitar-regular los derechos fundamentales en el marco de lo que la propia Constitución establece parece representar una característica común a los sistemas de protección de los derechos,⁸³⁷ y su origen según P. Sanchís “en la conocida doctrina de la posición preferente de los derechos fundamentales, que supone una inversión de la presunción de constitucionalidad que acompaña habitualmente a los productos del legislador, de manera que cuando este se mueve en la esfera de los derechos es él mismo quien debe destruir la presunción de inconstitucionalidad”.⁸³⁸

Una teoría mixta del contenido esencial

Esta teoría conjuga los postulados básicos de la teoría espacial absoluta con el reconocimiento del principio de proporcionalidad como un elemento integrante de la teoría relativa. Sin embargo, conviene recalcar desde el inicio que, en esta perspectiva mixta, los derechos fundamentales pueden ser vistos con el mismo esquema de la teoría absoluta. Es decir, “como

siguiendo una suerte de darwinismo jurídico, uno de aquellos tiende a depreciarse, lo cual no es susceptible dentro del constitucionalismo, puesto que este tiende a que los derechos coexistan armónicamente. El punto de partida de la interpretación de los derechos constitucionales debe ser su armonía y no su contradicción[...]Desde el punto de vista de la teoría jurídica de los derechos fundamentales, no es buena técnica establecer limitaciones, jerarquías y balances que prioricen un derecho fundamental sobre otro, ya que lo que se busca es la armonía entre tales derechos[...]La concepción del contenido esencial considera que es más adecuado no distinguir entre el núcleo duro y parte accidental, puesto que el contenido esencial no es el contenido intocable, sino que es determinable con razonabilidad y que el contenido esencial se delimita desde el bien humano protegido por el derecho, es decir, desde la finalidad del derecho mismo, lo cual evidencia la armonización y el ajustamiento con otros bienes igualmente humanos y con otras pretensiones igualmente dignas de convertirse en derechos”.

835 Véase la sentencia de la Corte 009-10-SIN-CC, de 09 de septiembre de 2010 en donde la Corte parece adoptar una teoría absoluta del contenido de los derechos, pero también, parece orientarse hacia una teoría mixta del contenido esencial.

836 Véase la sentencia referida 012-09-SEP-CC, de 14 de julio de 2009.

837 Destacando que no es lo mismo limitación que menoscabo o anulación, el art.11, num. 8, inc. 2 de la CRE dice: “Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.

838 Luis Prieto Sanchís, “La limitación de los derechos fundamentales y al norma de clausura del sistema de libertades”, *Pensamiento Constitucional*, año VIII, No. 8 (2000): 75.

cuerpos que ocupan un lugar en el espacio, cuya sustancia se subdivide en un núcleo esencial y en una periferia".⁸³⁹

El matiz que se añade por parte de la teoría mixta es que las intervenciones del legislador en la periferia de los derechos no se encuentran desvinculadas jurídicamente. Dichas intervenciones en la zona de periferia son controlables jurídicamente, mediante el principio de proporcionalidad, mientras que en el núcleo del derecho debe su núcleo permanecer inmutable. Lo inmutable sigue siendo el núcleo, pero la periferia estaría siempre sometida a un marco de intervención proporcional.

De ese modo, la teoría mixta sorteaba bastante bien la crítica de la desconstitucionalización de la zona de periferia del derecho, al hacer uso del principio de proporcionalidad, sin autorizar una limitación en el núcleo duro del mismo.⁸⁴⁰

En la doctrina española Parejo,⁸⁴¹ Prieto Sanchís⁸⁴² y Medina Guerrero⁸⁴³ cuentan entre los autores más destacados con relación a lo que se podría denominar la teoría mixta del contenido esencial en la cual, de una u otra manera, enfatizan en que la ley debe concretar los indeterminados enunciados constitucionales y precisar las condiciones del ejercicio de los derechos

839 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 422.

840 *Ibid.*

841 Parejo Alfonso, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional": 182. Según este autor, "la garantía del contenido esencial está dirigida precisamente a preservar para los derechos fundamentales una concreta e irreductible posición última en ese proceso de determinación del Derecho, de modo que en él el juego de acomodo de los bienes en presencia, y consecuentemente, de precisión de límites encuentra en todo caso, a su vez, un límite final: el del contenido esencial de tales derechos fundamentales". Así, en dicha concreción de límites, el núcleo esencial es irreductible, sin embargo, el margen de periferia, sí podría sufrir restricciones.

842 Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales* (Madrid: Debate, 1990), 142 y s. De conformidad con Prieto Sanchís, "cabe deducir que la cláusula del contenido no se configura como una exigencia de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y las circunstancias o finalidades que justifican dicho sacrificio, sino como una esfera de intangibilidad que nunca, en ningún caso puede sobrepasarse". Si bien, para Prieto Sanchís, los derechos fundamentales no son ilimitados, debido a que caben ciertas restricciones legislativas sobre los mismos, dicha intervención debe respetar un límite absoluto del contenido esencial, además de estar justificada en término proporcionales. Es decir, contenido esencial constituye –para el autor– un parámetro independiente del principio de proporcionalidad. En todo caso, la utilización y justificación que brinda el principio de proporcionalidad solo sería viable en la zona de periferia del derecho.

843 Medina Guerrero, *La vinculación legislativa del legislador a los derechos fundamentales*, 170. Para este autor, contenido esencial y principio de proporcionalidad son dos –límites de los límites– de los derechos fundamentales que funcionan de modo independiente. Así, sostendría "el contenido constitucionalmente protegido (o contenido total) se estructura, en suma, en dos zonas: una central, absolutamente intangible para el legislador (el contenido esencial); y otra externa, que en alguna ocasión hemos dado en denominar (contenido inicialmente protegido) dado que sus integrantes, de carácter claudicante, pueden ser sacrificados por el legislador al objeto de preservar otros derechos o bienes constitucionales siempre que el límite sea proporcionado".

en un amplio margen de libertad para el legislador, limitándolo únicamente por el contenido esencial de los derechos.

Ahora bien, debido a que, por un lado, los defensores de esta teoría parten de un reconocimiento parcial de la teoría absoluta, en el sentido de que identifican un contenido constitucional intangible o inmutable y, por otro lado, el espacio periférico se encontraría sujeto a una evaluación de proporcionalidad, en parte, las mismas críticas que se vierten contra la teoría absoluta son aplicables a la teoría mixta, ante la dificultad de identificar, más allá de un mero intuicionismo, un contenido esencial intangible que en ningún caso puede sobrepasarse.

Puede decirse que la teoría mixta da un paso delante sobre la teoría absoluta, pues reivindica el juicio de proporcionalidad como la medida idónea de evaluación en la zona periférica de los derechos frente a limitaciones de aquellos. Sin embargo, siendo esta su especial aportación, dicho argumento se convierte precisamente en su mayor debilidad.

De hecho, una teoría mixta incorpora de la teoría absoluta el atractivo del contenido esencial y, de la teoría relativa, la aplicación del principio de proporcionalidad. No obstante, la teoría mixta no advierte de que estos dos elementos resultan irreconciliables desde el punto de vista metodológico.⁸⁴⁴

Así, la idea de que cada derecho fundamental tiene una zona nuclear que no puede ser restringida, “es incompatible por entero con la ponderación entre derechos y bienes y con la aplicación del principio de proporcionalidad; correlativamente, la ponderación y el principio de proporcionalidad son conceptos metodológicamente contradictorios con la idea del contenido esencial, entendido en los términos de la teoría absoluta”.⁸⁴⁵

La única manera en la que principio de proporcionalidad y contenido esencial pueden integrarse en una misma estructura teórica, se da si se piensa que el contenido esencial no es nada distinto a lo que resulta de la aplicación del principio de proporcionalidad, como lo han defendido algunos teóricos.⁸⁴⁶ Por esta razón, el contenido esencial no podría ser identificado *ex ante* y sería más bien aquello que se evidencia después de la aplicación del principio de proporcionalidad.

Según Bernal Pulido:

Si hay núcleo no puede haber ponderación y si hay ponderación no puede haber núcleo. En otros términos, el juicio de constitucionalidad es unidireccional,

⁸⁴⁴ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 428.

⁸⁴⁵ *Ibíd.*

⁸⁴⁶ Alexy, *Teoría de los derechos*, 288 y 91; Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, 272 y s.; Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, 123-4.

de acuerdo con la teoría absoluta, y por tanto, el Tribunal Constitucional se limita a detectar el núcleo del derecho y a observar si la restricción legislativa lo afecta o no lo afecta; o por el contrario, el juicio de constitucionalidad es relacional, en los términos del principio de proporcionalidad, y por tanto, la labor del Tribunal Constitucional consiste en establecer si las ventajas que la restricción legislativa implica para el derecho o bien que la justifica, compensan las ventajas para el derecho restringido, en un examen de relaciones entre las ventajas y las desventajas. Lo que no es posible, es que el juicio de constitucionalidad sea a la vez relacional (principio de proporcionalidad) y no relacional (teoría del núcleo esencial).⁸⁴⁷

Una conclusión básica es que mientras la teoría absoluta del contenido esencial observa a cada derecho de forma aislada con un contenido inmutable e invariable, la teoría relativa, con el principio de proporcionalidad por medio como parámetro de justificación de la restricción, analiza a los derechos en una continua relación dialéctica de unos con otros, más aún si se presentan, como sucede en la Constitución ecuatoriana, en un plano de igualdad jerárquica y de plena justiciabilidad.⁸⁴⁸

La idea de que todo derecho fundamental contiene un contenido esencial inmutable en el que no caben “limitaciones” atendiendo al ejercicio de otros derechos, presupone una observación de los derechos aislados unos de otros. Por esta razón, solamente la teoría relativa se justifica en una Constitución en la que los derechos están en pie de igualdad y en constante interacción, más allá de que puedan existir algunos derechos que definan un contenido más concreto o específico.

Así, la validez de las limitaciones a los derechos será establecida mediante la evaluación y puesta en práctica del principio de proporcionalidad en un análisis de la relación entre los derechos o principios constitucionales que colisionan.

Dicho de otra manera, o el contenido esencial del derecho está determinado antes del proceso de interpretación constitucional, es decir, está definido con anticipación para solo ser descubierto por el intérprete, o no lo está y, por tanto, el intérprete ha de determinarlo atendiendo a las circunstancias de cada supuesto mediante el principio de proporcionalidad.⁸⁴⁹

Y es que, “en el momento en que se acepta que el derecho restringido posee un contenido esencial que no puede ser restringido, el juicio de proporcionalidad pierde su naturaleza porque deja de ser relacional;[...] lo que importa no sería ya si las ventajas para un derecho justifican las des-

847 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 432.

848 Véase art.11, num. 6 de la CRE.

849 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 431.

ventajas para otro, sino, exclusivamente, si el derecho restringido ha sido afectado en su núcleo esencial".⁸⁵⁰

Todo este panorama ha llevado a algunos autores a tomar distancia de las teorías propuestas, evaluarlas críticamente y proponer una especial visión del contenido de los derechos como el criterio definitorio de la vinculación del legislador a los mismos.

Según Jiménez Campo, aquello que constituye el contenido esencial del derecho se concreta en la posibilidad de compaginar o equilibrar dos principios, como son, el principio de constitucionalidad, por un lado, y el principio de democracia pluralista, por el otro. Ello porque el juez constitucional no ha de ser solamente el garante de la integridad del derecho fundamental, sino también, simultáneamente, el garante de la libertad de configuración del legislador.⁸⁵¹

Para sustentar dicha posición, Jiménez Campo parte de una crítica a la teoría espacial-topográfica de lo que sea un contenido esencial de los derechos afirmando que esta es *contradictoria, ilusoria y confusionista*.⁸⁵²

La contradicción nace en la teoría absoluta con la admisión de que existe un espacio débil o franqueable del derecho fuera de su núcleo irreconciliable con el postulado de que todo el derecho es indisponible para el legislador. A su vez, aquella es ilusoria porque cree que es posible determinar en abstracto un núcleo duro e indisponible de los derechos que pueda ser definido *ex ante*. Finalmente, es confusionista porque una comprensión escindida del derecho entre su núcleo y su periferia podría llevar a la conclusión anticipada de que una parte del derecho puede ser cedida al legislador, o bien de que lo que aquel añade a su núcleo adquiere el carácter, también, de derecho indisponible. Uno y otro error, añade el autor, provienen de la misma concepción espacial del derecho.⁸⁵³

Por ello, el autor citado recurre más bien a un contenido esencial con sentido temporal, entendiendo como contenido del derecho aquello "que ha de permanecer vivo pese al tiempo; lo que persiste abierto al cambio, reconocible siempre, pero nunca idéntico a sí mismo".⁸⁵⁴ Consecuentemente, la revisión jurisdiccional consiste en examinar si la legislación de cada tiempo puede identificarse como forma adaptada a la concreta circunstancia histórica del Derecho que la Constitución creó.⁸⁵⁵

850 *Ibíd.*, 432.

851 Javier Jiménez dice, "la resistencia del derecho frente a la ley y el reconocimiento, al tiempo, de la acción conformadora de esta conviven, así, en la invocación de contenido esencial, *concordantia opositorum*". Véase Jiménez Campo, *Derechos fundamentales, concepto y garantía*, 69.

852 *Ibíd.*, 70.

853 *Ibíd.*, 71.

854 *Ibíd.*

855 *Ibíd.*

En este caso, “la interpretación jurisdiccional de la esencia del derecho no ha de ser el ilusorio empeño de reproducir, a través de un razonamiento indagador, la imagen acabada de un concepto fijado para todo tiempo”.⁸⁵⁶

Si bien Jiménez Campo sugiere que la concreción del contenido de los derechos no es anterior a la tarea interpretativa que se lleva a cabo mediante el juicio de constitucionalidad, la relativización de un contenido que no puede ser determinado *ex ante* “no viene de la mano, en todo caso, de la composición salomónica que la proporcionalidad ofrece, sino de la apelación a una cultura jurídica arraigada y viva, en cuyo seno sea posible la comunicación racional y, por tanto, un cierto control de la argumentación que conduce al fallo”.⁸⁵⁷

Ahora bien, le pregunta que se suscita es si la teoría temporal-absoluta del autor y su crítica a la proporcionalidad constituyen un argumento válido para vincular de forma clara al legislador democrático.

La crítica al principio de proporcionalidad será estudiada más adelante. Sin embargo, conviene decir por ahora que la propuesta de Jiménez Campo, a pesar de las virtudes que aporta al admitir que el contenido de los derechos estaría relacionado con fenómenos culturales, conservando un mínimo que le es esencial, la misma resulta inadecuada si se pretende aplicar en una cultura jurídica diversa y no homogénea, propia de contextos plurales.

Por otro lado, si el contenido esencial no existe antes de la expedición de una ley, ni del ejercicio del control de constitucionalidad, sino que es construido mediante una actividad interpretativa, parece difícil concebir cómo el legislador tenga la obligación de respetar un contenido esencial.

Cabría esperar que el canon del contenido esencial proteja eficazmente los derechos frente al legislador en los casos en que la Constitución precisa su contenido con algún grado de detalle. Sin embargo, aun así se observa que dicho contenido no preexiste de forma clara como algo determinable en abstracto, siempre fijo e inmutable, sino que obedece a una eventual aplicación del principio de proporcionalidad adoptado en sede legislativa.

Igualmente, “tampoco parece posible que la corte o tribunal aplique un contenido esencial como parámetro en el juicio de constitucionalidad, y a su vez construya ese parámetro como resultado del propio juicio”.⁸⁵⁸ La contradicción se presenta porque algo no puede existir *ex ante*, y a la vez, no existir para ser configurado.

856 *Ibíd.*, 72.

857 *Ibíd.*, 73.

858 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 442.

Asegurar un contenido esencial *ex ante* para *todos* los casos, compatible con un margen de libertad de configuración legislativa dentro de unos límites, solo parecería posible si la comunidad en su conjunto pudiese identificar siempre el contenido de unos derechos que el legislador nunca pudiera transgredir.⁸⁵⁹

En este sentido, “la libertad de configuración del legislador no está garantizada, si lo único que se sabe es que el legislador encuentra sus límites en el contenido esencial, un concepto que muta con el tiempo y que solo el Tribunal Constitucional puede definir en cada procedimiento de control de constitucionalidad[...]”.⁸⁶⁰

Ello ha llevado a que, en un exagerado ejercicio cognitivista se haya defendido eliminar el concepto de “limitaciones” constitucionales a los derechos fundamentales por el de “delimitación”⁸⁶¹ interna de los derechos,

859 *Ibíd.*

860 *Ibíd.*, 443.

861 Ignacio Villaverde, con algún matiz, ha manifestado: “En rigor habría que decir que los conflictos, si existen, lo son entre el derecho fundamental y sus límites; y en la medida en la que entre sus límites están los derechos fundamentales o constitucionales de terceros, si se puede decir que existen conflictos entre derechos fundamentales. Lo que ocurre es que esta forma de expresarse es engañosa, ya que puede hacer pensar una colisión entre derechos cuando la colisión es entre derecho fundamental y sus límites. Y para ser más exactos, ni siquiera en puridad se puede hablar de colisiones, porque los límites de un derecho fundamental no colisionan con él, sino que justamente sirven para solventar sus posibles colisiones con otros derechos, bienes e intereses” Véase Ignacio Villaverde, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”, 175-6. Igualmente, Ignacio de Otto y Pardo ha preferido hablar de delimitación de los derechos asumiendo que “lo que se llama protección de otro bien constitucional no exige una limitación externa de los derechos y libertades, porque las conductas de las que deriva la eventual amenaza del bien de cuya protección se trata sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fundamental y, en consecuencia, no se requiere ninguna limitación de este para excluirlas”. Véase Ignacio de Otto y Pardo, “La regulación”, 137. Finalmente, Antonio-Luis Martínez Pujalte también es partidario de este concepto cuando dice: “Lo que se impugna no es, pues, la existencia de los conflictos de derechos, sino su interpretación; y, la que propongo induce a considerar todos los conflictos como aparentes[...]El proceder adecuado para resolver el aparente conflicto no consiste pues en la determinación del derecho prevalente, ya sea por su superioridad jerárquica general o por su ponderación teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso; sino en la delimitación adecuada del contenido de los derechos aducido[...].” Véase Antonio-Luis Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Ahora bien, conforme lo ha anotado Bernal Pulido, la posición de De Otto y Pardo, y por extensión, la de quienes siguen esta idea, supone un exagerado credo cognitivista del contenido de los derechos, así como una exagerada posibilidad de analizar la disposiciones fundamentales por métodos lingüísticos, lo cual resultaría inviable. Así indicó: “según este autor –De Otto y Pardo–, lo que sucede en realidad es que en estos eventos –de supuesta limitación– la posición jurídica que aparentemente resulta amenazada por ley y cuya restricción estaría justificada por el derecho o bien que respalda la intervención legislativa, no pertenece realmente al ámbito del derecho fundamental supuestamente restringido”. Véase Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 453-4.

tratando, así, de suprimir el aparente absurdo que puede significar que el legislador pueda limitar un derecho creado por la Constitución y de soslayar, al mismo tiempo, el tinte negativo que la palabra limitación tiene en el mundo de los derechos.⁸⁶²

Sin embargo, conviene advertir al menos tres situaciones al respecto. Primero, la Constitución ecuatoriana en ningún momento habla de “delimitación” y, con ello, de una teoría absoluta como si *todos los derechos* pudiesen brindar de forma clara al intérprete un contenido intocable en abstracto que permita un simple ajustamiento o delimitación.⁸⁶³ Lo que sí, es clara en manifestar que no cabe “restricción” al ejercicio de los derechos,⁸⁶⁴ dejando abierta la posibilidad de una “regulación”⁸⁶⁵ en el sentido de una “limitación constitucionalmente admisible”,⁸⁶⁶ entendida, cuando

862 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 475.

863 En apoyo de lo dicho puede considerarse entre otras, la sentencia de la Corte 003-14-SIN-CC, de 17 de septiembre de 2014, donde la CCE recalca que los derechos fundamentales no tienen el carácter de absolutos, y en consecuencia, admiten ciertas limitaciones.

864 Véase, el art.11, num. 4, de la CRE. Aun así, la CCE, en la sentencia 010-13-SIN-CC de 25 de septiembre de 2013 ha indicado que: “[...]la facultad de configuración legal, que conlleva restricción de derechos constitucionales, debe realizarse en observancia de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad[...]”. Igualmente, la sentencia de la Corte 005-15-SIN-CC, 16, de 18 marzo de 2015 donde, con una referencia a la sentencia de la Corte 010-13-SIN-CC, vuelve a indicar lo mencionado, respecto de la restricción. Por otro lado, la misma Corte ha intentado remarcar que una cosa es la *regulación* y otra cosa es la *restricción* (Sentencia 003-14-SIN-CC, 40-41, de 17 de septiembre de 2014 referida a la Ley de Comunicación donde aclara que dicho cuerpo legal regula el ejercicio de los derechos y no restringe los mismos).

865 En efecto, los art.132 y 133 de la CRE, referidos a los principios de reserva de ley ordinaria y orgánica respectivamente, facultan al legislador a *regular* el ejercicio de determinados derechos y materias. Puede verse en ese mismo sentido, por ejemplo, el art. 66, num. 22 que dice: “22. El derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y formas que establezca la ley” o, el art. 68, que indica: “La unión estable y monogamia entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancia que señale la ley [...]”.

866 En la jurisprudencia de la CCE puede verse la sentencia 009-10-SIN-CC de 09 de septiembre de 2010, donde se puso de manifiesto lo siguiente: “[...]Resulta, entonces, que cuando se determina el principio de reserva legal como el establecido en el num. 8, del art. 11 de la Constitución, la regulación del mismo no admite otra sino la que debe ser realizada por el Legislador, encargado en última instancia de regular cuidadosamente la materia que es sometida a su conocimiento, en el presente caso, la limitación de los derechos fundamentales en la contratación colectiva reconociendo que la potestad reglamentaria se halla restringida y subordinada”. También puede verse, en materia de control abstracto de norma, las sentencias de la Corte ecuatoriana: 003-14-SIN-CC, de 17 de septiembre de 2014; 014-15-SIN-CC, de 29 de abril de 2015; 019-15-SIN-CC, de 24 de junio de 2015. Con una referencia al caso español, Blanca Rodríguez anota que la preferencia en el sistema español es la “regulación”, no la imposición de límites al ejercicio de los derechos. No obstante dice: “[...]esta última se asume de forma implícita, en la medida en la que toda regulación del ejercicio de un derecho traza al mismo tiempo e inevitablemente los límites de su ejercicio”. Véase Rodríguez: “El caso ‘Valenzuela Contreras’”, 238. También, la Constitución ha fijado que solo mediante la ley se puede establecer

de satisfacer otros derechos se trata (lo que se conoce como los límites inmanentes).⁸⁶⁷ De manera que lo que no cabe es una “regulación” que vuelva impracticable el ejercicio del derecho o lo dificulte más allá de lo que la propia Constitución pudiese autorizar.

Segundo, con el solo hecho de denominar a una intervención legislativa como una actividad de “delimitación” no se suprime el riesgo de que el legislador pueda limitar de forma excesiva los derechos. Solo tras acometer las valoraciones necesarias mediante el principio de proporcionalidad, es posible rechazar una intervención arbitraria y desproporcionada por parte del legislador que, debiendo configurar un derecho, en realidad lo desfigura.

Y, tercero, se puede objetar al uso de la palabra “delimitación” su desmedida confianza en una objetividad abstracta del contenido de *todos los derechos* fundamentales, cuando en realidad, las disposiciones de derecho fundamental se caracterizan más bien por su indeterminación semántica.⁸⁶⁸

ciertas limitaciones que vienen autorizadas dentro del marco constitucional. Por ejemplo, puede verse el art. 69, num. 2 de la CRE que indica: “Se reconocerá el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley[...]”; el art. 66, num. 17 y 21 de los derechos de libertad que establece: “17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso salvo los casos que determine la ley”, “21. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; esta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley[...]”. Estas reservas habilitan al legislador para fijar con un margen de libertad constitucional la regulación de los límites de un derecho fundamental. Véase Francisco Bastida, Ignacio Villaverde, Paloma Requejo, Miguel Angel Presno, Benito Aláez, Ignacio Sarasola, *Teoría general*, 122.

867 Son aquellos que derivan de la coexistencia de los derechos fundamentales con otras normas de igual rango constitucional (“límites inmanentes” o “lógicos”). Véase Francisco Bastida, Ignacio Villaverde, Paloma Requejo, Miguel Angel Presno, Benito Aláez, Ignacio Sarasola, *Teoría general*, 139. De la misma manera, la sentencia ya indicada de la Corte Constitucional ecuatoriana, 003-14-SIN-CC, 90-140, de 17 de septiembre de 2014, ha recalcado que los derechos son interdependientes y no son absolutos. Por otro lado, como un contraste a los límites inmanentes, los mismos autores se han referido a los límites externos indicando que, “su principal característica es que son restricciones que para su establecimiento la Constitución habilita a un poder público, normalmente el legislador. Es por ello que son límites externos, ya que no derivan de la coexistencia del derecho fundamental con otras normas constitucionales o están fijados expresamente por el propio enunciado iusfundamental. La Constitución llama a un poder constituido para que cree esos límites. Así pues, estos límites solo existen si ese poder constituido los crea. Mientras el habilitado por la Constitución no haga uso del apoderamiento para crear restricciones a los derechos fundamentales, esas restricciones no existen. El límite externo es contingente, y, además, su creación es constitutiva[...]De modo que no quepa deducir de los enunciados iusfundamentales cláusulas implícitas de limitación externa de los derechos; sin perjuicio de que la Constitución pueda establecer una habilitación general expresa de limitación de los derechos fundamentales (como la contenida en el art. 19 LFB)”. Véase Francisco Bastida, Ignacio Villaverde, Paloma Requejo, Miguel Angel Presno, Benito Aláez, Ignacio Sarasola, *Teoría general*, 115.

868 Como ha quedado dicho, que existan unos derechos con unos contornos más específicos que otros no quiere decir que sean absolutamente claros e indiscutibles, ya que la gran característica

Por lo tanto, si se parte de un modelo de principios como posiciones definitivas o absolutas se llega al resultado de que nunca pueden existir limitaciones legítimas o constitucionalmente admisibles al ámbito de ejercicio de los derechos. Por el contrario, si se parte de un modelo de principios abiertos y generales, es posible una limitación constitucionalmente admisible de un derecho garantizado *prima facie* por las normas de derecho fundamental que, tras la valoración de cada caso, puede alcanzar el carácter de definitiva.⁸⁶⁹

Así, para declarar la inconstitucionalidad de una ley, la Corte “deberá fundamentar en todo caso, en razón de qué argumentos considera que el ejercicio de la competencia legislativa para configurar la Constitución, dirigido a garantizar las exigencias de un bien, un derecho fundamental o un fin político, ha implicado una restricción desproporcionada del derecho fundamental intervenido”.⁸⁷⁰

Junto con ello, pueden ayudar al propósito de concretar el margen de discrecionalidad sobre el alcance y determinación del contenido esencial de los derechos, tanto de la función legislativa como de la judicial, un principio de desarrollo progresivo del ejercicio, con la consecuente prohibición de regresividad,⁸⁷¹ el de aplicación más favorable o *pro homine* y un criterio de interpretación sistemática de la norma fundamental.⁸⁷²

En conclusión, una objetividad total únicamente podría alcanzarse en un sistema “ideal” en el que la Constitución determinará por completo el contenido de cada uno de los derechos que la integran, regulando todos los supuestos relevantes que afectan a aquellos.⁸⁷³

Como consecuencia, la función de la Corte o el Tribunal sería únicamente subsumir los hechos de un caso en el al amplio catálogo constitucional disponible y el parlamento, se reduciría al mínimo, encargado únicamente de una mera ejecución de la Constitución, perdiendo todo su significado como espacio ideal de la deliberación democrática.

Sin embargo, ello es imposible, amén de poco deseable, en un Estado con contextos plurales y diversos. Por esa razón, las cláusulas abstractas

de los textos fundamentales es su generalidad y abstracción, con lo cual resulta altamente improbable que *en todos los casos* sea posible definir en abstracto un contenido absoluto para cada derecho.

869 Alexy, *Teoría de los derechos*, 271.

870 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 478.

871 Sobre este principio, la CCE se ha pronunciado, entre otros casos, en la sentencia 005-13-SIN-CC, de 09 de abril de 2013.

872 Véase art. 11, num. 5 y 8, inc. 1 de la CRE.

873 En relación con las propiedades de un sistema jurídico ideal y coherente, o del ideal de una norma perfecta y sus dificultades, consultar Gunther, “Un concepto normativo”, 214.

de derechos son ideales para una deliberación democrática y, aunque conlleven un margen de discrecionalidad en su aplicación, ello es preferible, antes que pretender determinar en abstracto el contenido de unos derechos que deben ser configurados de manera progresiva.

Así, la única teoría compatible con una aplicación del criterio de proporcionalidad capaz de enjuiciar la legítima intervención del legislador en el mundo de los derechos desde un punto de vista positivo es una teoría relativa-externa del contenido de los mismos.

Desde esta perspectiva, el contenido de los derechos no constituye una tarea de identificación en abstracto, como supone la teoría absoluta, que limita de entrada las competencias del legislador democrático por suponer un contenido a priori, inmutable y definitivo para cada derecho. El contenido del derecho debe ser concretado en atención a las concretas circunstancias del caso, lo que requiere la aplicación del principio de proporcionalidad como criterio de control razonable de la tarea legislativa. Por esta razón, la única forma plausible de definir el contenido esencial de los derechos será mediante su identificación con el principio de proporcionalidad.

De esta manera se justifica también la previsión de la norma fundamental ecuatoriana que consagra positivamente la vinculación del legislador a un contenido de los derechos, abandonando una concepción pasiva de los mismos, que los entendiera tan solo como límites de los límites a los poderes públicos.

La intervención jurisdiccional sobre la obra del legislador debe ser graduado en cada caso en relación con los márgenes de intensidad, mediante la utilización del principio de proporcionalidad, puesto que una aplicación siempre estricta del mismo reduciría de un modo apreciable la libertad de configuración política del mismo.

En efecto, la vinculación del legislador a los derechos fundamentales no puede llevarse hasta el extremo de comprimir desmesuradamente su margen de maniobra en la concretización de las normas. Ante el legislador, *el principio de proporcionalidad reclama su utilización proporcionada.*⁸⁷⁴

La ley, ciertamente, goza de una dignidad privilegiada dentro del Estado democrático por ser fruto de la deliberación entre los representantes del Parlamento. Dicha racionalidad solo se desvirtúa mediante argumentos razonables que llevan a la declaración de inconstitucionalidad. Y una forma racional y controlable de operar en este contexto es mediante la aplicación del principio de proporcionalidad.

874 Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, 137.

El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad y fuente de legitimidad del juez frente al legislador

Se ha dicho que mientras el legislador cuenta con la legitimidad que le otorga la representación popular, el juez, en el momento de aplicar e interpretar la Constitución, tiene como único aval la utilización del método jurídico. Es decir, su legitimidad descansa en el propio Derecho.⁸⁷⁵

Por ello, y ante la necesidad de articular mecanismos jurídicos de contención racional de la tarea judicial, toda vez que la autocontención parece ubicarse más bien en el mundo de las buenas intenciones,⁸⁷⁶ el principio de proporcionalidad destaca como una garantía de racionalidad mediante la cual el juez se somete al derecho.

Sin embargo, en materia interpretativa, con el fin de dimensionar la función que cumple el principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez en el campo del control abstracto de normas y su aplicación en los denominados casos fáciles o casos difíciles que serán objeto de análisis más adelante, es necesario distinguir previamente entre normas directamente estatuidas y normas adscritas de derechos fundamentales. Las diferencias en realidad, ni son cualitativas, ni se refieren al estatus normativo de las mismas, sino que más bien obedecen a algunas divergencias en cuanto a la manera en que sirven de fundamento al parámetro del control de constitucionalidad.

Mientras “el texto de las disposiciones constitucionales se erige como fundamento inmediato y suficiente de las normas que directamente estatuye, las normas adscritas son el producto de una fundamentación interpretativa suplementaria que parte de las normas directamente estatuidas, y las normas individuales son el resultado de la subsunción de un caso bajo el supuesto de hecho de una norma directamente estatuida o de una norma adscrita”.⁸⁷⁷

De este modo, las normas directamente estatuidas y normas adscritas constituyen una cadena continua en donde las primeras son más generales que las segundas y constituyen el punto de partida para su fundamentación. Por su parte, las normas individuales, son más específicas que las normas directamente estatuidas y que las normas adscritas.⁸⁷⁸

875 Camino Vidal Fueyo, “El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Uruguay: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005), 428.

876 *Ibíd.*, 431.

877 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 110-1.

878 *Ibíd.*, 111.

En todas ellas está presente una actividad interpretativa. Para las normas directamente estatuidas es necesario traducir a términos prescriptivos o de deber ser las expresiones contenidas en las disposiciones de derechos fundamentales.⁸⁷⁹

Es decir, “las normas directamente estatuidas constituyen una formulación abstracta de las disposiciones de derecho fundamental, proyectada en el ámbito del deber ser[...], rara vez son aptas para ser utilizadas como premisa mayor en la fundamentación interna de las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes”⁸⁸⁰ por su nivel de abstracción y generalidad, salvo que se tratase de unas normas hipotéticas con una explicitud semántica que no generara mayor controversia, como las normas tipo regla.

En efecto, dado que en la mayoría de los casos las Cortes o Tribunales se ven en la necesidad de concretar una norma más específica como parámetro o canon del control, es necesario recurrir a otro tipo de normas.⁸⁸¹ Estas normas más específicas son las denominadas normas adscritas,⁸⁸² “que se fundamentan en las disposiciones directamente estatuidas y que guardan un nexo de contradicción o de identidad con las normas legales objeto de cada proceso constitucional”.⁸⁸³

En otros términos, cada vez que la decisión acerca de la constitucionalidad de una norma infra constitucional no se derive de una norma directamente estatuida, el órgano jurisdiccional deberá concretar una norma adscrita como parámetro de comparación. Dicha norma construida –adscrita– cumplirá el papel de la premisa mayor de la justificación interna bajo la cual se subsume la ley que se controla para procurar una sentencia o “norma individual”.⁸⁸⁴

Esta concreción de la norma adscrita constituye en muchos casos el paso central del *iter* argumentativo e interpretativo del control de consti-

879 *Ibíd.*

880 *Ibíd.*

881 Este tipo de normas “tiene una dinámica distinta a la teoría clásica de la interpretación, ya que estas normas a veces solo son enunciables, a partir de la actuación de la norma primaria y, lo que debe ser más importante, se plantea como un acto creativo en sí mismo, no preocupándose el juez tanto de dar sentido a una o varias normas primarias como de justificar en sí misma la norma constitucional que él elabora”. Véase García, *La interpretación de la Constitución*, 4-5.

882 Según Alexy, “Una norma adscrita vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamentalmente correcta”, es decir “[...]depende de una argumentación iusfundamental para que ella sea posible”. Véase Alexy, *Teoría de los derechos*, 71.

883 Así, cuando existe un nexo de contradicción, la Corte o el Tribunal debe declarar la inconstitucionalidad de la norma legal; por el contrario, cuando la relación entre estas normas es de conformidad o identidad, el órgano jurisdiccional debe declarar la constitucionalidad de la norma legal.

884 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 113.

tucionalidad y se requiere cada vez que de la norma constitucional no sea posible obtener una consecuencia jurídica directa como la que se desprende de las normas tipo regla, en donde “el intérprete judicial crea y formula normas derivadas de la propia Constitución”.⁸⁸⁵

La previsión de una disposición de derecho constitucional implica, entonces, no solo la validez de la norma que la disposición estatuye directamente, sino también la validez, al menos *prima facie*, de una norma adscrita, estatuida de forma indirecta, que puede ser concretada por el órgano jurisdiccional o por el legislador en el ámbito de su competencia.⁸⁸⁶

Se trata, en definitiva, del proceso de concretización del que habla Hesse en relación con problemas concretos que hay que resolver,⁸⁸⁷ y que reviste el carácter de una aseveración interpretativa en palabras de Alexy, o, lo que es lo mismo, de norma adscrita.⁸⁸⁸

Ahora bien, a causa de la distancia semántica que separa a las normas adscritas de las disposiciones de derecho fundamental a cuyo ámbito pertenecen, se puede presentar la duda de si este acto de concreción supone una creación *ex novo* o no en el ámbito del derecho.

Vale la pena recalcar que no se trata de una creación *ex nihilo* o *ex novo*, puesto que la concreción tiene el carácter de una aseveración interpretativa sujeta a corrección, que a su vez, contradice o concuerda con la norma legal que se controla, y que se sitúa dentro del campo semántico de la disposición de derecho fundamental,⁸⁸⁹ de manera que los enunciados interpretativos no carecen en absoluto de un significado.

De lo expuesto puede deducirse que la determinación del contenido normativo de los derechos fundamentales es un proceso complejo que se compone de relaciones de fundamentación y concreción entre las normas directamente estatuidas y las normas adscritas para concluir con la decisión final,⁸⁹⁰ donde, el principio de proporcionalidad cumple un papel trascendental de determinación del contenido de los derechos.

En definitiva, el canon del principio de constitucionalidad implica que todos los poderes públicos están sometidos al mismo en su doble vertiente

885 Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, 4.

886 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 115.

887 Véase Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, 45.

888 Sobre las aseveraciones normativas, véase Alexy, *Teoría de los derechos*, 59 y s.

889 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 117.

890 Eugenio Bulygin ha referido que esta decisión final asume el carácter de norma individual al manifestar que: “El fundamento normativo y la resolución son los componentes normativos de la sentencia. Pero mientras que el fundamento normativo consta de enunciados normativos generales, la parte dispositiva es una norma individual que se refiere a la conducta de individuos determinados y a prestaciones concretas”. Véase Alchourron y Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, 358.

de criterio de actuación y parámetro de control. Todos los poderes públicos, “sea cual sea su ámbito y modo de actuación, deben actuar, pues, de conformidad con el principio de proporcionalidad, y a su vez, pueden ser controlados jurisdiccionalmente desde esta perspectiva [...]”.⁸⁹¹

Como señaló en su momento Javier Barnés, la diferencia sin duda más significativa que resume la vinculación del principio de proporcionalidad es la que se da entre la “proporcionalidad en la ley” y la “proporcionalidad en la aplicación de la ley”, es decir, la que confronta el principio de proporcionalidad, bien con la actividad del legislador, bien con la de los jueces.⁸⁹²

Interpretación y los casos fáciles en el control de constitucionalidad de la ley

De conformidad con la conocida definición de Hart entre casos fáciles y difíciles,⁸⁹³ –sin contar con los denominados casos trágicos en el mundo del derecho⁸⁹⁴ un caso puede estimarse como fácil cuando es posible reconocer de primer momento “si el evento que se presenta es uno de los ejemplos previstos por la norma que debe aplicarse”.⁸⁹⁵

Se trata de casos obvios o sencillos en materia interpretativa en los que las expresiones generales utilizadas en el texto de la disposición son claramente aplicables. Es decir, “existe un acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios”.⁸⁹⁶ Son aquellos casos que no suscitan mayor controversia y concitan un acuerdo más o menos generalizado sobre el significado normativo contenido en la disposición jurídica.

Aplicados al campo del control de constitucionalidad de la ley, son aquellos casos en los cuales aparece de forma clara o a priori si la norma legislativa enjuiciada se encuadra dentro del supuesto de hecho de una

891 González Beilfus, *El principio*, 79.

892 Javier Barnés, “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico”, *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5 (1998): 335 y s.

893 Hart, *El concepto de derecho*, 155 y s.; Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, 110 y s.; Alejandro Nieto, *El arbitrio judicial* (Barcelona: Ariel, 2000), 60 y s.; Perfecto Andrés Ibáñez, “Racionalidad y crisis de la ley”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 22, 307 y s.

894 Según Atienza, los casos trágicos son aquellos donde “no cabe encontrar ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral...”. Aquellos casos en los cuales “no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo”. Véase Manuel Atienza, “Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos” en *Isonomía*, No. 6, 1997, 15. El mismo Atienza, en su obra *Curso de argumentación jurídica*, 79 y s. pone como ejemplo de un caso trágico aquel que Lon Fuller expondría en su texto *El caso de los exploradores de cavernas* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002).

895 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 136.

896 Hart, *El concepto de derecho*, 158.

norma constitucional directamente estatuida, y, por tanto, si es o no compatible con la Constitución tomada como parámetro de control.⁸⁹⁷

De suerte que es característico de los casos fáciles que las normas directamente estatuidas actúen de forma clara como premisa mayor de la fundamentación interna del control de constitucionalidad, debido a que guardan un nexo semántico evidente de inclusión o de exclusión con la norma legislativa examinada. Es decir, se puede colegir de forma clara si la disposición legal enjuiciada es no conforme –nexo semántico– con un enunciado de derecho fundamental.

Este “vínculo de claridad” entre la norma constitucional y la norma legal cuestionada se presenta con mayor evidencia cuando las disposiciones constitucionales revisten un mayor grado de determinación semántica, es decir, cuando son más específicas y concretas.

Así, el problema de justificación en los casos fáciles,⁸⁹⁸ requiere de una construcción silogística diferente a la exigida en los casos difíciles,⁸⁹⁹ dado que en el control abstracto de norma para los casos denominados fáciles, la premisa mayor de la construcción normativa viene directamente estatuida por la propia Constitución y no se necesita, a su vez, un nuevo juicio de justificación externa.

No obstante, la facilidad del caso no excluye que deba mediar una actividad interpretativa para resolverlo, aun cuando aquella sea menor o simplemente deductiva. Ocurre solamente que en este tipo de casos dicha actividad será más clara y sencilla a la luz de las premisas de que se dispone.⁹⁰⁰

Para el control abstracto de norma, el problema consistirá, entonces, en establecer mediante un ejercicio hermenéutico si lo prescrito por una norma legal que es examinada contradice lo prescrito por una norma de derecho fundamental. Para ello, la Corte debe: 1. determinar qué es lo que prescribe la norma iusfundamental en su forma imperativa, 2. averiguar

897 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 137.

898 Como lo dice Alejandro Nieto, “para llegar a la inequívocidad es necesario que en el proceso de elaboración de la sentencia no haya ni un solo eslabón equivoco”. Véase Alejandro Nieto, *El arbitrio judicial* (Barcelona: Ariel, 2000). 66. También Perfecto Andrés Ibáñez ha señalado que ciertos discursos, “con el objeto de no estimular el protagonismo judicial, se valen del recurso consistente en presentar la normalidad judicial como el reino del caso fácil, que justificaría, en general, un juez exégeta, que solo en supuestos muy marginales se vería enfrentado al caso difícil. Pero creo que la complejidad que hoy presenta el ejercicio de la jurisdicción se resiste a esa especie de reducción porcentual o estadística de los índices de dificultad”. Véase Perfecto Andrés Ibáñez, “Racionalidad y crisis de la ley”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 22 (1999): 306-7.

899 Fernando Atria, “Derecho y razonamiento jurídico”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 22 (1999): 94.

900 Nieto, *El arbitrio judicial*, 64.

qué prescribe la norma legal cuestionada, y 3. establecer si aquello que prescribe la norma legal es contradictorio o compatible con lo que prescribe la norma de derecho fundamental.⁹⁰¹

Por esta razón, en los casos fáciles, la fundamentación interna constituye el aspecto central de la estructura del razonamiento jurídico en el ejercicio del control de constitucionalidad de las normas, sin que sea estrictamente necesario un proceso argumental más elaborado. El *vaiivén hermeneútico* referido por Alejandro Nieto se convertiría en un flujo más claro hasta llegar al encaje debido.⁹⁰²

Interpretación y los casos difíciles en el control de constitucionalidad de la ley: Las normas adscritas

Como se vio líneas atrás, en el extremo opuesto a los denominados casos fáciles se encuentran los denominados casos difíciles cuya solución no está predeterminada en las normas que son utilizadas, bien sea por su ambigüedad o vaguedad, derivada de una falta de claridad semántica, o bien por la imprecisión del supuesto fáctico que debe resolverse.⁹⁰³

Si la solución para los denominados casos fáciles viene determinada en el control abstracto en la propia norma constitucional que la sustenta, en los casos difíciles, no parece claro, al menos a priori, si una ley cuestionada es compatible o no con una norma de derecho fundamental que resulte relevante⁹⁰⁴ con lo cual, la actividad interpretativa se vuelve más intensa.

Como lo sostiene Bernal Pulido, “dado que la norma directamente estatuida no basta para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, en estos casos es necesario concretar y fundamentar una nueva norma que sea adecuada para desempeñar la función de premisa mayor de la fundamentación interna”.⁹⁰⁵

Así, los principios no parecen pertenecer estrictamente al ámbito de la justificación interna –al silogismo clásico– por su propia estructura, sino, más bien, a un ámbito a su justificación externa.⁹⁰⁶ “Esto es, son utilizados

901 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 96.

902 Nieto, *El arbitrio judicial*, 86-7.

903 *Ibíd.*, 64.

904 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 143.

905 *Ibíd.*

906 Es cierto que no siempre se precisa de la ponderación como un “método contrapuesto” al silogismo clásico propio de los casos fáciles, pero cuando existe un problema entre principios hay que ponderar. Y no por ello, la subsunción y el silogismo clásico han de quedar arrinconados, como bien lo anota Prieto Sanchis, sino al contrario: “el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso subsumir”. Y aún más, si antes de ponderar

como argumentos para justificar la elección de ciertas premisas (en particular: de la premisa normativa) del silogismo".⁹⁰⁷

En razón de que la "justificación interna empieza solamente después que la justificación externa ha cesado por cuanto la primera supone la utilización de premisas que le son proveídas por la segunda",⁹⁰⁸ se vuelve necesario procurar mediante la interpretación un mecanismo racional de construcción de la norma definitiva que resuelva el caso. En estos casos, en el que el juzgador no cuenta con una premisa mayor absolutamente clara, se habla de creación judicial en el marco de la interpretación jurídica, dado que el juez integra el ordenamiento jurídico, o concreta el contenido de un precepto constitucional, pero no con materiales de su propia cosecha, sino con materiales argumentativos válidos que conviertan en objetivo el parámetro de control cuando de disposiciones constitucionales abiertas se trata.⁹⁰⁹

Para ello, en el ejercicio del control abstracto, los órganos jurisdiccionales recurrirán a técnicas como la proporcionalidad con el fin de concretar una norma en un inicio, con una validez *prima facie* que luego podrá constituirse en definitiva, una vez sea contrastada con otras normas que resulten derrotables⁹¹⁰ en un supuesto concreto,⁹¹¹ que obliga a los jueces a

es preciso subsumir de alguna manera, aun cuando sea en un sentido débil del término (de verificación del caso), "esto es, mostrar que el caso individual que examinamos forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna", después de ponderar, habrá nuevamente que subsumir. Véase Luis Prieto Sanchis, "El juicio de ponderación constitucional", 103.

907 Guastini, *Teoría e ideología*, 78.

908 Atria, "Derecho y razonamiento jurídico", 96.

909 Al respecto puede consultarse Francisco Rubio Llorente, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho", en *La forma de poder: Estudios sobre la Constitución* (Madrid: CEC, 1993); Alejandro Nieto, *El arbitrio judicial* (Barcelona: Ariel, 2000); Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*. También Alfonso Ruiz Miguel, "Creación y aplicación".

910 Dado que sería irracional que canceláramos la posibilidad de revisar el contenido de una norma, siendo posible de que en el futuro surja un caso imprevisible no contenido expresamente en una disposición, la derrotabilidad de las normas es una consecuencia ética del Derecho. Sobre esta afirmación puede verse Alfonso García Figueroa, "El neoconstitucionalismo excéntrico de Luigi Ferrajoli", en Gema Marcilla, edit., *Constitucionalismo y garantismo* (Bogotá: UEC, 2009), 113-4.

911 Decir, en consecuencia, que un principio tiene una validez *prima facie* supone que las pautas de conducta que contienen los principios establecen obligaciones que son derrotables. Juan Carlos Bayón rastreando el origen del término derrotable, identifica como intercambiables los conceptos "norma derrotable", "*prima facie*" y "norma abierta". La revigorización actual de la idea de derrotabilidad se ha producido en el marco de las discusiones –suscitadas fundamentalmente, a partir de los trabajos de Dworkin y Alexy– acerca de la distinción entre reglas y principios, la interacción entre ambos y el papel de cada uno de ellos en el razonamiento jurídico. Véase Juan Carlos Bayón, "Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico", *Isonomía*, No. 13 (2000), 87 y s. Por su parte, Francisco Laporta identifica una derrotabilidad epistémica y la derrotabilidad lógica. De acuerdo con la primera, lo derrotable es nuestro conocimiento; en

sustentar su fallo, y evitar que sus decisiones se conviertan en simples actos de autoridad. Por el contrario, las decisiones de los jueces han de aparecer como el resultado de una fundamentación jurídica racional y controlable que dote de legitimidad a sus actuaciones.

Esa norma que debe ser “construida” constituye, conforme se ha indicado, una norma adscrita o *hipótesis interpretativa*⁹¹² propuesta por el órgano jurisdiccional que hace posible una solución jurídica cuando los enunciados abstractos y generales de derecho fundamental parecen inadecuados para proveer una solución lo suficientemente clara al problema.

De este modo, en los casos difíciles el núcleo central de la estructura argumentativa deja de ser la sola subsunción jurídica o justificación interna de la decisión judicial y se compone de otros momentos, que después serán puestos en escena a la luz, por ejemplo, del principio de proporcionalidad.

Un primer momento va de la norma directamente estatuida a la norma adscrita de derecho fundamental (hipótesis interpretativa), que pasará a ser la premisa mayor o normativa de la fundamentación externa susceptible de revisión y, un segundo momento, irá de la norma adscrita hasta el fallo o la decisión final, que adquiere el carácter de norma definitiva.⁹¹³ En ambos casos, es decir, tanto en el momento de la construcción de la premisa mayor, como en el de la decisión definitiva, se hará necesario asumir una carga argumentativa suficiente.

Debido al carácter principialista de las constituciones modernas, los casos difíciles resultan ser los supuestos más representativos en el derecho,⁹¹⁴

tanto que, de conformidad con la segunda acepción, lo derrotable es la norma misma. Véase Laporta, *El imperio*, 203.

912 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 150.

913 *Ibid.*, 144.

914 El mapa conceptual en una línea positivista de los casos difíciles es definido por Iglesias Vila de la siguiente manera: “1. Casos normativamente difíciles. Son aquellos supuestos que carecen de respuesta jurídica, esto es, casos que carecen de una calificación deóntica al estar normativamente indeterminados. En estas situaciones se considera que las proposiciones acerca del derecho carecen de valor de verdad. Como se observó, la indeterminación normativa suele ser vinculada a la existencia de lagunas jurídicas, contradicciones y situaciones de indeterminación semántica. Este último problema es el que ha centrado la atención prioritaria del positivismo hartiano, articulando lo que cabría denominar, casos semánticamente difíciles. Son aquellos supuestos en los que una proposición jurídica no es verdadera ni falsa porque no es posible incluir el caso dentro de la extensión de los términos generales en los que se formula una regla jurídica, pero tampoco es posible excluirlo de esta extensión. 2. Casos epistémicamente difíciles. Son aquellos supuestos que, a pesar de recibir una respuesta jurídica, requieren un esfuerzo intelectual para identificarla. Aquí deben distinguirse las dificultades epistémicas objetivas, es decir, las derivadas de cómo ha sido regulado un determinado ámbito de comportamiento, de las facultades epistémicas subjetivas. Estas últimas se refieren a situaciones en las que el intérprete carece de las capacidades epistémicas necesarias para reconocer la solución jurídica correspondientes debido, por ejemplo, a la falta de información o a la falta de experiencia.

ya que habitualmente, la norma directamente estatuida por la Constitución requiere la concreción de una norma adscrita como hipótesis interpretativa a efectos del control de constitucionalidad, posible únicamente mediante una relación recíproca de precisión entre ambas normas.⁹¹⁵

Una relación en la que “las normas adscritas precisan o concretan el alcance de las normas directamente estatuidas en los más variados ámbitos particulares de aplicación. Por su parte, las normas directamente estatuidas constituyen un fundamento jurídico para la concreción de las normas adscritas”.⁹¹⁶

Por otro lado, esta relación normativa no desatiende la posibilidad de que en el caso concreto puedan concurrir otros principios constitucionales –derechos– que determinen la construcción de una norma adscrita no necesariamente opuesta, sino, también, coincidente con la norma legal examinada. De forma que las normas adscritas no se derivan de una manera automática de las normas directamente estatuidas,⁹¹⁷ sino de un proceso interpretativo que es desarrollado con mayor o menor intensidad.

Que se trate de un caso fácil o difícil es un asunto de interpretación jurídica previa cuya respuesta puede formularse solamente después de

3. Casos pragmáticamente difíciles. Son aquellos casos en los que su resolución está rodeada de circunstancias coyunturales que trascienden el aspecto jurídico de la decisión. Esta fuente de dificultad puede ser vinculada, por ejemplo, a la trascendencia política o para la opinión pública de determinados conflictos sociales que deben ser dirimidos por los tribunales. 4. Casos fácticamente difíciles. Son aquellos supuestos particulares cuya complejidad reside en la determinación de si un estado de cosas, que puede tener consecuencias normativas ha tenido lugar. 5. Casos moralmente difíciles. Son aquellos en los que la respuesta prevista por el derecho conlleva resultados injustos, esto es, carecen de justificación moral. Véase Marisa Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, 108-9. Igualmente Carlos Bernal Pulido ha manifestado que los casos difíciles pueden darse: “a) cuando la norma legislativa examinada regula un caso, que suscita la incertidumbre –existen argumentos en favor y en contra– de si está tipificado por el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida; b) Cuando la norma legislativa examinada regula un caso que se encuadra claramente dentro del supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida, pero da pie a la incertidumbre[...]; c) Cuando la norma legislativa regula un caso que claramente se encuadra dentro del supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida y de una cláusula restrictiva, pero existen dudas entran en escena argumentos a favor y en contra– acerca de la constitucionalidad de dicha cláusula restrictiva; d) Cuando la norma legislativa regula un caso que se encuentra tipificado por el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida, pero a la vez existen algunos principio constitucionales que juegan en contra de la declaración de inconstitucionalidad de la ley. En otros términos, a primera vista parece que la constitucionalidad de la ley que interviene en el ámbito de un derecho fundamental está avalada por otro principio constitucional. (una especie de este tipo de casos es el llamado conflicto entre derechos fundamentales, en el cual, la ley interviene en un derecho fundamental para realizar las exigencias de otro derecho)”. Véase Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 144-5.

915 Alexy, *Teoría de los derechos*, 69.

916 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 145.

917 *Ibid.*, 146.

considerar todas las circunstancias relevantes. En todo caso, y tratando de conciliar el principio *in dubio pro legislatore* y el principio *favor libertatis* “siempre que a primera vista no aparezca claro si una ley es inconstitucional, es preciso considerar que la ley interviene *prima facie* en el derecho fundamental para examinar de este modo su constitucionalidad”.⁹¹⁸

Así pues, la Corte o Tribunal deberá resolver cuál de las dos con un carácter de *prima facie*, y puestas en contraste, debe adquirir una validez definitiva.⁹¹⁹ Todo esto a la luz del principio de proporcionalidad como un método racional y controlable.

Si la Corte determina que la norma adscrita *prima facie* creada en ejercicio de la facultad interpretativa, tiene el valor de definitiva y que la norma legal contradice su texto, deberá declarar la inconstitucionalidad de esta última. Si, por el contrario, la Corte considera que la intervención legislativa debe alcanzar de forma definitiva la validez que *prima facie* le había sido otorgada por el legislador y le había sido reconocida en virtud de la presunción de constitucionalidad de la misma, habrá de concluir que esta es constitucional, al ser compatible con la norma adscrita de derecho fundamental creada por el órgano jurisdiccional para el caso concreto.⁹²⁰

En suma, para que en el razonamiento jurídico de los casos difíciles pueda comparecer o intervenir en debida forma un principio se requiere su concretización; esto es, la transformación en una forma más concreta que permita determinar su ámbito de aplicación y, al mismo tiempo, sus excepciones, no siempre expresas en el texto de la disposición.

Es verdad que en una Constitución de detalle como la ecuatoriana, algunos principios-derechos han encontrado su delimitación en el propio tramado constitucional,⁹²¹ pero existen también casos en los que el conte-

918 *Ibid.*, 147.

919 Para el caso en que alcance una validez definitiva la norma adscrita determinada por el órgano jurisdiccional que constituye la premisa mayor de su razonamiento jurídico, dicha validez solo se perdería, luego, mediante un cambio jurisprudencial.

920 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 152.

921 Piénsese por ejemplo que, por un lado, la Constitución ecuatoriana actual prohíbe los tratos crueles, inhumanos o degradantes, pero, al mismo tiempo, -con el fin de concretar el principio- en otra disposición consagra de forma expresa la prohibición de la pena de muerte, lo que vuelve inviable cualquier cuestionamiento de si la prohibición de tratos crueles implica o no, la prohibición de la pena de muerte. En este punto una referencia válida y necesaria es la reflexión de Gloria Lopera Mesa en relación con la concepción de los derechos-principios como mandatos de optimización. Así, indica la autora que, el redactar “todos tienen derecho a la vida” y, añadir, “no habrá pena de muerte”, es atrincherar el derecho frente al riesgo de que el derecho sea garantizado solo “en la mayor medida de lo posible” y, a la postre, derrotado cuando se considera de mayor peso a las razones de quienes abogan por implantar la pena de muerte. Véase Lopera Mesa, “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, 211-43.

nido de los derechos no aparece del todo claro y se vuelve necesaria, por tanto, una concreción de aquellos. Una cuestión que aparece con toda claridad en el ejemplo que se planteara Guastini, de si el principio de soberanía nacional, ¿autoriza o no al legislador para que otorgue el derecho al voto a los inmigrantes comunitarios en las elecciones municipales?

También, un ejemplo traído por Bernal Pulido, tomado de la jurisprudencia constitucional española puede explicar mejor el asunto. Se trata de un caso difícil⁹²² relacionado con la concreción del art. 22.1 de la Constitución española (CE), referido al derecho fundamental de asociación.⁹²³

El ejemplo propuesto tendría lugar en razón de la contradicción existente entre unas disposiciones legales cuestionadas que imponían la afiliación obligatoria en relación con la disposición constitucional indicada que reconoce, solamente, el derecho de asociación sin más, y nada dice sobre el derecho a la libertad negativa de asociación o “derecho a no asociarse”.

En el caso traído a análisis, con el fin de procurar una solución que favoreciera la eficacia de las disposiciones de derecho fundamental, el Tribunal español habría tenido que construir una hipótesis interpretativa o norma adscrita a la norma directamente estatuida en el artículo 22.1 de la CE debido a que, en el texto literal de la disposición constitucional en mención, si bien se reconocía el derecho de asociación, nada se decía sobre la libertad negativa de asociarse. Esto imposibilitada establecer de forma clara una solución al estilo de un caso fácil.

Obviamente, como recuerda Bernal Pulido, esa actividad constituye el punto de llegada, y no de partida, de la argumentación que debe desarrollar el tribunal, la cual tiene como fin determinar mediante el fallo si existe o no una libertad negativa de asociación adscrita al derecho fundamental de asociación contenido en el artículo 22.1 de la Constitución española.

922 Sentencia STC 179/1994 en la que el TC resolvió de manera conjunta varias cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por las correspondientes Salas Contencioso-Administrativas de diversos Tribunales Superiores de Justicia respecto de algunas normas cuestionadas. Para lo que interesa, la contradicción tendría lugar en razón de que las disposiciones cuestionadas imponían una modalidad de afiliación obligatoria a las Cámaras de comercio, industria y navegación a todos aquellos que se dediquen a esta actividad debiendo satisfacer un impuesto por dicha asociación. De acuerdo con el Tribunal, la intervención legislativa mediante las normas legales cuestionadas no superaba el examen de necesidad. Por este motivo, declaró la inconstitucionalidad de la norma legislativa. Esta sentencia fue posteriormente modificada mediante la adopción de la sentencia STC 107/1996, a través de la cual, el Tribunal Constitucional español llegó a la conclusión de que el cumplimiento de algunas funciones de las Cámaras de Comercio, industria y navegación hacían necesaria la afiliación obligatoria.

923 Una revisión al detalle del ejemplo propuesto por el autor se puede ver en Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 148 y s. El art. 22. 1 de la Constitución española de 1978 dice: “Se reconoce el derecho de asociación”.

En síntesis, en el caso que se comenta, dejando a salvo algunas consideraciones de orden procesal, mediante una actividad interpretativa, el tribunal reconocería a partir del artículo 22.1 la validez *prima facie* de una norma adscrita de derecho fundamental a la norma directamente estatuida que prescribe que estaba prohibido imponer a los particulares el deber de asociarse. Sobre esta base, el tribunal proseguiría con el análisis de la intervención legislativa cuestionada. La norma aprobada por el legislador obligando a la afiliación forzosa cobraría el carácter de *prima facie* obligando a la afiliación forzosa, en apariencia, contraria a la norma adscrita *prima facie* creada por el tribunal, frente a la cual debe ponerse en contraste, a efectos de la resolución definitiva.

Finalmente, para determinar la inconstitucionalidad de la medida legislativa con relación a la norma adscrita con validez *prima facie* creada por el tribunal que hace relación al “derecho de no asociación”, que no aparecía expresamente en texto fundamental, se aplicaría un test de proporcionalidad con todos sus subprincipios (idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en estricto sentido).

Ahora bien, como, en principio, la deducción de una norma adscrita puede resultar una operación altamente discrecional,⁹²⁴ el principio de proporcionalidad se constituiría en una herramienta útil con un doble propósito: 1. como mecanismo de concreción racional y controlable de las normas que en un inicio aparecen con el carácter de *prima facie*, para consolidarse como definitivas en una futura sentencia, y 2. como mecanismo de configuración del contenido esencial de los derechos.

Objeciones a la aplicación del principio de proporcionalidad

En la doctrina se han aducido múltiples argumentos que intentan desde diferentes perspectivas poner en evidencia las dificultades que afronta el principio de proporcionalidad, sugiriendo su escasa utilidad como un método racional en el ejercicio del control jurisdiccional.

Debido a que en la teoría existe la anunciada discrepancia sobre si ponderación o proporcionalidad son categorías distintas o si se trata de instituciones equivalentes, las objeciones o críticas han seguido el mismo camino, sin poder definirse de forma clara si las mismas se refieren a uno

924 Riccardo Guastini dice que la concretización de los principios puede ser una operación altamente discrecional, al menos, por dos razones: 1. En primer lugar, el razonamiento mediante el cual los intérpretes obtiene una norma a partir de un principio no es un razonamiento deductivo y la única premisa es el principio en cuestión; y, 2. En la mayor parte de los casos, los principios constitucionales se formulan mediante expresiones que evocan valores morales y/o políticos. Véase Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación*, 79-80.

u otro sentido específico del término, lo que vuelve complicado poder estructurar de forma clara una crítica centrada solamente en el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Hecha esta advertencia, las críticas que se han vertido en contra de la ponderación serán equiparadas a las críticas referidas al principio de proporcionalidad.

Las principales críticas podrían resumirse en dos grandes ideas, que serán desarrolladas a continuación: 1. la subjetividad del criterio como un método válido con claridad conceptual; y, 2. su inconmensurabilidad como parámetro. Tanto una como otra línea crítica terminarán afirmando la imposibilidad de un control objetivo de la Constitución, ahondando el déficit de legitimidad democrática que un sector de la doctrina ha observado en las Cortes y Tribunales.

La subjetividad del principio de proporcionalidad como método válido con claridad conceptual

Según esta crítica, la utilización del principio de proporcionalidad no es más que un argumento vacío, carente de un punto de referencia objetivo que, gracias a su fuerza persuasiva, enmascara valoraciones subjetivas que no pueden ser explicitadas mediante criterios jurídicos que doten de certeza y seguridad al fallo.⁹²⁵ Consecuentemente, toda aplicación del principio, al carecer de un referente jurídico válido, resulta arbitrario y subjetivo, dejando un espacio muy amplio a la actividad judicial.⁹²⁶

Dicen sus críticos que el documento constitucional “no tiene nada de particular si no es un cierto mayor grado de indeterminación, como promedio, de sus enunciados. Pero no es ningún mundo jurídico aparte que justifique especiales técnicas interpretativas y aplicativas”.⁹²⁷

Por su parte, Habermas ha fundado su crítica en que la ponderación (proporcionalidad para nuestro caso) o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva. Según el autor, en la medida en que un Tribunal Constitucional adopta la teoría de los valores o del orden valorativo, aumenta el peligro de juicios irracionales porque, con ello, cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos, convirtiendo a la revisión judicial en una institución deliberadamente contramayoritaria.⁹²⁸

Forsthoﬀ también ha propuesto una serie de argumentos tendientes a evidenciar la escasa utilidad del principio de proporcionalidad como crite-

925 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 160-61.

926 Böckenförde, *Escritos*, 125.

927 García Amado, “Derechos y pretextos”, 245.

928 Habermas, *Facticidad y validez*, 332.

rio interpretativo en manos del Tribunal Constitucional, puesto que, en su criterio, no es posible trasladar el concepto de la proporcionalidad del ámbito del derecho administrativo al ámbito del derecho constitucional, sin que los órganos jurisdiccionales terminen por imponer su voluntad y sus opciones valorativas, usurpando competencias del legislador democrático.⁹²⁹

También desde el ámbito de las teorías internas de los derechos,⁹³⁰ Ignacio de Otto y Pardo, por ejemplo, apunta sus argumentos contra el principio de proporcionalidad por la subjetividad y discrecionalidad que, a su juicio, representa, provocando una desdeñable relativización del contenido de los derechos fundamentales.⁹³¹

Dicho de otro modo, el problema central está en determinar si el principio de proporcionalidad constituye o no un canon racional susceptible de ser utilizado como criterio de control respecto de una medida legislativa de intervención en el ámbito de los derechos fundamentales.⁹³²

929 Sobre la postura del autor, ver Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, 231 y s.

930 La teoría interna recibe este calificativo porque preconiza que las restricciones o los límites de los derechos fundamentales no proceden del exterior del derecho. Así, los únicos límites que conocerían los derechos fundamentales son los que demarcan los contornos de la sustancia a la que alude la disposición que los tipifica o, como lo indica Müller, citado por Bernal Pulido, los propios “de la cosa garantizada” dejando para la política el espacio restante. La función de los Tribunales en el campo de estas teorías consistiría únicamente en verificar el contenido del derecho fundamental como el único contenido verdadero y definitivo. Aquí no habría nada que ponderar. Sin embargo, esta claridad predicada por las teorías internas es más aparente que real y resulta ser una excesiva apuesta por el cognitivismo que incorporan. Véase Carlos Bernal Pulido, “Refutación y defensa del constitucionalismo”, en Carbonell, edit. *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid: Trotta / UNAM-III, 2007), 99 y s. Por otra parte, según Prieto Sanchís, Ferrajoli sería otro teórico que, sin usar el término, se adscribe a las denominadas teorías internas de los derechos, ya que postula el ejercicio de los derechos como límites absolutos tanto a la acción política como del mercado. Convertir a los derechos en objeto de ponderación equivaldría a devaluarlos, a rebajar su fuerza normativa y transformarlos en objetos de transacción. Véase al respecto, Prieto Sanchís, “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo”, 62.

931 Según el autor, la determinación del alcance de los derechos y de los bienes constitucionales en que estos se comparan sin que existan criterios teóricos reconocibles que permitan valorar correctamente sus magnitudes, provoca inseguridad y juicios de valor subjetivos, con lo que se pone en peligro la unidad de la Constitución y su misma prioridad jerárquica. Ignacio de Otto dice: “Lo que en realidad contiene la llamada ponderación de bienes no es ni puede ser realmente una comparación entre unos bienes y otros cuando estos gozan de una efectiva protección constitucional, porque en tal caso, cuando nos hallamos efectivamente en presencia de bienes constitucionalmente protegidos, no es posible llevar a cabo más juicio que aquel que tiene por objeto la relación entre el límite del derecho y el bien constitucional que se trata de amparar, del modo que el verdadero fundamento del juicio acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del límite se encuentra en su adecuación o inadecuación al bien enfrentado al derecho”. Véase De Otto y Pardo, “La regulación”, 121 y s.

932 Richard Bellamy ha indicado que “Incluso cuando los jueces intentan evaluar directamente la acción de gobierno basándose en patrones constitucionales como la proporcionalidad, la racionalidad o los derechos, estos puntos de referencia resultan abstractos e imprecisos,

Muchas veces se ha indicado que el problema de la fundamentación de los subprincipios de la proporcionalidad se genera a causa de la fuerza persuasiva de los términos asociados con estos subprincipios,⁹³³ así como del uso variable de dichos términos, lo cual dificulta diferenciar el significado especializado de los conceptos a los que se alude.

Si bien es verdad que las expresiones “proporcionado” o “desproporcionado” revisten una especial fuerza persuasiva dentro del campo de los argumentos, de ello no se colige que su uso derive solo de aquella “virtud”, ya que hay que tener en cuenta, sobre todo, su aceptación general como criterios plausibles y controlables.

Además, el problema de la carencia de objetividad o de racionalidad absoluta no solo se presentaría cuando se hace uso del principio de proporcionalidad, sino en todo proceso en donde deben resolverse cuestiones de índole normativa con arreglo a diferentes métodos.

El problema no consistiría, entonces, “en indagar si la aplicación del principio de proporcionalidad puede sustentarse en argumentaciones que la hagan objetiva, sino, si mediante la aplicación de dicho principio puede alcanzarse una mayor racionalidad relativa, en comparación con aquella que se logra cuando se aplican los criterios alternativos”.⁹³⁴

Descartando que exista el método perfecto, la virtualidad del principio de proporcionalidad reside en estimular una actividad interpretativa que no siendo infalible, reconozca que la relación entre los derechos fundamentales no admite presuponer una independencia o desconexión de los mismos, sino que, al contrario, la relación es de continuidad y efectos recíprocos, a la luz de la necesidad y justificación de tutela de varios derechos en pugna.⁹³⁵

Es posible que las Cortes o Tribunales hagan, en ocasiones, un uso indebido de este principio y de las razones que la sustentan. Sin embargo, de esa circunstancia no se sigue que se trate de un procedimiento irracional, carente de utilidad práctica.

Esto aconseja, como estrategia argumentativa, “intentar hacer explícitos los criterios analíticos que hacen que los resultados de la aplicación del principio de proporcionalidad resulten por lo general intuitivamente correctos”.⁹³⁶

haciendo que les sea difícil estar seguros de qué decisión estratégica es más útil a sus fines. Después de todo, en la mayoría de estos casos hay varios derechos y diferentes tipos de consideraciones en juego”. Véase Bellamy, *Constitucionalismo político*, 266-7.

933 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 167.

934 *Ibíd.*, 168.

935 Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación constitucional”, 101.

936 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 169.

Para tal efecto, resulta indispensable que la Corte justifique los pasos que da para la construcción de cada una de sus premisas y que las haga evidentes y controlables mediante la explicitación de los argumentos contrastados que en cada caso la llevan a una aplicación práctica del principio.

No parece que pueda negarse que el principio de proporcionalidad comporta un carácter valorativo y un margen de discrecionalidad, ni tampoco que pueda afirmarse que los jueces comparten una moral objetiva y conocida. No obstante, ello no significa que el juicio de ponderación, o proporcionalidad en nuestro caso, “sea meramente un traje vistoso con el que encubrir la desnuda arbitrariedad judicial”.⁹³⁷

Por lo demás, los subjuicios o pasos de la proporcionalidad, en el caso del ordenamiento ecuatoriano, son elementos que están dotados de fuerza jurídica positiva, al haber sido reconocidos expresamente en el sistema normativo vigente, habilitando abiertamente su utilización como instrumentos de control racional puestos a disposición de los órganos jurisdiccionales.⁹³⁸

Del hecho de que exista una falta de claridad conceptual en la aplicación del principio tanto en la doctrina como en la jurisprudencia no se puede derivar la conclusión anticipada de su escasa utilidad o, peor aún, de su irracionalidad. Antes bien, su utilización parece ser cada día más frecuente, con lo que se impone una tarea ineludible de concreción y clarificación que posibilite un uso consistente del principio.

Se trata de un concepto que debe ser esclarecido tanto en su dimensión teórica, como en su dimensión práctica, capaz de constituir una herramienta eficaz del control de la actividad legislativa por parte de la Corte.

Como lo dice Bernal Pulido, “Un concepto deja de ser críptico cuando su significado se vuelve de uso común, cuando las ambigüedades a que pueda dar lugar se reducen y, de esa manera, cuando su utilización

937 Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación constitucional”, 113.

938 La LOGJCC, en su art. 3, num. 2, los reconoce expresamente como parte de un método de interpretación válido, al indicarse que: “Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:...2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”.

se hace comprensible para todos los participantes en el proceso político y en el discurso jurídico".⁹³⁹

Del hecho de que la racionalidad absoluta sea imposible no se deriva que deba renunciarse a la misma como un ideal. En general, una decisión es considerada racional cuando puede ser fundamentada correctamente en derecho. Es decir, "si su fundamentación puede ser enunciada en términos conceptualmente claros y consistentes, y si se respetan las exigencias de estar conformada por premisas completas y saturadas, de observar las reglas de la lógica y las cargas de la argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia y la coherencia".⁹⁴⁰

La incommensurabilidad del principio de proporcionalidad

El argumento de la incommensurabilidad centra su atención en la imposibilidad racional de llevar a cabo una tarea de comparación de dos magnitudes –derechos– puestos en relación para resolver un problema constitucional, puesto que no existe un método fiable que permita determinar cuál de los derechos fundamentales reviste mayor importancia y, por ende, debe prevalecer.

Dicho de otra manera, la objeción niega que exista un patrón de comparación válido para estimar las ventajas o desventajas que la intervención legislativa implica para el ejercicio de los derechos fundamentales, y que sirva de marco para el control de constitucionalidad.⁹⁴¹

En el ámbito de los principios no existiría, según esta crítica, una unidad de medida y, a falta de un "ponderómetro", en expresión de García Amado, "solo será respetada la decisión legislativa que supere el juicio valorativo del Tribunal Constitucional, que es un juicio tan subjetivo [...] aunque puede que técnicamente mejor fundado".⁹⁴²

Dado que no se pueden comparar "naranjas con manzanas", como sostiene Alonso García, la crítica afirmaría que, la mediación de valores subjetivos del juez reemplaza a la voluntad constituyente en un acto irracional e incontrolable.⁹⁴³

Así, las alternativas frente a este tipo de objeción parecerían reducirse a dos: 1. Es decir, o se construye una jerarquía estable, un orden material de prioridad de valores que comprenda todos los derechos en abstracto sus-

939 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 177.

940 Carlos Bernal Pulido, "La racionalidad de la ponderación", en Carbonell, edit., *El principio*, 51.

941 Bernal Pulido, "El principio de proporcionalidad", 180.

942 García Amado, "Derechos y pretextos", 255. También García, *La interpretación de la Constitución*, 431 y s.

943 García, *La interpretación de la Constitución*, 432.

ceptibles de entrar en conflicto para cada caso, lo cual parece imposible;⁹⁴⁴ 2. Se encuentra un denominador común capaz de cotejar las ventajas y desventajas que se producen en el ámbito de unos derechos en pie de igualdad en relación con una medida legislativa que pueda y deba ser controlada.

En el primer caso, la actividad judicial estaría limitada a constatar la lista de valores y declarar la solución aplicable en un acto de puro cotejamiento. Sin embargo, esa primera vía de solución no solo no se contempla como viable dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, dada la igualdad jerárquica de los derechos, sino que, además, en ella los márgenes de actuación judicial se verían reducidos a los de un juez mecánico, propio del paradigma positivista, encargado de “ordenar” algo preestablecido por el constituyente de forma clara.

La segunda hipótesis de solución, si bien hace explícito el problema de la incommensurabilidad, no tiene en cuenta que el principio de proporcionalidad aparece como una solución práctica que permite estructurar un razonamiento jurídico válido para los casos difíciles, como se ha venido sosteniendo a lo largo del presente trabajo.

Como se ve, la aplicación del principio de proporcionalidad, aun frente a las críticas que soporta, ha constituido un avance en la “superación del formalismo interpretativo y un triunfo de la concepción argumentativa y abierta de la interpretación constitucional”.⁹⁴⁵

Ahora bien, no debe perderse de vista que, así como el principio de proporcionalidad se brinda como un argumento especialmente útil en la construcción de la decisión jurídica encaminada a controlar las normas que emanan del legislador que riñen con los derechos fundamentales, su indebida utilización actuará en detrimento de la coherencia del derecho, de la concepción del ordenamiento como un sistema, y de la legitimidad de los órganos jurisdiccionales.

944 De cualquier manera, para el caso de la CRE a pesar de que art. 11, num. 6 indica que todos los principios y derechos tienen igual jerarquía, el art. 3 del mismo texto constitucional establece como deberes primordiales del Estado garantizar sin ningún tipo de discriminación los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, *en particular*, la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua. De ello, se colige, en virtud de un canon de interpretación sistemática del texto fundamental, que se da un énfasis del constituyente ecuatoriano respecto de los derechos a la salud, educación, alimentación, seguridad social y el agua, debido a su particular interés por romper los cánones tradicionales de la concepción de los derechos, así como de la justiciabilidad y ejercicio directo de los mismos, que en la tradición del constitucionalismo clásico estuvo ligado única y exclusivamente a los derechos civiles y políticos como derechos exigibles. De hecho, el principio de igualdad jerárquica de los derechos contenidos en la actual Constitución, elimina cualquier gradación jerárquica de unos derechos sobre otros.

945 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 191.

El ejercicio de la discrecionalidad controlable en la interpretación judicial constitucional: La interdicción de la arbitrariedad

Como movimiento contrario al derecho natural y contra toda orientación metafísica de la filosofía, pero también contra el romanticismo, el positivismo se caracteriza, especialmente, por aspirar a desterrar de la ciencia jurídica todo lo relacionado con prácticas valorativas, así como por restringir su método a los hechos y a la legalidad empírica observable.⁹⁴⁶

En esa línea, el derecho, entendido como una ciencia social, ha de ser conducido al rango de una “ciencia verdadera”, fundamentada sobre hechos indiscutibles. Con ese objetivo emprendería Kelsen su *Teoría pura del derecho*, intentando reivindicar para la ciencia jurídica un objeto puramente ideal, eliminando de la ciencia jurídica todos los elementos valorativos.⁹⁴⁷

Si bien Kelsen se preocuparía por asegurar el *estatus* de la Constitución con una jurisdicción especializada⁹⁴⁸ diferente de la ley, el paradigma de la primacía de la ley propio del Estado liberal, seguiría vigente, desplazando a todas las demás fuentes del derecho.⁹⁴⁹ De ahí, la afirmación displicente de Kirchman evidenciando la posición de la ley y del legislador: “tres palabras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”.⁹⁵⁰

En ese contexto de racionalidad de la ley, el razonamiento de los juristas en general y, de los jueces en particular, debía discurrir simplemente

⁹⁴⁶ Larenz, *Metodología*, 57.

⁹⁴⁷ Kelsen, *La teoría pura del derecho*. Por su parte, como anota Antonio Osuna Fernández-Largo en una referencia al neopositivismo científico, Kelsen “[...]confesó ser deudor del pensamiento positivista de Karl F. von Gerber, de Paul Laband y, singularmente, de George Jellinek, al que especialmente designa como ‘inolvidable maestro’”. Su propósito fue precisamente elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar propio frente a las demás ciencias morales, como afirma en la primera edición de *Teoría pura del derecho*. Tal propósito debía llevarlo a cabo, ante todo, desechando el método de la ciencia política, que era el que habían utilizado los iuspublicistas alemanes, a los que, por lo demás, él se sentía tan deudor. Este método le condujo a separar nítidamente las ciencias naturales y las ciencias normativas. Si las primeras usan el principio de causalidad, las segundas proceden por el principio de imputación de un deber ser. Obtendríamos así los dos grandes mundos de la ciencia: ciencias naturales y ciencias normativas. Pero en ambos casos la condición de ciencia deriva de su positividad, es decir de no admitir otro contenido material que lo empíricamente comprobable[...].” Véase Antonio Osuna Fernández-Largo, *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer* (Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992), 32-3.

⁹⁴⁸ Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”.

⁹⁴⁹ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 24.

⁹⁵⁰ Dicha afirmación es emitida por Kirchman para indicar a la jurisprudencia como una mera actividad desarrollada a partir de los defectos de la legislación. Véase Julius Hermann Von Kirchman, *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. por Antonio Truyol y Serra (Madrid: IEP, 1961), 54.

en una argumentación de orden lógico deductivo, con el fin de procurar la única solución correcta a los casos que se plantearan.

Todo ese formalismo ingenuo supondría que el razonamiento jurídico proviene de una deducción silogística rígida a partir de premisas que al juez le vienen dadas de forma clara para ser simplemente aplicadas.⁹⁵¹

Sin embargo, la pérdida de influencia de algunas máximas del positivismo decimonónico⁹⁵² al amparo de la escuela del derecho libre o de las distintas corrientes del realismo jurídico,⁹⁵³ y el debate acerca de la discreción judicial, contrarios a entender la simple deducción lógica como formas de concebir la actuación judicial, cobraron relevancia dentro de la teoría del derecho.

El estudio de la discrecionalidad judicial⁹⁵⁴ se ocupa del debate entre los teóricos.⁹⁵⁵ Ya que esta discusión acude entre otros temas, a la recurrente idea del problema que representan para el mundo del derecho aquellas situaciones en las que la respuesta a los casos jurídicos no es una respuesta obvia o clara.⁹⁵⁶

Como es conocido, y ha sido referido en el presente trabajo, gran parte del debate en torno a la discrecionalidad judicial se ha centrado en la polémica entre Hart y Dworkin acerca de la cuestión de saber si los jueces tienen o no discreción en el ámbito de su ejercicio y hasta donde alcanza dicha discrecionalidad en los casos que aquellos resuelven.⁹⁵⁷

951 García Amado, "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", 153.

952 Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico* (México DF: Fontamara, 1995): 37-66.

953 Sobre el realismo jurídico puede verse, Liborio Hierro, *El realismo jurídico escandinavo: Una teoría empirista del derecho* (Valencia: Universidad Autónoma de Madrid, 1981. Una breve referencia sobre las corrientes adoptadas por el realismo jurídico, extremo y moderado, puede consultarse Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 44 y s. (Esta misma obra puede consultarse en la publicación de la Astrea 1987 también referida en este trabajo). Puede verse, adicionalmente, la obra de Antonio Wolkmer, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, trad. por Felipe Camaert (San Luis Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2006), 52 y s.

954 Para García Amado, la discrecionalidad judicial se refiere "a la libertad que el juez disfruta a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el derecho". Véase García Amado, "¿Existe discrecionalidad judicial en la decisión judicial?", 151. En otro sentido del término, discrecionalidad puede significar una actividad que requiere de discernimiento, sensatez o juicio; o bien una actividad no sujeta a revisión.

955 Aun cuando la literatura es extensa, puede consultarse, Fernando Sáinz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa* (Madrid: Civitas, 1976); Isabel Lifante Vidal, "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 25 (2002): 413-37; García Amado, "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", 151-72; Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*; Guastini, "Principios de derecho y discrecionalidad judicial", 39-46; Luis Martínez Roldán, "Relativismo ético y discrecionalidad judicial", *Persona y Derecho*, No. 61 (2009): 115-40.

956 Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, 26.

957 *Ibid.*, 250. Así, en palabras de Marisa Iglesias "la posición dworkiniana contrasta con el positivismo hartiano, no en el modo de caracterizar los casos difíciles, sino en las implicaciones

Así, es habitual, hablar desde el positivismo hartiano, de “que el derecho tiene límites como instrumento para guiar las conductas porque la coincidencia entre aquello que se ha pretendido regular mediante una norma jurídica, y aquello que efectivamente se ha regulado, no puede ser garantizada”.⁹⁵⁸ Es decir, el derecho no siempre agotaría las posibilidades de ofrecer una única solución correcta a todos los casos, atendiendo básicamente a una revisión semántica de las disposiciones.

A partir de ello, el derecho puede determinar en un número significativo de casos mediante pautas normativas preestablecidas y reglas semánticas claras el resultado de la decisión final, razonamiento este que es útil para dar solución a los casos fáciles, como se ha venido insistiendo. Sin embargo, en los casos difíciles, donde se da la ausencia de una única respuesta correcta y se produce indeterminación normativa, los jueces ejercerán discrecionalidad judicial.⁹⁵⁹

Desde posiciones como la de Dworkin,⁹⁶⁰ las implicaciones respecto de la discreción fuerte son rechazadas en tanto los órganos jurisdiccionales siempre encontrarían *una y solo* una respuesta correcta para cada caso que llega a su conocimiento. Por lo tanto, para el autor norteamericano, no habría sitio para la discrecionalidad judicial. Quién y cómo se puede conocer esa única solución es algo que fue abordado en su momento: el mítico juez Hércules, mediante una lectura moral del texto constitucional.⁹⁶¹

Basta recalcar que, además de las coincidencias con el positivismo hartiano en relación con el rechazo a un realismo semántico, tanto las doctrinas del formalismo decimonónico como las doctrinas axiológicas que representa Dworkin, aparentemente opuestas, guardan profundas coincidencias en su acepción como solución metódica. Las unas y las otras, según García Amado, “beben de un mito, aquellas del siglo XIX en el mito

de su existencia respecto a la posibilidad de discreción fuerte”, con obvias conclusiones divergentes. Véase también al respecto, la obra *La decisión judicial*.

958 *Ibíd.*, 73.

959 *Ibíd.*, 73, 79, 80 y 111.

960 Dworkin distingue tres sentidos del término discrecionalidad. Un sentido débil, que hace referencia meramente a que las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento (el funcionario ha de valerse de su juicio para aplicar los estándares que le impone la autoridad). Un sentido también débil, pero diferente al anterior, según el cual algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario. Y, por último, el sentido de discrecionalidad que aquí estamos comentando. El ejemplo, del sargento al que se ordena que escoja los cinco hombres más experimentados no mostraría en opinión de Dworkin, discrecionalidad fuerte en este sentido, porque la orden pretende regir su decisión, pero sí la mostraría, si lo que se le ordenara fuera que escogiera los cinco hombres que prefiriera. Véase Dworkin, *Los derechos en serio*, 83 y s.

961 Puede verse al respecto Dworkin, *El imperio de la justicia*; Dworkin, *Los derechos en serio*.

del legislador racional inmanente a un derecho ideal; estas, de la segunda mitad, del XX y comienzos del XXI se apoyan en la creciente fuerza del mito del juez racional[...].⁹⁶²

En efecto, “también en el pensamiento jurídico parece que rige la Ley del Péndulo, y el formalismo decimonónico, en lo que tenía de afirmador de la perfección del sistema jurídico y de negador de la discrecionalidad judicial, ha regresado con plena pujanza[...].”⁹⁶³ a pesar de la puesta en práctica de las doctrinas neousnaturalistas.

Cuando se abordó la explicación de las teorías cognitivas y las teorías escépticas en materia interpretativa, se señaló que, aun cuando existen unos casos más sencillos en el mundo del derecho, en los que la solución está más o menos determinada en virtud de las cualidades semánticas de ciertas disposiciones; en los casos complejos el intérprete no ejerce una discrecionalidad en sentido fuerte que lo enfrente a algo así como la “inevitable” consecuencia de la creación *ex novo* de una norma, inmiscuyéndose en el campo del legislador democrático.

Y esto, por cuanto, por un lado, como se advirtió, la producción de significados por vía de interpretación presupone obviamente la existencia de un texto anterior, esto es, el texto interpretado, y, por otro lado, ello no supone que los textos normativos carezcan antes de la actividad interpretativa de cualquier significado.

A estos efectos, tal vez sería difícil hablar de una total determinación de los derechos, pero sería igualmente difícil hablar de total indeterminación. En otros términos, “tal vez sea difícil señalar que es lo que dice una norma de derechos fundamentales, pero no lo es tanto señalar lo que no dice”.⁹⁶⁴

Todo esto permite afirmar la posibilidad de un margen de discrecionalidad controlable. Una discrecionalidad justificada y razonable respecto de aquella que definitivamente no lo es, lo cual supone una limitación importante respecto del papel que puede desempeñar la teoría de la dis-

962 Ambas son formalistas según García Amado porque se apoyan en las siguientes ideas interrelacionadas: a) el sistema jurídico es perfecto, pues en algún lugar de su fondo contiene predeterminada la solución correcta para cualquier caso; b) esa solución correcta puede y debe ser conocida y aplicada por el juez; c) existe algún método que, rectamente aplicado, permite al juez aplicar a cada caso que resuelve esa única solución correcta; d) no queda sitio para la discrecionalidad judicial, que es algo rechazable; e) el juez es mero aplicador del derecho, nunca su creador; f) la ideología de los jueces no condiciona ni mediatiza sus decisiones, al menos cuando el juez se esfuerza bastante por conocer aquellas soluciones prefijadas para todo caso en el sistema jurídico, o cuando es un juez de suficiente nivel. Véase García Amado, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, 168.

963 *Ibíd.*, 157.

964 Rafael de Asís Roig, *El juez y la motivación en el derecho* (Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III / Dykinson, 2005), 109.

crecionalidad en sentido fuerte, al estilo del escepticismo⁹⁶⁵ radical o del “*todo vale*”.⁹⁶⁶

La síntesis de esta polémica se orienta en una perspectiva que se aleja de la tesis formalista rígida de la actividad judicial como una actividad mecánica para considerarla como marco de justificación necesaria en el ámbito limitado de esa propia discrecionalidad, ya que los resultados hermenéuticos no deben perder su esencial rasgo jurídico, a pesar de la elasticidad de ciertas normas.

De hecho, este tipo de discrecionalidad no concuerda con un concepto de irracionalidad o arbitrariedad. Lo que se afirma es, simplemente, un marco de libertad razonable del que dispone el juez para elegir entre diferentes opciones válidas,⁹⁶⁷ pero no todas ellas justificables en un mismo rango de aceptabilidad.

Ello no quiere decir una actuación alejada de los estándares de racionalidad; por el contrario, se entiende que dicha actividad discrecional cobra sentido a partir de un deber general de fallar y resolver el caso, vinculado a una necesidad de justificación o motivación pertinente.⁹⁶⁸

Por ello, este margen de elección no puede ser fácilmente concebido como una permisión o una autorización libre que el Derecho atribuye al juez para que pueda obrar por fuera de un referente normativo. Se trata, más bien, de una concreción del deber o la obligación de fallar cuando el Derecho no prevé una solución unívoca dentro de un marco de posibilidades admisibles y racionales.⁹⁶⁹

De tal suerte, que el ámbito de discrecionalidad no puede aparecer como la antítesis de la aplicación de las normas jurídicas. La discrecionalidad razonable es normativa en sus raíces porque se remite a las posibilidades que brinda el sistema jurídico, el cual a su vez la acota mediante la exigencia de la debida motivación y argumentación capaz de asumir elección racional. Dicha discrecionalidad se ejerce, por tanto, sobre la base de una referencia normativa, a la que se remite finalmente.⁹⁷⁰

En la medida en la que el rol judicial se configura a partir de un deber jurídico de resolver y motivar, tiene sentido hablar de una discrecionalidad controlable sometido a un marco general, que es el sistema jurídico. Y es

965 Canosa Usera, *Interpretación constitucional*, 123.

966 Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, 56.

967 Martínez Roldán, “Relativismo ético y discrecionalidad judicial”, 115-42.

968 Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, 35.

969 *Ibid.*, 35.

970 De ahí, la interpelación de Stanley Fish a Ronald Dworkin, y que en palabras de Iglesias Vila supone que: “el modelo propuesto de discreción débil acaba adoptando una perspectiva positivista porque también requiere presuponer que el texto, por sí mismo, puede restringir la interpretación [...]”. Véase Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, 171.

que, aun cuando ciertas normas se expresen de una manera imprecisa y posibilitan la obtención de decisiones diversas, siguen siendo el marco de justificación controlable de la decisión judicial.⁹⁷¹

De esta manera, la interpretación se convierte en una operación demiúrgica, determinada por un conjunto de circunstancias y condiciones que se comprenden en una relación contextual que finaliza en su consecuencia práctica.⁹⁷²

No existiría ya una única respuesta, al estilo del más puro cognitivismo clásico o del neoiusnaturalismo dworkiniano, sino, simplemente, una respuesta correcta dentro un marco de opciones posibles que señalan distintos grados de intensidad en la corrección —la que mayor argumentación alcance—, en el marco la deliberación⁹⁷³ cuando existen posibles interpretaciones diversas.

Ello aliviaría, en parte, también, la objeción democrática ante la revisión judicial porque traslada el problema del autoritarismo de los valores subjetivos del juzgador a aquellos ámbitos capaces de articular un argumento racional y controlable.⁹⁷⁴

En todo caso, cabe tener presente, a efectos de la discusión que:

la tesis de la única respuesta correcta (y la negación de la tesis) no es solo que sea ambigua, sino que es esencialmente gradual, en cuanto puede sostenerse con grados muy distintos intensidad (al igual que ocurre con su negación), y lo que resulta de ello es que quizás solo pueda hablarse de posiciones “antitéticas” cuando se comparan las posiciones situadas en uno y otro extremo de la escala; o sea, entre las posturas “fuertes” a favor de la única respuesta correcta, y las posturas, igualmente fuertes, que las niegan y defienden, en consecuencia, que el derecho está radicalmente indeterminado. En los lugares intermedios, las diferencias son mucho más matizadas y cabría pensar incluso que no hay nada (o nada muy significativo) que separe a un defensor de la tesis de la respuesta correcta, al estilo de Alexy o del último Mac Cormick, y un crítico de la misma, como Aarnio o Peczenick.⁹⁷⁵

El inconveniente principal parece ser, como lo evidencia Laporta, la incertidumbre sobre donde situarse en esa línea continua que va desde la pura aplicación mecánica a la pura creación incondicionada de normas a través de actos de aplicación independientes de cualquier pauta previa.⁹⁷⁶

971 Manuel Segura Ortega, *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998.

972 Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, 87.

973 En este punto conviene mencionar el criterio de Manuel Atienza, quien con claridad notable cuestiona el criterio sugerido por Aarnio que reemplaza la “única solución correcta” por la “mejor respuesta posible”. Ver al respecto Manuel Atienza, “Sobre la única respuesta correcta”, *Revista Jurídicas* 6, No. 2 (julio-diciembre de 2009), (Manizales, Universidad de Caldas).

974 Iglesias Vila, “Los conceptos esencialmente controvertidos”, 276.

975 Atienza, “Sobre la única respuesta correcta”.

976 Laporta, *El imperio*, 210-1.

Capítulo 3

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA REVISIÓN JUDICIAL EN LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA

El gran problema de la legitimidad de la revisión judicial no se puede resolver con soluciones abstractas y puramente especulativas, válidas para cualquier lugar y tiempo. Por supuesto no existen esas soluciones universales; y una página de análisis comparativo realista será seguramente más notable que muchos libros llenos de tales especulaciones abstractas.

—Mauro Cappelletti

Interpretación en la Corte Constitucional ecuatoriana: El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad y fuente de legitimidad democrática

Con el fin de encontrar un parámetro o canon constitucional que sirva como mecanismo de fuente de legitimidad al ejercicio de la función jurisdiccional constitucional, y dado que un examen completo del ejercicio racional de dicha actividad puede resultar una tarea complicada debido al carácter valorativo que entraña cualquier juzgamiento, el objeto del presente capítulo se limitará a un estudio de la vinculación al principio de proporcionalidad en las sentencias dictadas por la CC relativas a la facultad de control abstracto de normas.⁹⁷⁷

⁹⁷⁷ Nos referimos por control abstracto de normas a aquel tipo de control destinado a asegurar la supremacía constitucional, la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico (art. 74 LOGJCC) que se ejerce sobre cuerpos normativos que provienen en gran medida del legislador democrático, sin descartar del análisis, como se verá en este estudio, una revisión de las sentencias que se relacionan con la impugnación de actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública que no son leyes. Es decir, nos referiremos a la facultad de la CC contenida en el art. 436, num. 2 y 4 de la CRE. Se excluyen, por tanto, del estudio las otras facultades en materia de control abstracto como, por ejemplo, control sobre estatutos de autonomía, tratados internacionales y convocatorias a referendo para reforma, enmienda o cambio constitucional, definidas en el art. 75 de la LOGJCC, puesto que, si bien muchas de ellas pueden resultar relevantes, las mismas no hacen una aportación relevante al objeto de la investigación motivo del presente análisis (la relación Corte-legislador). Asimismo, como una justificación metodológica, se excluye del análisis el control que se genera mediante la

En primer lugar, porque este tipo de acciones “al ser su objetivo dejar sin efecto políticas públicas previamente acordadas”⁹⁷⁸ en el Legislativo (leyes),⁹⁷⁹ en su gran mayoría dan forma a las preferencias de mayor calado político sobre las que los jueces toman sus decisiones poniendo a prueba una posible tensión entre el Parlamento y la Corte.

En segundo lugar, porque se trata de sentencias que, debido a la diversidad temática que involucran y a la posibilidad amplia de impugnación, a pesar de representar solo una parte del conjunto de actividades de control de constitucionalidad,⁹⁸⁰ permiten evaluar de forma controlada la actividad racional y argumentativa de las decisiones de la Corte con base en el principio de proporcionalidad.

Para ello, se recurrirá a algunos datos en materia de control abstracto de normas que permitan evidenciar la actuación del órgano jurisdiccional con respecto al objetivo propuesto.

El período o ámbito temporal de análisis estará circunscrito a las decisiones,⁹⁸¹ sentencias de control abstracto de normas y de actos adminis-

consulta de constitucionalidad por dos razones fundamentales: 1. Porque, si bien la consulta de constitucionalidad puede poner en evidencia la tensión Corte-legislador, la facultad de impulsar el control, elevar la consulta a la CC está restringida solamente a los órganos jurisdiccionales, y el objetivo que nos guía es poder observar en la mayor medida posible, cómo la CC puede desplegar todo su potencial frente a impugnaciones que provienen de una amplia legitimación procesal activa (art. 77, LOGJCC) y, 2. Porque interesa examinar los juicios generales y abstractos de la Corte sobre las leyes y otras normas de alcance general, mientras que, en la consulta, la Corte puede decidir en un “juego de razones minimalistas”, sin examinar necesariamente todos los aspectos y consecuencias de la ley, sino solo los que resulten relevantes para resolver el litigio concreto. Esta “estrategia de evitación” resulta más improbable cuando el Tribunal o la Corte conoce de un recurso abstracto de inconstitucionalidad. Sobre un análisis detallado acerca de lo difícil que le resulta a un TC o CC cultivar “virtudes pasivas” en materia de control de constitucionalidad puede verse, Víctor Ferreres Comella, “Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial: Algunas reflexiones del activismo judicial”, en Roberto Saba, edit., *Los límites de la democracia* (Buenos Aires: Edic. del Puerto, 2005), 305-26.

978 Santiago Basabe, “*Jueces sin toga. Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*”, 91.

979 La referencia a las políticas públicas adoptadas por el legislador mediante normas-leyes es necesaria por cuanto el objeto de la investigación es poner en evidencia si existe o no la advertida tensión contramayoritaria. Sin embargo, como se verá, la impugnación mediante el control abstracto va más allá del ámbito exclusivo del legislador y alcanza también a los actos administrativos con efectos generales emitidos por otros órganos del Estado.

980 Dado que el control de constitucionalidad puede ser asumido desde diferentes perspectivas, por ejemplo, control en garantías constitucionales, control preventivo de normas, consulta de constitucionalidad, etcétera.

981 La CCE emite sentencias y dictámenes, dependiendo del proceso y las características de cada decisión. Véase esta aclaración en: *Una lectura cuantitativa y cualitativa de las decisiones del Tribunal Constitucional a la primera Corte Constitucional* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2015), 37.

trativos con efectos generales⁹⁸² emitidas desde el momento en el que, al amparo de la Constitución de la República (CRE) de 2008, se definió el modelo de Estado como Constitucional de Derechos y Justicia.⁹⁸³ Es decir, un estudio completo del ejercicio del control abstracto de normas desplegado por la Corte desde que se proclamó Corte Constitucional para el Período de Transición (CCPT)⁹⁸⁴ hasta el final de 2015.

Para efectos del contraste se dividirá el período de estudio en dos fases: primero, la autodenominada CCPT que va desde el 22 de octubre de 2008 al 5 de noviembre de 2012; y, segundo, el período que constituye la primera CC, que comprende desde el 6 de noviembre de 2012 hasta al 31 de diciembre de 2015.

En ese contexto, conviene recordar que dentro de las facultades que tiene la CC a raíz de la vigencia de la CRE de 2008 se encuentra la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad por el fondo o por la forma de actos normativos de carácter general emitidos por órganos del Estado, así como, de resolver la inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública.⁹⁸⁵ En ambos casos,

982 En este trabajo se utilizarán de forma indistinta las expresiones sentencia o caso para referirnos a los fallos emitidos por la CCE. De esta manera, el número que identifica a cada fallo en el presente estudio es el número que la CC ha asignado a los distintos procesos como *número de sentencia* o *sentencia número*. Dicha aclaración resulta necesaria, puesto que, en la CCE, cada proceso tiene, por un lado, un número de sentencia o sentencia número y, por otro lado, un número de caso o caso. Se ha utilizado esta numeración (sentencia No.) como una opción metodológica, por cuanto la identificación que se refiere al número de caso puede agrupar varios casos acumulados, lo que dificulta su identificación.

983 Véase el art. 1 de la CRE: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano”.

984 Ecuador, Resolución expedida por el pleno del TC del Ecuador aprobado el 20 de octubre de 2008, donde el pleno del órgano jurisdiccional se asume como CCPT y procede con la publicación de dicha resolución en el *Registro Oficial*, No. 451 de 22 de octubre de 2008.

985 Julio Cesar Trujillo indica que “los actos administrativos son declaraciones jurídicas o actos jurídicos que, sustentados en norma jurídica, crean una situación jurídica, sea esa el otorgamiento de un beneficio, el reconocimiento, negación o conculcación de un derecho, privación de un bien, etc.: es, en definitiva, la aplicación de una norma y no creación de normas, se agota por su cumplimiento y, por lo tanto, el ordenamiento jurídico no se modifica en ningún sentido”. Véase Julio Cesar Trujillo, *Constitucionalismo contemporáneo: Teoría, procesos, procedimientos y retos* (Quito: UASB-E /CEN, 2013), 204. También Angélica Porras ha puesto de manifiesto que, aun cuando puede haber actos normativos, incluso leyes que son concretas y están dirigidas singularmente a alguna persona o a un grupo de personas indeterminadas desde el inicio, como es el caso de las leyes de presupuesto, cuando la Constitución posibilita la impugnación de actos administrativos con efectos generales se refiere a actos pensados para una situación específica y dirigidos a un número indeterminado de personas. Véase Porras Velasco y Romero Larco, *Guía de Jurisprudencia constitucional ecuatoriana*, 55 y s. Conviene mencionar que la Constitución Política de 1998 –CPE– en su art. 271, num. 1, establecía que compete al TC conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de fondo o de forma que se presenten sobre leyes orgánicas y

la declaración de inconstitucionalidad ocasionará como efecto la invalidez del acto impugnado.⁹⁸⁶

Más allá de la discusión teórica que puede surgir con el fin de determinar si los actos administrativos con efectos generales son una especie del género de los actos normativos, con lo cual, el constituyente habría incurrido en una reiteración innecesaria, o se trata de instituciones jurídicas diversas,⁹⁸⁷ la CC en su práctica jurisprudencial, no ha profundizado sobre el tema, y se ha limitado, a veces de forma poco precisa,⁹⁸⁸ a dar un tratamiento indiferenciado sin mayor explicación o justificación al respecto.

ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones emitidos por órganos de las instituciones del Estado.

986 Véase el art. 436, num. 2 y 4 de la CRE, donde se establece que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es la invalidez del acto impugnado, en tanto que, la CPE de 1998 en su art. 271, num. 1, establecía que la consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad era la suspensión total o parcial de los efectos del acto impugnado. De esta manera, se observa que la Constitución actual es mucho más clara y precisa que la anterior Constitución.

987 Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, cuando se refieren a los criterios que sirven para delimitar el acto administrativo indican que: “los actos disponen actuaciones concretas e inmediatas, que afectan a sujetos singularizados. Esta característica es solo una regla general, de la que existen excepciones. Ello se debe a la posibilidad de que se dicten los llamados *actos administrativos generales*, es decir, un tipo de acto que se dirige a una pluralidad indeterminada de sujetos. El ejemplo más clásico de este tipo de acto son las convocatorias públicas. Algunas de ellas se dirigen a un grupo específico de sujetos indeterminados –como las convocatorias a exámenes de la Facultad, que solo afectan a los matriculados-, y otras tienen como destinatarios a una serie de sujetos que resulta imposible precisar a priori –así, convocatorias de oposiciones, o de subvenciones, en las que nunca se sabe quién podrá o no concurrir–”. Véase Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, *Manual básico de derecho administrativo*, 11a. ed. (Madrid: Tecnos, 2014), 423-4.

988 Como muestra de lo indicado, puede verse la sentencia de la CC 001-10-SIA-CC, de fecha 16/12/2010 acerca de la impugnación de un Decreto Ejecutivo relativo al cambio y remoción de directores de la Dirección Nacional de Educación Intercultural Bilingüe-DINEIB, que considera dicha impugnación como una acción de inconstitucionalidad de acto administrativo con efectos generales sin mayor argumento. Sin embargo, la propia Corte es imprecisa cuando se refiere en algunos pasajes de su sentencia a una impugnación de acto normativo y, en otros pasajes, a una impugnación de acto administrativo con efectos generales, teniendo cada una de las referencias hechas por la Corte diferente fundamento normativo constitucional (art. 436, num. 2 y 4). Así, la Corte sostuvo: “El Pleno de la CCPT es competente para conocer y resolver la presente causa, de conformidad con lo previsto en los art. 429 y 436, num. 2 de la Constitución de la República[...] Mediante la acción de inconstitucionalidad de acto administrativo con efectos generales, la CC –como órgano competente– ejerce el control de constitucionalidad. Esta acción tiene como finalidad asegurar que los actos del poder público guarden concordancia con las disposiciones contenidas en la Constitución de la República, y en caso de darse lo contrario, a través de la declaratoria de inconstitucionalidad se determinará la invalidez del acto administrativo objeto de impugnación (art. 436, num. 4 de la Constitución de la República)...”. Igualmente, puede consultarse la sentencia 001-12-SIA-CC, de junio de 2012 en donde se demandaba la inconstitucionalidad de una ordenanza municipal que tenía como fin la planificación y regulación del servicio de taxi ejecutivo. La Corte, de forma confusa, a pesar de que dicta una sentencia de inconstitucionalidad de acto administrativo con efecto general, manifestó: “La CCPT tiene competencia para verificar la constitucionalidad de actos normativos de carácter

Dicha imprecisión se evidencia en los diferentes casos que son resueltos por la Corte según provenga el acto impugnado del legislador,⁹⁸⁹ del ejecutivo mediante Decreto Ejecutivo (unos, con el carácter individual⁹⁹⁰ y otros con el carácter de general, como los reglamentos),⁹⁹¹ de los gobiernos autónomos descentralizados,⁹⁹² de los diferentes ministerios,⁹⁹³ de la Corte

general, al amparo de lo dispuesto en el art. 436, num. 2 y 4, de la CRE". Es decir, asumió como fundamento normativo de su competencia, de forma indistinta, los num. 2 y 4 del art. 436 de la Constitución.

989 Como una referencia que luego es reiterada por la Corte, puede verse la sentencia de la Corte 007-10-SIN-CC, de 15 de julio de 2010, nota al pie número 9, para referirse a la Ley como el acto normativo por excelencia. No obstante, también han existido impugnaciones o demandas de inconstitucionalidad frente a reglamentos expedidos por el Consejo de Administración Legislativa –CAL– donde se impugnaba el Reglamento para la contratación de asesores, secretarios relatores, prosecretarios relatores, consultores y asistentes administrativos de la Asamblea Nacional. (Sentencia 005-15-SIN-CC, de 18 de marzo de 2015).

990 Véase la sentencia de la Corte 005-11-SIN-CC, de 12 de octubre de 2011, que se refiere a una delegación expresa del Presidente de la República vía Decreto Ejecutivo para que un Ministro firme un contrato con los representantes de las misiones católicas, lo cual haría inviable un control abstracto, tal como lo reconoce el voto de mayoría de la Corte, al carecer el acto impugnado de un carácter general. Por su parte, el voto salvado expone que el contenido del decreto tiene una connotación general que supera la sola delegación que se realiza a un Ministro.

991 Véase la sentencia de la Corte 005-010-SIN-CC, de 19 de junio de 2010, que resolvió sobre la impugnación a un Decreto Ejecutivo que prohibía que se realicen egresos de recursos del presupuesto general para financiar fondos de jubilación. También, la sentencia 003-13-SIN-CC, de 04 de abril de 2013, que resuelve la impugnación del Decreto Ejecutivo 813, que reforma el Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público relativo a la compra de renuncias con indemnización y en la que, a pesar de que es considerada una sentencia de inconstitucionalidad de acto normativo (SIN), la Corte asume su competencia para conocer el caso como un acto administrativo *con carácter general* (p. 11 del fallo). Dicha situación confunde aún el tema, dado que los términos que utiliza la CRE en materia de control abstracto son: inconstitucionalidad de *acto normativo de carácter general* (art. 436, num. 2), e inconstitucionalidad de *acto administrativo con efectos generales* (art. 436, num. 4).

992 En la sentencia 008-10-SIN-CC, de 15 de julio de 2010, la Corte calificó la impugnación de constitucionalidad de una ordenanza metropolitana como un acto administrativo con efectos generales. Así, indicó lo siguiente: "Respecto a la demanda presentada por el legitimado activo y tratándose la norma impugnada de un *acto administrativo* de carácter general, corresponde a esta Corte realizar un control abstracto". Paradójicamente, en la misma sentencia, bajo el apartado de análisis de constitucionalidad, asume la competencia para conocer la demanda sobre la base del art. 436, num. 2, que se refiere a la impugnación de *actos normativos* de carácter general. La misma Corte, en este fallo, pretendiendo dilucidar lo que denomina uno de los problemas jurídicos centrales de la causa, afirma que: "En esencia, lo que ataca mediante la demanda el legitimado activo tiene relación con actos de *simple administración*[...]". Por último, puede consultarse la sentencia de la Corte 009-10-SIN-CC, de fecha 09/09/2010, que entiende a los actos administrativos de carácter general "como actos de aplicación (art. 436, num. 4)", sin haber dado el órgano jurisdiccional mayor explicación o fundamentación al respecto.

993 Véase la sentencia de la Corte 004-10-SIN-CC, de 29 de abril de 2010, en la cual ha considerado a un acuerdo ministerial como un acto normativo, argumentando para ello que "dentro de la comunidad de un país existen grupos sociales que, para el desarrollo propio y de aquel, realizan diversas actividades económicas u otras, las que demandan de legislación especial para regular su actividad en todos sus aspectos. En estos casos, indudablemente, se está ante

Nacional de Justicia cuando expide resoluciones con el carácter de general,⁹⁹⁴ así como de otros órganos y autoridades públicas autorizadas por la Constitución o la ley a emitir actos administrativos de carácter general en el ámbito de su competencia.⁹⁹⁵

normas que resultan generales para tal o cual grupo social". De la misma forma, la sentencia 005-12-SIN-CC, de 29 de marzo de 2012 donde se resolvió sobre un acuerdo ministerial expedido por el Ministerio de Defensa en relación con el pago de las tasas que deben asumir las empresas de vigilancia y seguridad privada. En todo caso, la Corte ha estimado que, tanto en un acto normativo, como en un acto administrativo con efectos generales "la contradicción de la norma con el texto constitucional no está direccionada hacia una persona o grupo de personas en particular, sino que la afectación se hace a toda la sociedad, asegurándose de esta manera la supremacía de la Constitución". Puede verse también la sentencia 0020-12-SIN-CC, de 26 de abril de 2012 que resolvió sobre un Acuerdo Ministerial que contenía un instructivo para la calificación y registro de consultores ambientales.

994 Véase la sentencia de la Corte 008-14-SIN-CC, de 22 de octubre de 2014, que abordó la impugnación a una resolución emitida por la Corte Nacional de Justicia en función de su facultad para desarrollar precedentes jurisprudenciales. En este caso, la Corte indicó: "al tratarse de una resolución que contiene un precepto normativo de naturaleza abstracta, el control de constitucionalidad efectuado por esta CC en la presente sentencia es jurídicamente válido, pues en el evento de que se tratase de la aplicación de dicho precepto normativo abstracto en un caso concreto, es decir, cuando aquella disposición normativa se transforma en *norma* gracias a la interpretación del juzgador en un caso puntual o específico, el control abstracto de constitucionalidad sería impertinente y debería activarse otro método de control constitucional, el control concreto".

995 Para ello, puede consultarse la sentencia de la Corte 003-09-SIN-CC, de 23 de julio de 2009, que resolvió sobre la impugnación por vía control de constitucionalidad abstracto un pronunciamiento del Procurador General del Estado encasillándolo como un *acto administrativo* de carácter general. Sin embargo, y aun cuando la demanda de inconstitucionalidad fue abordada por la Corte sobre la base del art. 436, num. 4, es decir, asumiendo que se trataba de un *acto administrativo con efectos generales*, en la misma sentencia, en la página 21 del fallo se refiere a los mismos actos impugnados como *actos normativos infra-constitucionales*. Aún más, la sentencia referida es calificada en sus siglas como una sentencia de acción de inconstitucionalidad de acto normativo (SIN). Paradójicamente la sentencia de la 002-12-SIA-CC, de fecha 21/06/2012, que también resolvió sobre la impugnación a un dictamen del Procurador General del Estado, en dicho caso la sentencia fue tratada como una sentencia de inconstitucionalidad de acto administrativo con efecto general en sus siglas (SIA). Caso idéntico es la sentencia 003-12-SIA-CC, de 21 de junio de 2012, que resolvió sobre otro pronunciamiento del Procurador General del Estado, tratado también como sentencia de constitucionalidad de acto administrativo con efecto general. No queda claro por qué en estas dos sentencias (002-12-SIA-CC y la 003-12-SIA-CC la Corte las trata como inconstitucionalidad de acto administrativo con efecto general); y, sin embargo, en la sentencia 003-09-SIN-CC la trata como inconstitucionalidad de acto normativo. También puede verse la sentencia de la Corte 002-12-SIN-CC, de 06 de marzo de 2012, que resolvió sobre la impugnación a una resolución del Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia que expedía la Tabla de pensiones alimenticias mínimas. Aunque la demanda fue rechazada en virtud de que el acto impugnado había sido derogado mediante una nueva resolución, la Corte trató el tema como un acto administrativo con efecto general cuyo fundamento normativo era el art. 436, num. 4, de la Constitución a pesar de una confusa enunciación también del art. 432, num. 2, en sus antecedentes. A pesar de todo lo indicado, el fallo es considerado como una sentencia de inconstitucionalidad de acto normativo (SIN). Puede consultarse también la sentencia 003-12-SIN-CC, de 27 de marzo de 2012, que resolvió sobre la impugnación de una Resolución emitida por el Secretario Nacional Técnico de Desarrollo

Para la toma y recolección de la muestra se ha recurrido a fuentes de consulta bibliográfica (informes documentados de la CC); así como a la página web oficial de la Corte Constitucional-Gaceta Constitucional, con el fin de obtener los datos que se refieren a sentencias sobre demandas de inconstitucionalidad contra actos normativos y actos administrativos con efectos generales.⁹⁹⁶

Con el fin de proceder con el análisis de la muestra obtenida, se acudirá, por un lado, al método cuantitativo que permite conocer algunos datos relevantes en el período propuesto, utilizando para ello relaciones de variables que permitan identificar estadísticas y datos objetivos de importancia en relación con el control abstracto de norma y su intensidad, fundamentalmente en relación con normas provenientes del legislador, pero sin descuidar, las normas emanadas del ejecutivo que han sido objeto de impugnación.

Por otro lado, se recurrirá también al método cualitativo, intentado evidenciar el discurso de los sujetos –CC, principalmente– que permita evaluar algunas prácticas internas del órgano en la toma de decisiones con respecto al principio de proporcionalidad, la motivación y la práctica deliberativa, verificando, de cómo se comporta el órgano jurisdiccional cuando en el ámbito del control abstracto interpreta las normas constitucionales en relación con el conjunto de decisiones que deben ser confrontadas con aquellas, especialmente, las provenientes del legislador y del ejecutivo, con el fin de alcanzar un grado de legitimidad dentro del sistema democrático.

Algunos datos cuantitativos del control abstracto de normas y de actos administrativos con efectos generales en la CCPT y en la primera CC

Del número de sentencias recabadas se puede obtener los siguientes datos y gráficas, que ponen en evidencia algunas situaciones llamativas en materia de control abstracto de normas, principalmente, frente al legislador y al ejecutivo.

de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público de la ex SENRES con el fin de estructurar y valorar los puestos profesionales de médicos y odontólogos de los servicios de salud pública, que fue considerado por la Corte como un acto normativo. Es más, en la misma sentencia, en su voto salvado, p. 25, los jueces se refieren al acto como un “acto administrativo normativo”. También, la sentencia 013-12-SIN-CC, de 19 de abril de 2012, en se resolvió sobre la impugnación a una Resolución de la Superintendencia de Bancos, que fue considerada por la Corte como un acto normativo sin mayor explicación o fundamentación al respecto.

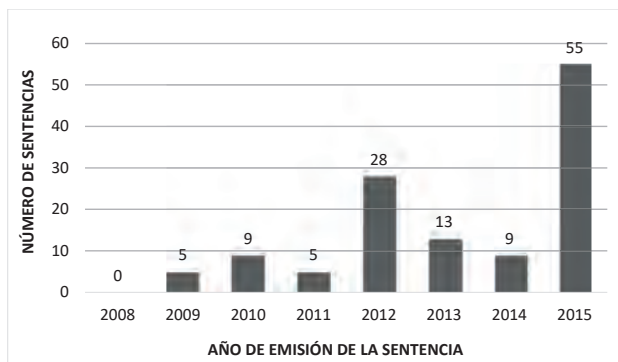
⁹⁹⁶ La consulta a las sentencias enunciadas en este trabajo se encuentran disponibles en el sitio web oficial de la CCE: <<https://www.corteconstitucional.gob.ec>>.

a) Número total de sentencias emitidas que se relacionan con impugnaciones a actos normativos y acto administrativos con efecto generales

CCPT y Primera Corte Constitucional

- Impugnaciones contra actos normativos (art. 436, num. 2, CRE)

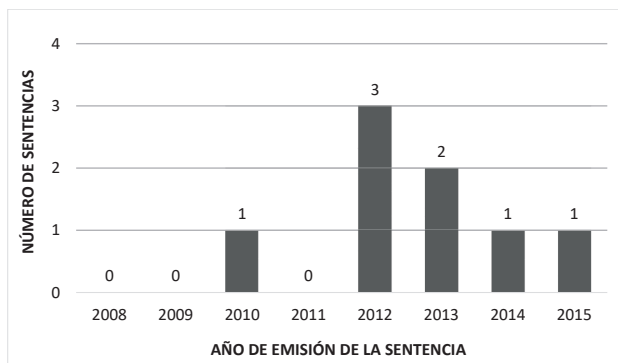
Gráfico 1. Número total de sentencias referidas a impugnaciones de acto normativo (CCPT y Primera CC)



Elaboración propia.

- Impugnaciones contra actos administrativos con efectos generales. (art. 436, num. 4, CRE)

Gráfico 2. Número total de sentencias referidas a impugnación de actos administrativos con efectos generales (CCPT y Primera CC)



Elaboración propia.

De los datos se desprende que tanto la CCPT como la Primera Corte Constitucional emitieron un total de 124 sentencias de fondo acerca de impugnaciones que se refieren a actos normativos. El mayor número de sentencias se registran en 2015, con un total de 55 resoluciones, frente a las restantes 69 que fueron dictadas en el trascurso del año 2008 al año 2014.

En lo que se refiere al control de constitucionalidad de actos administrativos con efectos generales, evidentemente menor a la impugnación contra actos normativos, alcanzó a 8 resoluciones desde octubre de 2008 a diciembre de 2015. El mayor número de aquellas fue dictado en el año de 2012.

Es importante estos datos, que se refieren de forma conjunta tanto a las decisiones de la CCPT, como a las de la Primera Corte Constitucional, en una dimensión comparada, por cuanto, el anterior Tribunal Constitucional (TC), desde 1998 a 2008 que entró en vigor la nueva Constitución, resolvió un total de 612 casos en materia de control abstracto, entre inconstitucionalidad de normas jurídicas con efectos generales (367 casos), e inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos particulares (245).⁹⁹⁷

Sin duda, una evidencia llamativa si se tiene en cuenta que la CCPT y la Primera Corte Constitucional, en poco más de siete años, no alcanza a la mitad de las resoluciones expedidas en diez años, aproximadamente, por el TC. Más aún si se tiene presente que, en el marco de la Constitución actual, existe la posibilidad de una amplia legitimación activa para poder activar el control abstracto, frente a la restringida legitimación que consagraba el texto constitucional de 1998.⁹⁹⁸

997 Datos obtenidos de la obra publicada de la CC, *“Una lectura cuantitativa y cualitativa de las decisiones del Tribunal Constitucional a la primera Corte Constitucional”*, 23-4.

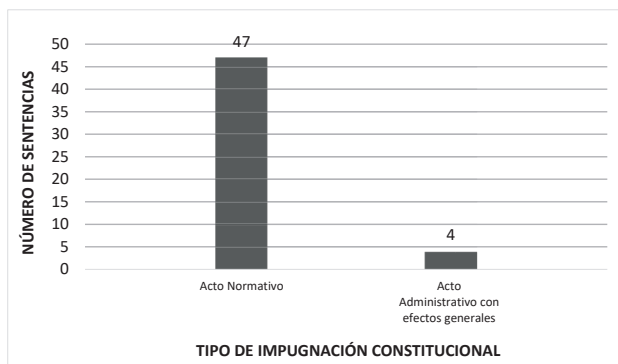
998 A pesar de que la relación propuesta no es del todo precisa en el sentido de que una cosa es el número de sentencias y otra el número de impugnaciones propuestas, ya que estas últimas pueden haber sido rechazadas en una fase previa de admisión sin llegar a tener una resolución de fondo, la intuición sería que, mientras más amplia sea la legitimación para accionar, más leyes serán impugnadas y en consecuencia más sentencias emitidas. Sebastián Linares ha indicado que se trata de una hipótesis de sentido común puesto que, “todos tenemos interés en las normas que aprueba el Congreso; todos tenemos derecho a opinar y a influir sobre nuestros representantes con el fin de que se atiendan nuestras demandas y preocupaciones. Cuanto más amplia sea la legitimación para impugnar las leyes, tanto más opiniones divergentes –y más personas- habrá para impugnar las normas que motivan el desacuerdo”. Véase Sebastián Linares, *La (i)legitimidad*, 165. La CPE en su art. 277 establecía que las demandas de inconstitucionalidad podrán ser presentadas: 1. El Presidente de la República, 2. El Congreso Nacional, previa resolución de la mayoría de sus miembros, en los casos previstos en los num. 1 y 2 del mismo art. 3. La Corte Suprema de Justicia, previa resolución del Tribunal en Pleno, en los casos descritos en los números 1 y 2 del mismo art. 4. Los consejos provinciales o los concejos municipales, en los casos señalados en el num. 2 del mismo art. 5. Mil ciudadanos en goce de derechos políticos, o cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia,

b) Número de sentencias relativas a impugnaciones contra actos normativos y actos administrativos con efectos generales ante la CCPT y la Primera Corte Constitucional.

CCPT

- Impugnaciones contra actos normativos.
Del 22 de octubre de 2008 al 5 de noviembre de 2012 = 47
- Impugnaciones contra actos administrativos con efectos generales.
Del 22 de octubre de 2008 al 5 de noviembre de 2012 = 4

Gráfico 3. Sentencias de la CCPT (Acto administrativo con efectos generales y acto normativo)



Elaboración propia.

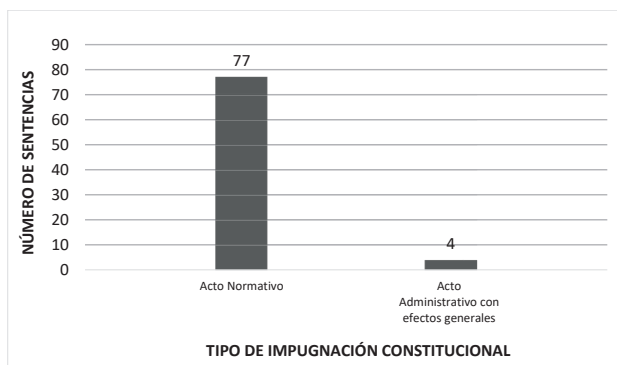
La CCPT emitió 51 sentencias de fondo referidas al control abstracto de acto normativo y de actos administrativos con efectos generales. De ese número, 47 corresponden a impugnaciones contra actos normativos y 4 a impugnaciones relativas a actos administrativos con efectos generales, lo que supone, aproximadamente, algo más de un 6% del conjunto de sentencias dictadas por la citada Corte.⁹⁹⁹

Primera Corte Constitucional

- Impugnaciones contra actos normativos.
Del 6 de noviembre de 2012 a diciembre 2015 = 77
- Impugnaciones contra acto administrativos con efectos generales.
Del 6 de noviembre de 2012 a diciembre 2015 = 4

⁹⁹⁹ Sobre el porcentaje de sentencias emitidas por la CCPT puede verse la obra de la CC, "Una lectura cuantitativa y cualitativa de las decisiones del Tribunal Constitucional a la primera Corte Constitucional...", 38.

Gráfico 4. Sentencias de la Primera CC (Acto administrativo con efectos generales y acto normativo)



Elaboración propia.

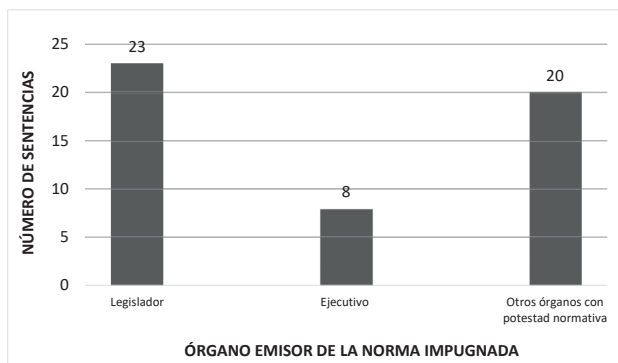
Del 6 de noviembre de 2012 a fines de diciembre de 2015, la Primera Corte Constitucional emitió un total aproximado de 81 sentencias de control abstracto de norma y de acto administrativo con efectos generales. Dicha cifra supone un incremento importante en la actividad de control abstracto si se tiene presente que la CCPT en aproximadamente cuatro años, resolvió 51 causas en la materia; y, que, el período de funcionamiento de la Primera Corte Constitucional tenido en consideración se extiende solo a tres años. El mayor número de impugnaciones de control abstracto corresponde a actos normativos, que pasaron de 47 en el período referido a la CCPT a 77 correspondientes a la Primera Corte Constitucional.

c) Número de sentencias por legitimado pasivo

CCPT

- Contra normas provenientes del legislador = 23
- Contra normas provenientes del ejecutivo (Decretos Ejecutivos) = 8
- Contra normas de otros órganos con potestad normativa (Concejos Municipales; SENRES; Concejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia; Consejo Nacional Electoral; Superintendencia de Bancos, Dictámenes del Procurador General del Estado; Mandatos Constituyentes; Corte Nacional de Justicia; Resoluciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; Ministerio de Estado) = 20.

Gráfico 5. Número de impugnaciones en CCPT con sentencia de fondo relativas a normas provenientes del legislativo, ejecutivo y otros órganos con potestad normativa



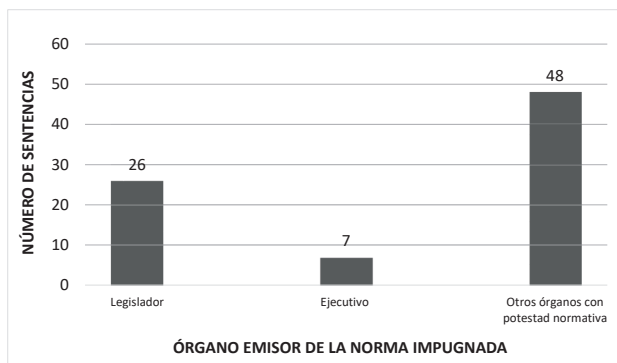
Elaboración propia.

Como se evidencia, en el período relativo a la CCPT, el mayor número de impugnaciones corresponde a actos normativos emitidos por el legislador. El restante número de sentencias se refieren a impugnaciones de actos provenientes tanto del ejecutivo (8), como de otros órganos con potestad normativa, como por ejemplo, Consejos Municipales, SENRES, Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, Consejo Nacional Electoral, Corte Nacional de Justicia, Resoluciones del IESS, Superintendencias, etcétera. (20).

Primera Corte Constitucional

- Contra normas provenientes del legislador = 26
- Contra normas provenientes del ejecutivo (Decretos Ejecutivos) = 7
- Contra norma de otros órganos con potestad normativa = 48

Gráfico 6. Número de impugnaciones en la Primera CC con sentencia de fondo relativas a normas provenientes del legislativo, ejecutivo, y otros órganos con potestad normativa



Elaboración propia.

A pesar de que en el período que corresponde a la CCPT el mayor número de impugnaciones se registró en contra de normas provenientes del legislador, en el período de la Primera Corte Constitucional, si bien existe un número importante de resoluciones relativas a normas emanadas del Legislativo, el mayor número de resoluciones se refiere a actos normativos o actos administrativos con efectos generales expedidos por otros órganos con potestad normativa. Igualmente, la Primera Corte Constitucional registra un número similar de resoluciones relativas a impugnaciones de actos provenientes del ejecutivo, en relación con la CCPT.

d) Número y porcentaje de sentencias de fondo respecto de normas emanadas del legislador y del ejecutivo

CCPT

- Impugnación contra normas provenientes de legislador (23)
 - Accepta la demanda = Declara la inconstitucionalidad de la norma = 7 (una reductora)
 - Accepta parcialmente = 1
 - Sentencia modulativa interpretativa = 2
 - Rechaza la demanda = 13

Gráfico 7. Porcentaje de sentencias aceptadas y rechazadas en CCPT, respecto de normas provenientes del legislador



Elaboración propia.

De las 23 sentencias relativas a normas impugnadas ante la CCPT respecto de actos provenientes del legislador, en el 43% la Corte aceptó la acción y declaró la inconstitucionalidad del acto normativo. Dentro de este número de sentencias, en una de ellas se declaró la inconstitucionalidad reductora; otra aceptó la impugnación parcialmente, y en otras ocasiones se dictó una sentencia modulativa interpretativa. En el resto, 57% (13 sentencias), la Corte rechazó la acción propuesta.

Cabría decir que la inclusión de la sentencia modulativa interpretativa dentro del rango o categoría en que se acepta la acción propuesta se debe a que, si bien la mayoría de las sentencias interpretativas aparecen formalmente como desestimatorias, por cuanto se mantiene el enunciado legal impugnado, en realidad son estimatorias, es decir, aceptan la demanda porque excluyen determinada norma (interpretación) que podría derivarse del precepto enjuiciado.¹⁰⁰⁰

- Impugnación contra normas provenientes del ejecutivo (8)
Acepta la demanda – Declara la inconstitucionalidad de la norma = 1 (inconstitucionalidad diferida).

¹⁰⁰⁰ Esta aclaración es puesta de relieve por Eliseo Aja y Markus González Beilfus en la obra *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional*, 264, cuando indican: “[...] desde un punto de vista analítico es perfectamente posible distinguir entre el enunciado legal, el precepto de una ley, y la norma o las normas que contiene. De hecho, esta distinción está en la base de las sentencias intermedias, porque el supuesto más sencillo, por ejemplo, una sentencia interpretativa, supone el mantenimiento del precepto o enunciado legal y en cambio la exclusión de una determinada interpretación, es decir, de una norma. De esta forma, la mayoría de las sentencias interpretativas aparecen formalmente como desestimatorias –se mantiene el enunciado legal– cuando en realidad son estimatorias, por que excluyen una determinada norma que podría derivarse del precepto”.

Rechaza la demanda = 7 (una de las cuales dispuso el archivo en sentencia, en virtud de que el acto impugnado había sido derogado).

Gráfico 8. Porcentaje de sentencias aceptadas y rechazadas en CCPT respecto de normas provenientes del ejecutivo



Elaboración propia.

Asimismo, en la CCPT, del total de sentencias emitidas respecto de impugnaciones provenientes de normas emanadas del ejecutivo, la Corte aceptó la demanda en una sola de ellas, en la que declaró la inconstitucionalidad diferida, lo que representa el 12,5%, mientras que en el 87,5% restante, la Corte rechazó la demanda, conservando la disposición o acto impugnado en el ordenamiento jurídico.¹⁰⁰¹ Contrariamente, como se podrá observar más adelante en este trabajo, cuando el presidente ejercía la legitimación activa de la causa, se procedió siempre a aceptar la demanda presentada.

Primera Corte Constitucional

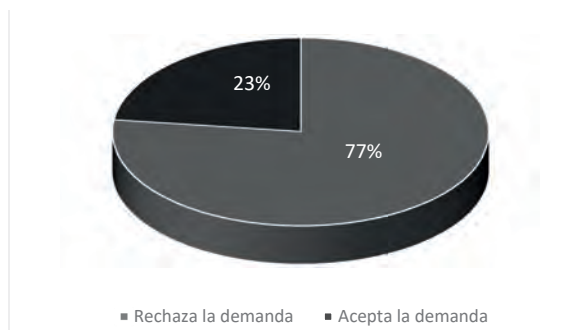
- Impugnación contra normas del legislador (26)

Acepta la demanda – Declara la inconstitucionalidad de la norma = 6 (una con sentencia modulativa sustitutiva y otra sentencia modulativa de carácter aditiva).

Rechaza la demanda propuesta = 20

¹⁰⁰¹ Habría que indicar que en el fallo de la Corte 001-10-SIA-CC, de fecha 16/12/2010, que se cuenta como acción rechazada en este estudio, la Corte dispuso de forma directa en su sentencia, el archivo de la acción, ya que el acto impugnado había sido derogado mediante un nuevo Decreto Ejecutivo.

Gráfico 9. Porcentaje de sentencias aceptadas y rechazadas en la Primera CC, respecto de normas provenientes del legislador

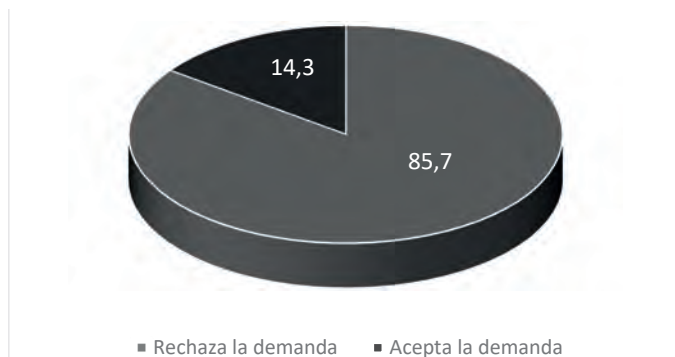


Elaboración propia.

En los datos citados, se evidencia, respecto de la actuación de la Primera Corte Constitucional, que el 77% de sus sentencias en esta materia se orientó a rechazar la demanda propuesta contra normas emanadas del legislativo; en el 23% de las sentencias restantes se aceptó la acción presentada. Es decir, a diferencia de lo que sucedió con la CCPT, el rechazo de las demandas de inconstitucionalidad por parte de la Primera Corte Constitucional fue más elevada. Por el contrario, las demandas aceptadas, es decir, declaratorias de inconstitucionalidad por la Primera CC son más bajas en relación con la CCPT.

- Impugnación contra normas provenientes del ejecutivo (7)
Acepta la demanda - Declara la inconstitucionalidad = 1 acepta parcialmente.
Rechaza la demanda propuesta = 6

Gráfico 10. Porcentaje de sentencias aceptadas y rechazadas en la Primera CC respecto de normas provenientes del ejecutivo



Elaboración propia.

Al igual que lo que sucedió con la CCPT, la evidencia demuestra que el grado de intensidad de la intervención de la Corte respecto de normas impugnadas provenientes del ejecutivo declarando su inconstitucionalidad fue muy residual. De todas las demandas propuestas, la Corte aceptó solamente una de manera parcial. En los restantes casos, la Corte rechazó las respectivas demandas.

De lo dicho se pueden derivar, al menos, dos situaciones. Por un lado, la Corte, al menos numéricamente, parece ser deferente en relación con el legislador. Ciertamente es que la CCPT evidencia un mayor número de sentencias que aceptan la acción presentada en relación con las que la rechazan. No obstante, los datos son parejos, si se tiene presente que se han contabilizado como acciones aceptadas, una declaratoria parcial de inconstitucionalidad y una sentencia modulativa interpretativa. Pero, además, la Primera Corte Constitucional parece ser mucho más deferente al legislador si se tiene presente el incremento del rechazo de acciones que se han producido en relación con la CCPT.

Por otro lado, si bien con el legislador la Corte parece ser deferente, lo es más ampliamente con el ejecutivo. Los datos propuestos demuestran, al menos numéricamente, que, cuando el legitimado pasivo ha sido el ejecutivo, la Corte ha rechazado en mayor medida las acciones propuestas con respecto a lo sucedido cuando el legislador figura como legitimado pasivo.

Análisis cualitativo de las decisiones de la CC:
El principio de proporcionalidad, la dificultad contramayoritaria
y la democracia deliberativa

CCPT

a) El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad

Reconstruir y evidenciar el discurso de la Corte en sus sentencias para proceder luego con la interpretación de las mismas, analizando las relaciones de significado que el órgano de justicia constitucional reproduce o asigna a ciertas instituciones del derecho, concretamente, al principio de proporcionalidad como canon del control de constitucionalidad y fuente de legitimidad, constituye la tarea fundamental de este apartado.

Para ello, resulta necesario recordar que, dado que el principio de proporcionalidad se relaciona con una noción de racionalidad lógico-operacional a través de la cual las Cortes y Tribunales desarrollan su actividad de

control,¹⁰⁰² su exigencia en la fundamentación ha de estar provista de unas ideas claras en relación con su utilización y puesta en práctica, a afectos de convertirse en un canon de constitucionalidad controlable y, por tanto, en un mecanismo de fuente de legitimidad de la tarea jurisdiccional.

Ciertamente, en un ánimo de construir un parámetro de fundamentación racional, la introducción de la idea de proporcionalidad tanto por la CCPT, como por la Primera CCE, ha sido cada vez más recurrente a la hora de justificar su intervención respecto de medidas adoptadas por el legislador.

En lo que tiene que ver con la CCPT, dicho principio ha sido mencionado en los fundamentos jurídicos de 15 sentencias de las 51 analizadas, mientras que el término proporcionalidad ha sido invocado en 50 ocasiones en diferentes contextos. Sin embargo, como era de esperarse, la utilización e invocación del principio de proporcionalidad no ha sido uniforme a lo largo del período de transición de la Corte.

Así, a pesar de que la Corte, al menos en materia de control abstracto de norma, ha esperado a la reciente sentencia 048-13-SCN-CC para aclarar el sentido general del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, manifestando que “en nuestro ordenamiento jurídico la proporcionalidad tiene dos sentidos distintos: constituye a la vez un principio reconocido en diversos artículos de la Constitución de la República pero también se configura como un método de interpretación constitucional constante en el art. 3 de la LOGJCC, junto con el método de la ponderación”,¹⁰⁰³ dicho principio fue recogido ya en los primeros fallos del órgano jurisdiccional.

En sus inicios, la utilización del principio de proporcionalidad por parte de la jurisprudencia constitucional fue más bien informal e intuitiva, asociada vagamente a la idea de un nuevo modelo de Estado imperante desde la vigencia de la Constitución de 2008, esto no quiere decir que la proporcionalidad, como principio, no haya estado presente con anterioridad en el constitucionalismo ecuatoriano.¹⁰⁰⁴

1002 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 491, manifiesta que la idea de racionalidad del principio de proporcionalidad se enmarca dentro del ámbito de la llamada *racionalidad teórica* de los conceptos jurídicos. Es decir, un tipo de racionalidad que enfatiza que los conceptos y las argumentaciones utilizadas por los teóricos del derecho y por los tribunales en la fundamentación de sus decisiones deben estar provistos de un elevado nivel de precisión.

1003 Véase sentencia de la Corte 048-13-SCN-CC, de 04 de septiembre de 2013, sobre la consulta de norma jurídica.

1004 Varias son las Constituciones ecuatorianas que han recogido el principio de proporcionalidad en su articulado, aun cuando en muchas de ellas el ámbito de referencia sería el fiscal. Por ejemplo, la Constitución de 1851, art. 113, capítulo XIX de las Garantías, indica que “[...] en todo impuesto se guardará la proporción posible con los haberes de industria de los contribuyente”;

Quizá, la recepción del principio de proporcionalidad por parte de la jurisprudencia constitucional, más allá de su positivización como norma, se vio impulsada por el desarrollo jurisprudencial que los tribunales internacionales de derechos humanos o los instrumentos internacionales de derechos humanos han dado a otro principio básico: el de igualdad, muy ligado a una idea de proporcionalidad.¹⁰⁰⁵

Así, aunque la CCPT acudió tempranamente a la idea de proporcionalidad en el marco del control abstracto de norma, como se indicó líneas

la Constitución de 1852, art. 121, Título XI de las Garantías, establece igualmente que “[...]en todo impuesto se guardará la proporción con los haberes o industria de cada ecuatoriano”; la Constitución de 1861, art. 116, Título XI de las Garantías indica que “[...]en todo impuesto se guardará la proporción posible con los haberes e industria de cada persona”. De forma idéntica, en la Constitución de 1869, art. 101, Título XI de las Garantías, se menciona que “[...] en todo impuesto se guardará la proporción posible con los haberes e industria de cada persona”; la Constitución de 1878 reproduce lo mismo en su art. 17, num. 2, lit. l c) del Título II, Sección III; la Constitución de 1884, art. 26, Título IV de las Garantías, reitera, al igual que las anteriores, que “[...] en todo impuesto se guardará la debida proporción con los haberes e industrias del contribuyente”; la Constitución de 1897 lo vuelve a concebir en iguales términos en su art. 17, Título IV de las Garantías y la Constitución de 1906 lo recoge de la misma manera en su art. 17, Título V de las Garantías Nacionales. La Constitución de 1928 en sus disposiciones transitorias hace referencia a la proporción en materia de representación electoral; la Constitución de 1945, art. 23 se refiere igualmente a la representación proporcional en materia electoral, pero también habla en su art. 148, Sección V del Trabajo, de que los trabajadores serán partícipes de las utilidades de las empresas en la forma y proporción que fije la ley; la Constitución de 1946 retoma en su art. 182, Título II de las Garantías, que “no se pueden crear impuestos u otros ingresos públicos sino en virtud de una ley y en proporción a la capacidad económica del contribuyente”; la Constitución de 1967, art. 71, vuelve sobre el tema de la representación proporcional en materia electoral, esta vez en referencia de las minorías, la Constitución de 1979, art. 34, habla igualmente de la representación proporcional a las minorías; la Constitución de 1998, art. 24, num. 2, Capítulo II, avanza en consagrar como garantía del debido proceso el principio de proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones en su art. 99 se refiere a la representación proporcional de las minorías y en su art. 256 relaciona la proporcionalidad con el régimen tributario. Así, hasta llegar a la Constitución de 2008, en donde como se dejó anotado en el presente estudio, existen varias disposiciones relativas al principio de proporcionalidad.

¹⁰⁰⁵ Puede verse, por ejemplo, en la sentencia de la Corte 022-12-SIN-CC, 25, de 07 de junio de 2012, donde se hace una referencia al principio de igualdad tomada del voto salvado del juez A. Cancado Trindade en el caso Acosta Calderón vs. Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). También la sentencia 027-12-SIN-CC, 11-2, de 21 de junio de 2012, en la que se recurre a la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y a la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, ratificada por la Asamblea General de la ONU en 1965, para referirse al principio de igualdad. En la Primera Corte Constitucional se pueden encontrar casos como la sentencia 015-15-SIN-CC, 13 de 29 de abril de 2015, en la cual se hace una referencia a la Corte IDH, así como al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en relación con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, para desarrollar el principio de igualdad en relación con una idea de proporcionalidad. Asimismo, la sentencia de la CC 006-14-SIN-CC, p. 13; de 24 de septiembre de 2014, donde, para dotar de contenido al principio de igualdad, se recurrió a la misma referencia, a la Corte IDH así como al TEDH, en relación con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

atrás, su invocación fue descriptiva y general, dirigida a interpretar otros principios fundamentales como el de la igualdad.

En efecto, en la sentencia 002-09-SIN-CC, en el cual se demandó la inconstitucionalidad de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, en relación con los requisitos para poder acceder al cargo de director general y subdirector de la Unidad de Inteligencia Financiera, la CCPT abordó de manera poco consistente el principio de proporcionalidad y lo vinculó de forma directa con el principio de igualdad.

En el caso en referencia, la Corte indicó: “En relación al principio de igualdad, no se ha verificado la vulneración acusada, pues los destinatarios de la ley requieren el reconocimiento de la diferencia, ya que la generalidad del acceso al cargo público es la profesión; sin embargo, la medida legislativa aquí cuestionada es proporcional ya que exige la verificación de tres supuestos[...]. En ese orden de ideas, satisfacen los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, aquellos límites que inequívocamente permiten asegurar la realización de los principios que orientan la función pública”.

Es decir, en este caso, la Corte no solo invirtió el orden lógico de su argumentación, al afirmar, primero, que la norma cuestionada era proporcional, para luego indicar los “tres supuestos” –como lo llama inicialmente la Corte– que integran el juicio de proporcionalidad, sino que, además, no diferenció el principio de proporcionalidad de una idea general de razonabilidad.

Conviene destacar que esta sentencia sentó lo que sería una constante en las decisiones de la Corte, consistente en admitir, que es al legislador en ejercicio de su autonomía, a quien corresponde configurar con criterios de oportunidad y conveniencia el ejercicio de los derechos, situación que será confirmada en una serie de casos siguientes tanto por la CCPT, como por la Primera Corte Constitucional.¹⁰⁰⁶

Poco después, y al igual que sucedió en la sentencia 002-09-SIN-CC, la sentencia 002-10-SIN-CC, en la que se resolvió sobre la impugnación de un acuerdo ministerial para la elección de abanderados en los planteles de educación del país a la luz del principio de igualdad, la CCPT manifestó: “[...] somos iguales ante la Constitución, pero no ante la ley: la igualdad es la Constitución, la diversidad son las leyes. Justamente la igualdad constitucional no prohíbe que el legislador diferencie, lo que prohíbe es que di-

¹⁰⁰⁶ Véase la sentencia de la CC 002-09-SIN-CC, de 14 de mayo de 2009. Dicho reconocimiento es ratificado en varias sentencias de la Corte, por ejemplo, los fallos: 002-10-SIN-CC, de 08 de abril de 2010; 007-10-SIN-CC, de 15 de julio de 2010; 002-011-SIN-CC, de 21 de junio de 2011; 003-11-SIN-CC, de 21 de junio de 2011; 010-12-SIN-CC, de 17 de abril de 2012; 019-12-SIN-CC, de 26 de abril de 2012; 007-13-SIN-CC, de 25 de abril de 2013; 008-13-SIN-CC de 13 de junio de 2013; 010-13-SIN-CC, de 25 de septiembre de 2013.

ferencia de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada [...] De acuerdo con el criterio de proporcionalidad, una distinción, aun siendo razonable en función de la naturaleza y fines del derecho o institución específicos de que se trate, sería discriminatoria si no se adecua a la posición lógica de ese derecho [...]”¹⁰⁰⁷

En dicha sentencia se asumió que la diferencia de trato debe ser proporcionada y razonable en relación con la finalidad perseguida. Es decir, nuevamente se vincularon los conceptos de proporcionalidad y razonabilidad en torno a la idea de igualdad, sin haber definido el ámbito de acción o relación de cada uno de estos principios.

Debe destacarse que en los casos 002-10-SIN-CC y 002-09-SIN-CC, anteriormente referidos, la Corte reconoció en su análisis, la especial tarea interpretativa que tiene que ser desarrollada con respecto al ejercicio del control de constitucionalidad cuando el parámetro que tiene que ser concretado se configura sobre la base de normas generales y abstractas.

Adicionalmente, como en otros casos,¹⁰⁰⁸ en la sentencia 002-10-SIN-CC, el órgano jurisdiccional haría una referencia general a conceptos como neoconstitucionalismo, afirmando el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derechos y Justicia que trae consigo la Constitución vigente.¹⁰⁰⁹

Ahora bien, independientemente de dichas referencias, la concreción de una idea de proporcionalidad como principio interpretativo, ha sido más bien confusa y tan solo enunciativa a lo largo varias sentencias.

Así, por ejemplo, en ninguna de las sentencias citadas la Corte desarrolló un estándar estricto de aplicación del principio de proporcionalidad con los subjuicios que lo integran. Más bien, se lo utilizó de forma imprecisa y general, relacionándolo directamente con el principio de igualdad y/o razonabilidad.¹⁰¹⁰

Conforme se ha venido evidenciando en el segundo capítulo de este trabajo, el principio de proporcionalidad tiene un carácter relacional, en el

1007 Véase la sentencia de la Corte Constitucional 002-10-SIN-CC, de 08 de abril de 2010.

1008 Puede consultarse, por ejemplo, la sentencia de la Corte Constitucional 003-09-SIN-CC, de 23 de julio de 2009. En este caso, la referencia al concepto de neoconstitucionalismo es general. También, la sentencia 007-13-SIN-CC, de 25 de abril de 2013, que, refiriéndose al tema de la interpretación constitucional, hace alusión al neoconstitucionalismo como la corriente que inspira al texto constitucional ecuatoriano.

1009 Existen otros casos en que la Corte se ha referido al nuevo modelo de Estado y al cambio de paradigma que supone. Por ejemplo, en la sentencia 0027-12-SIN-CC, p. 12, de 21 de junio de 2012 y, 001-10-SIN-CC, p. 33, de 28 de marzo de 2010.

1010 En la sentencia 017-12-SIN-CC, de 26 de abril de 2012, la Corte, haciendo uso de la institución del precedente constitucional, se refirió a un criterio de razonabilidad ligado al concepto de igualdad.

sentido de que no es predicable de una actuación considerada aisladamente.¹⁰¹¹ La proporcionalidad se articula, siempre, en torno a una relación que supone un medio utilizado y un fin propuesto.

Es decir, se trata de un principio de *medio-fin* que se diferencia de otros principios interpretativos, entre ellos, los de la razonabilidad, concordancia práctica,¹⁰¹² igualdad y ponderación como juicio autónomo.

Pues bien, comenzando por la relación existente entre proporcionalidad y razonabilidad, dichos principios no han recibido en la CCPT un tratamiento claro sobre su alcance y aplicación práctica, llegando en algunos casos a incluirse una tercera noción, como es la idea de “racionalidad”.¹⁰¹³

Así, el juicio de “razonabilidad también obliga a tener en cuenta la finalidad perseguida por la medida objeto de control. Pero dicho juicio se limita sobre todo a la idoneidad de dicha medida para alcanzar su finalidad [...]”,¹⁰¹⁴ y es que, en efecto, una medida es irrazonable si con ella no puede alcanzarse dicha finalidad.

Si bien “una medida innecesaria o desproporcionada también puede calificarse de irrazonable, los requisitos de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, como *subjuicios que forman parte del juicio de proporcionalidad en forma amplia*, incorporan una dimensión comparativa que va más allá de la adecuación medio-fin”,¹⁰¹⁵ a la cual se limita la razonabilidad.

Recuérdese que lo que se busca en el subjuicio de idoneidad es determinar si el medio empleado es útil para alcanzar una finalidad pretendida, en tanto que el subjuicio de necesidad acostumbra a ser mucho más complejo, dado que no tiene por objeto la relación causal entre la medida impugnada y su pretendida finalidad, sino la comparación entre dos medidas alternativas para alcanzarla, la menos lesiva al bien jurídico protegido y, finalmente, el subjuicio de proporcionalidad en sentido estricto, íntimamente relacionado con una idea más primaria de proporcionalidad, pretende que se alcance un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

1011 González Beilfuss, *El principio*, 81.

1012 A este respecto, para Bernal Pulido “[...] el principio de proporcionalidad en sentido amplio y sus subprincipios no se oponen a la concordancia práctica, sino que por el contrario, son un medio para hacerla efectiva” en la medida en la que, a pesar de que el resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad consiste en la atribución de carácter definitivo a las normas o posiciones que se adscriben a uno de los derechos fundamentales en conflicto, dicha consecuencia solo es posible hacerla efectiva si se tienen en consideración unos derechos que se encuentran en igualdad de condiciones. Véase Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 557.

1013 Véase la sentencia de la Corte 002-11-SIN-CC, p. 38, de fecha 21/06/2011, done la Corte, tras haber analizado lo que llama un test de razonabilidad, dijo: “[...] cabe señalar que la racionalidad debe legitimar la proporcionalidad de la norma que se utiliza a la luz de la Constitución [...]”.

1014 González Beilfuss, *El principio*, 83.

1015 *Ibid.*

La proporcionalidad, a diferencia de la razonabilidad, incorpora una idea más amplia de la actividad de control. Es decir, estaría relacionada no solo con la finalidad perseguida por la medida objeto de control, como elemento propio del juicio de razonabilidad, sino que integraría, además, un juicio de necesidad y un juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

De ahí que, a pesar de que pueda existir un punto de contacto entre estos principios, “razonabilidad y proporcionalidad no constituyen pues, ni parámetros intercambiables, ni juicios que tiene que ir en el mismo sentido. Aunque en el juicio de proporcionalidad la razonabilidad se corresponde con el requisito de la idoneidad, la razonabilidad constituye un parámetro autónomo de control que tiene otro fundamento constitucional”.¹⁰¹⁶

No obstante, de los casos citados se desprende que cuando la CCT ha invocado el principio de proporcionalidad en sus sentencias, lo ha hecho de forma muy precaria y genérica, revelando la poca claridad que tenía del concepto, así como de su ámbito de su aplicación práctica.

Algo similar ha ocurrido, por su parte, en relación entre el principio de proporcionalidad y el principio de igualdad. Esta falta de definición y precisión de las categorías normativas utilizadas se ve alimentada porque la Corte, en sus sentencias, vincula de forma directa el principio de proporcionalidad al principio de igualdad, sin aportar claridad en el uso de los términos.

Y es que, de entrada, como lo refiere Markus González, “hay que tener en cuenta que el carácter relacional de ambos principios no es coincidente”.¹⁰¹⁷ Mientras en el principio de igualdad dicho carácter viene dado por la necesaria integración del término de comparación en relación con su aplicación,¹⁰¹⁸ en el principio de proporcionalidad, su carácter relacional deriva de que la medida objeto de control sea analizada desde la perspectiva de su finalidad.¹⁰¹⁹

En el caso del principio de igualdad “la integración del término de comparación es tan intensa que altera el objeto material de control,¹⁰²⁰ mientras

1016 *Ibíd.*

1017 *Ibíd.*, 86.

1018 No se trata, en el caso del principio de igualdad, de un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que incluye otro régimen jurídico que actúa como término de comparación. Como indica Markus González, un régimen jurídico no es, pues, discriminatorio en sí mismo, sino únicamente en relación con otro régimen jurídico. Sin embargo, se trata de una afirmación que debe ser matizada en algunos casos en que el principio de igualdad es llenado de contenido por una norma constitucional concreta, susceptible de ser vulnerada por un régimen jurídico aisladamente considerado. Véase Markus González Beilfus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa* (Madrid: CEPC, 2000), 22 y nota 30.

1019 González Beilfus, *El principio*, 86.

1020 Puesto que, en muchos casos, lo que se exige es un tratamiento diferenciado que obliga a los poderes públicos a huir de la igualdad formal para alcanzar una igualdad material o efectiva.

que en el caso de la proporcionalidad la incorporación de la finalidad no impide que la medida impugnada continúe siendo el único objeto de control".¹⁰²¹

Ciertamente, existe una estrecha vinculación entre el principio de igualdad y el de proporcionalidad, puesto que "la adopción de medidas desproporcionadas vulnera propiamente los derechos limitados por las intromisiones en cuestión, e, independientemente, puede infringir el principio de igualdad".¹⁰²²

Sin embargo, igualdad y proporcionalidad no coinciden exactamente. El principio de igualdad actúa equilibrando y enlazando y el de proporcionalidad lo hace aislando e individualizando la medida objeto del control.¹⁰²³

En efecto, mientras en el principio de igualdad "la relación que necesariamente existe entre los supuestos objeto de comparación es tan estrecha que la vulneración de dicho principio solo es predicable respecto de la relación inter normativa entre ambos, en el caso de la proporcionalidad esta se afirma o niega respecto de la medida objeto de control".¹⁰²⁴

Este diferente carácter relacional fue puesto de manifiesto por Lerche, al señalar, como ejemplo, que Robinson Crusoe no podría haber sido tratado por un hipotético poder de forma discriminatoria en su isla, ya que no existen términos de comparación, pero sí de forma desproporcionada.¹⁰²⁵

Tal diferenciación resulta relevante, ya que la misma CCE, en casos donde abordó el principio de igualdad en el marco del control abstracto de norma, indicó que "todas las fórmulas de igualdad encierran algún tipo de comparación que surge del reclamo de trato igualitario, en dos sentidos: 1. Alguien que es tratado de la misma manera porque considera que no hay razones para ser tratado de forma diferente; 2. Alguien que es tratado como otros considera que debe ser tratado en forma diferente porque hay una circunstancia relevante que justifica un trato diferenciado".¹⁰²⁶

Es decir, la propia Corte se ha referido a lo que ha denominado *tentium comparationis*, que sirve para remitirse a factores de igualación o desigualación en relación con una medida enjuiciada dentro del juicio de igualdad,¹⁰²⁷ y que no necesariamente alcanzan a la proporcionalidad como principio.

1021 González Beilfuss, *El principio*, 86.

1022 González-Cuellar, *Proporcionalidad y derechos*, 60.

1023 *Ibid.*, 59.

1024 González Beilfuss, *El principio*, 81.

1025 *Ibid.* Sobre este mismo ejemplo y sobre otras diferencias que están presentes en el principio de igualdad y el principio de proporcionalidad puede verse González-Cuellar, *Proporcionalidad y derechos*, 59 y s.

1026 Véase la sentencia de la Corte 027-12-SIN-CC, de 21 de junio de 2012.

1027 Véase las sentencias de la Corte 002-09-SIN-CC, de 14 de abril de 2009 y 007-10-SIN-CC, de 15 de julio de 2010.

Por otro lado, la Corte, en las sentencias 007-10-SIN-CC y 027-12-SIN-CC, en las que entró a conocer algunas demandas de inconstitucionalidad de normas con fundamento en el principio de igualdad, nada dijo del principio de proporcionalidad, como lo había hecho en los casos 002-10-SIN-CC y 002-09-SIN-CC. Es decir, en unos casos ha abordado y analizado el principio de igualdad a la luz del principio de proporcionalidad y, en otros, analizando en el mismo principio de igualdad, nada ha dicho con relación al principio de proporcionalidad.

Por tanto, puede decirse que la jurisprudencia de la Corte no ha sido constante y uniforme en la utilización de estos conceptos. Parecería que en la sentencia 027-12-SIN-CC a diferencia de los casos 002-09-SIN-CC y 002-010-SIN-CC, la Corte habría contribuido a no enmarañar el uso de los términos dando un paso hacia delante en la distinción de los conceptos. No obstante, tampoco se verificó, en dicha sentencia, un esfuerzo mayor de definición y concreción del contenido normativo de las categorías utilizadas.

Otro caso patente de falta de definición del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la CCT es la sentencia 005-09-SIN-CC, en la que el ejercicio del control abstracto de norma recayó sobre un Decreto Ejecutivo de declaratoria de estado de excepción. Debido a que la CRE indica que el estado de excepción debe observar entre otros, los principios de proporcionalidad y razonabilidad,¹⁰²⁸ lo cual le habría permitido concretar el alcance de cada principio en relación con una situación excepcional,¹⁰²⁹ así como una oportunidad precisa para ejercer el control sobre los excesos de poder que afectan a los derechos fundamentales, asegurando la fuerza normativa de la Constitución, sin embargo, en el voto de mayoría no hubo mayor análisis respecto del principio de proporcionalidad, más allá de la cuestionada referencia a una relativización del principio de temporalidad, en función, dijo la Corte, de su excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad,¹⁰³⁰ permitiendo que dichas declaratorias de excepción se extiendan en el tiempo.

Por su parte, el voto salvado tampoco delimitó de forma clara el principio de proporcionalidad respecto del principio de razonabilidad cuando manifestó: “[...] se desprende que no se ha dado cumplimiento al principio

1028 Véase el art. 164, inc. 2 de la CRE.

1029 Aun cuando en la figura de estado de excepción está clara la conexión de los principios a ser controlados.

1030 Un análisis interesante respecto de la instrumentalización de los estados de excepción por parte del Ejecutivo, así como del deficiente control de constitucionalidad sobre los mismos, puede verse en Agustín Grijalva, Elsa Guerra y Dunia Martínez, “Límites constitucionales al poder Ejecutivo”. En *Derecho Constitucional e instituciones políticas. Derechos humanos y justicia constitucional. Ensayos en honor al Prof. Hernán Salgado P.* (Quito: CEP, 2015), 99 y s.

de necesidad del estado de excepción, lo cual se halla ligado al principio de proporcionalidad y razonabilidad, denotándose que la declaratoria de estado de excepción no es proporcional frente a una aparente crisis de una empresa estatal, tornándose aquello no razonable[...].¹⁰³¹

La amplia discrecionalidad de valoración con la que la Corte ha interpretado y aplicado el principio de proporcionalidad resulta patente. Esto es especialmente evidente, en su jurisprudencia inicial, en la que la alusión a dicho principio no pasa de ser un mero enunciado general y disperso, sin mayor concreción, análisis o aportación que ayude a dotar de contenido al mismo.

En la dimensión más clásica del principio de proporcionalidad, como es la relativa a las sanciones en relación con las infracciones, la Corte, en el fallo 004-12-SIN-CC que se refiere a una impugnación de una Ordenanza Metropolitana que sancionaba el uso de suelo por parte de los vehículos privados, se limitó a indicar que la norma cuestionada no transgredía dicho principio.

Consecuentemente, en el caso analizado, a la Corte le bastó decir que no existía falta de proporcionalidad entre la infracción cometida y la sanción administrativa impuesta por los municipios respecto de las normas que regulan el uso de suelo,¹⁰³² sin desarrollar ningún test de proporcionalidad que se oriente a justificar tal posición, e independientemente de otros argumentos que hubiera podido aportar el órgano jurisdiccional.

En el mismo sentido, en la sentencia 010-12-SIN-CC, la misma CCT indicó que procedería a realizar un análisis de la norma impugnada, –Ley de Impuestos para la Junta de Beneficencia de Guayaquil–, con el fin de determinar si la medida impositiva de carácter tributario que contenía era proporcional. Sin embargo, el anunciado ejercicio interpretativo, en realidad, no pasó de una simple enunciación retórica, sin que se desarrollara una concreción del principio y de su aplicación.

Es decir, en este caso no se realizó ningún test de proporcionalidad de la medida enjuiciada que hubiera llevado a la convicción razonable y

1031 Véase el voto salvado de la sentencia de la Corte 005-09-SIN-CC, p. 6, de fecha 03/09/2009.

1032 En este fallo, la Corte sostuvo: “[...]los municipios, a través de las ordenanzas, expiden normas por las cuales regulan aspectos relacionados con sus atribuciones y competencias, disponiendo las sanciones que correspondan por la inobservancia o transgresión de tales normas, dependiendo también de la gravedad de las mismas (por ejemplo no contar con permisos de funcionamiento de locales comerciales, construir o efectuar reparaciones a los inmuebles sin contar con los planos y permisos respectivos, lotizar terrenos sin contar con la autorización y permisos correspondientes, etc.); por tanto, la sanción administrativa que impone el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, por estacionar vehículos en lugares prohibidos, en contravención de las normas que regulan el buen uso del suelo, no transgrede el principio de proporcionalidad ente infracción y sanción”.

controlable de la Corte de que tal medida no era desproporcional y, en consecuencia, era conforme a la Constitución.¹⁰³³

Cosa similar ocurrió en la sentencia 005-12-SIN-CC, en la que de forma muy genérica y enunciativa, frente a una demanda de impugnación de un acuerdo ministerial que imponía un pago de registro a las empresas de vigilancia y seguridad privada, analizando el ejercicio del derecho a una actividad económica-empresarial, la Corte sostuvo: “[...] La interpretación proporcional de este derecho nos conduce a observar que el requisito de pago por concepto de gastos administrativos no restringe la actividad empresarial de las compañías de vigilancia y seguridad privada, ya que al establecer un costo por la actividad administrativa de registro no se está coartando el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, sino que se protege el interés de la sociedad en la regulación de las actividades en las que se encuentra comprometida la seguridad interna del Estado”.¹⁰³⁴

Independientemente de lo acertado o no de la decisión adoptada, tampoco en el caso en mención se estructuró un test de proporcionalidad que integrara en debida forma los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Y sin embargo, la “formalización” del principio de proporcionalidad es lo que puede hacer de este, un parámetro de control objetivo de mayor calidad.

En alguna otra ocasión, como por ejemplo, en la sentencia 011-12-SIN-CC, cuando la Corte indica que una resolución del Consejo Nacional Electoral que exige la presentación del certificado de haber sufragado no limita el ejercicio de los derechos, ni impone una exigencia injustificada que genere una desigualdad salvo el caso de los trámites jurisdiccionales, se pudo haber recurrido a una utilización racional y controlable del principio de proporcionalidad para reforzar el razonamiento del órgano jurisdiccional, pero la argumentación no se encaminó en dicho sentido. Las referencias genéricas primaron en la argumentación de la Corte.

Este uso poco depurado y más bien intuitivo y discrecional de la aplicación del principio de proporcionalidad durante los primeros años de la Corte también generó una falta de claridad sobre aspectos dogmáticos de la teoría general de los derechos, dada la importancia que, a pesar de todo,

1033 En esta sentencia, la Corte manifestó: “Frente a aquello, esta Corte debe realizar un ejercicio de interpretación constitucional en donde determine si la medida impositiva es proporcional con el objeto y finalidad para el cual está destinado este impuesto. Al respecto, se colige que el impuesto en cuestión resulta absolutamente necesario y legítimo a la luz de todos los servicios sociales que presta la Junta de Beneficencia de Guayaquil[...]es decir, por medio de este impuesto la sociedad se ve ampliamente retribuida, por tanto la medida adoptada es completamente proporcional y guarda armonía con el marco constitucional al propender la protección de varios derechos sociales[...]”.

1034 Véase la sentencia de la Corte 005-12-SIN-CC, p. 14, de 29 de abril de 2012.

el órgano de justicia constitucional, en ocasiones, ha dado a la proporcionalidad en relación con la tutela de los derechos fundamentales, principalmente el principio de igualdad, como se indicó líneas atrás.

El uso de una retórica dispersa y confusa ha contribuido a que la Corte no mantenga una definición consistente del principio de proporcionalidad y de otros elementos de la teoría general de los derechos.

En el caso 009-10-SIN-CC,¹⁰³⁵ la Corte parece abandonar la idea de que el contenido del derecho es aquello que queda después de un ejercicio de proporcionalidad, tal como se puso de manifiesto en el capítulo segundo de esta investigación, asumiendo de forma imprecisa además, –entre una teoría absoluta y una teoría mixta del contenido de los derechos–, que en todo derecho existe un núcleo duro e indisponible.

Ello no solo pone en duda cuál sea la posición de la Corte frente a una teoría del contenido de los derechos adoptada en otras sentencias,¹⁰³⁶ sino que genera una fuerte inseguridad respecto del actuar argumental de la Corte, a causa de un ejercicio hermenéutico poco depurado, lo cual, sin duda, contribuye a minar su autoridad. Para ello, basta recordar que en la sentencia 0001-11-SIN-CC, la Corte reconoció que “la legitimidad de una CC depende fuertemente de la capacidad de argumentar su interpretación de la Constitución, y apelar mediante tal interpretación a las opciones y valores ciudadanos. Como bien lo dice Robert Alexy: los jueces constitucionales ejercen una representación argumentativa”.

Al margen de lo anotado, un esfuerzo interesante por desarrollar el contenido y el sentido del principio de proporcionalidad con los subjucios que lo integran, es decir, de concreción del contenido normativo del principio, lo constituye la sentencia 002-11-SIN-CC, en la que se resolvió sobre la constitucionalidad de Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.¹⁰³⁷

1035 Véase la sentencia de la Corte 009-10-SIN-CC, p. 33, de 09 de septiembre de 2010. El grado de impresión es aún mayor cuando, a pesar de que la Corte parece haber tomado una idea de contenido esencial absoluto de los derechos en su argumentación, en la misma sentencia indica: “[...]Los privilegios excesivos anotados, al no ser parte del núcleo central del derecho, se encuentran a la periferia, es decir, su eliminación no implica violencia en contra de los derechos laborales de los trabajadores, por lo tanto, las prebendas al no ser parte sustancial del derecho protegido, su aniquilación no implica un perjuicio para la existencia misma de los derechos laborales, y por lo tanto, no se constituye su revisión en un factor de regresividad para el ejercicio de sus derechos[...]”. Es decir, parece haber oscilado hacia una teoría mixta del contenido de los derechos.

1036 Véase por ejemplo, las sentencias de la Corte 012-09-SEP-CC, de 14 de julio de 2009 y 009-10-SIN-CC, de 09 de septiembre de 2009 referida en este mismo trabajo en el apartado dedicado a la teoría relativa del contenido de los derechos.

1037 En esta sentencia, la Corte entró a conocer algunos problemas relativos a la demanda de inconstitucionalidad, tanto formal como material. En la forma, se cuestionó por parte del

En dicha sentencia, luego de una enunciación poco favorable al uso método tópico así como al principio de unidad constitucional y del criterio de interpretación finalista, la Corte indicó que procedería en el análisis de la norma impugnada sobre la base de “un test de razonabilidad y proporcionalidad”.¹⁰³⁸

Efectivamente, en este caso, la CCT identificó por separado lo que llama un test de razonabilidad y un test de proporcionalidad,¹⁰³⁹ desarrollando en el marco del control abstracto de norma los subjuicios o subprincipios del principio de proporcionalidad, frente a la imprecisión con la que se había venido manejando hasta ese momento.

Así, evidenció de forma autónoma lo que llamó el subprincipio de idoneidad, el subprincipio de necesidad y, también, un tercer subprincipio, el de proporcionalidad, como ingredientes del principio de proporcionalidad en sentido amplio.

A pesar de la falta de precisión técnica en la denominación del tercer subprincipio, la CCPT, en el caso que se comenta, pasó a dotar de una definición y contenido básico a cada uno de los subjuicios que integran el principio de proporcionalidad en sentido amplio con el fin de desarrollar el test propuesto.¹⁰⁴⁰

No obstante, si bien la Corte definió correctamente el alcance de cada uno de los subprincipios o subjuicios del test, su aplicación no fue la más precisa. Confirmada la idoneidad en el caso concreto, en el juicio de necesidad, el órgano jurisdiccional, a pesar de que alcanzó a definirlo de forma adecuada, terminó por justificar que la vigencia de la norma encontraba un respaldo en el marco de la propia Constitución, desatendiendo el juicio valorativo que impone el análisis de la necesidad de la medida empleada.

Es decir, desconociendo que el subjuicio de necesidad no tiene por objeto la relación causal que existe entre la medida cuestionada y su pre-

legitimado activo: 1. La finalidad de la ley, ya que la misma, a su juicio, debía tener el carácter de orgánica, 2. Que la iniciativa fuera exclusiva del Presidente de la República, 3. El respeto al principio de unidad de la materia, al haber regulado en un solo cuerpo normativo diferentes registros. Por otro lado, en cuanto a la inconstitucionalidad de fondo, se alegaron como derechos fundamentales violados: la seguridad jurídica, el derecho a la intimidad, la prohibición constitucional de confiscación, entre otros.

1038 Véase la sentencia de la Corte 002-11-SIN-CC, p. 9, de 21 de julio de 2011.

1039 Vale mencionar que en este fallo, el aparatado de la Corte que llama test de razonabilidad, más allá de una argumentación retórica, no cumplió con desarrollar, con una exigencia metodológica, un test propiamente dicho.

1040 En lo que respecta a la definición del subprincipio de necesidad, la Corte no es clara. Sin embargo, su argumentación se enmarca dentro de lo que la teoría del derecho exige para definir el subjuicio de necesidad.

tendida finalidad, sino la comparación entre dos medidas alternativas en relación con un mismo fin,¹⁰⁴¹ la Corte diluyó la fundamentación correcta de la aplicación del principio.

Por otro lado, tampoco se hizo ninguna mención al grado de afectación de la medida a los derechos en relación al fin propuesto. Dicho en otras palabras, no se verificó el grado de intensidad de la intervención de la medida cuestionada sobre los derechos fundamentales, siendo que una intervención legislativa leve sobre los derechos habilita un control menos intenso de la medida, en tanto que una intervención intensa sobre los mismos debe ser objeto de un control material más riguroso.¹⁰⁴²

Como sucedió con los casos 004-12-SIN-CC, 005-12-SIN-CC o 010-12-SIN-CC, donde la referencia de la Corte al principio de proporcionalidad solo fue enunciativa y genérica, sin haber desarrollado ningún test de proporcionalidad en debida forma, también la sentencia 019-12-SIN-CC, a pesar de que contaba con el antecedente de la sentencia 002-11-SIN-CC (donde, de alguna manera, se había definido la estructura básica del principio a partir de los subjuicios que lo integran) dejó pasar la ocasión de dar un contenido riguroso a algún test que reflejara una utilización controlable del principio.

En este caso, el órgano de revisión constitucional, más allá de indicar que resultaba preciso analizar la norma cuestionada a la luz del principio de proporcionalidad en el marco de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto,¹⁰⁴³ añadiendo una argumentación general en torno a la idoneidad del fin, no terminó por concretar cada uno de los subjuicios de una manera clara y precisa.

Como se evidencia, la temprana utilización del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte, con sus pequeños avances y múltiples inconsistencias, no se vio acompañada por una concepción clara y uniforme de su aplicación a los casos concretos. Es decir, no se establecieron perfiles definidos en la jurisprudencia constitucional acerca de la utilización del principio.

1041 González Beilfus, *El principio*, 104.

1042 Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 789. Un caso en que la CCPT ha procedido de alguna manera a realizar un juicio de intensidades es el resuelto por la sentencia 002-09-SAN-CC, de 02 de abril de 2009. Se trata de una acción por incumplimiento contra un pronunciamiento del Procurador General del Estado, Gerente General y Subgerente Regional de la Corporación Aduanera ecuatoriana.

1043 Véase la sentencia de la Corte 019-12-SIN-CC, 20, de 26 de abril de 2012. Cabe destacar que en este caso, a diferencia de lo que sucedió con la sentencia 002-11-SIN-CC, de 21 de junio de 2011 donde el tercer subjuicio del test de proporcionalidad fue calificado, solamente, como subprincipio de proporcionalidad, aquel fue denominado como proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, de una forma más técnica.

Probablemente, las causas que permiten explicar por qué la Corte apenas se esforzó en definir y concretar el contenido normativo del principio de proporcionalidad son varias: por un lado, la propia indeterminación del concepto de *proporcionalidad*, que parece remitir a una genérica relación entre dos elementos –medio y fin– ligado a un valor de justicia; por otro lado, el surgimiento de una Corte nueva encargada de dar vigencia efectiva al nuevo texto constitucional de 2008; finalmente, la dificultad de concretar los contornos difusos de un concepto de carácter abierto, que tiene relación con otros principios interpretativos.¹⁰⁴⁴

Ejercicios de jurisprudencia dispersos, poco precisos y más bien intuitivos en relación al principio de proporcionalidad, constituyen una constante en el período inicial de la CCPT, a pesar de que algunos estudios hayan reflejado de manera general –sin una referencia a un principio en concreto, sino, más bien, a algunas competencias generales de la Corte–, que el parámetro de claridad conceptual utilizado por el órgano de revisión ha observado una tendencia a la mejora.¹⁰⁴⁵

b) La dificultad contramayoritaria y la práctica deliberativa

En lo que tiene que ver con el anunciado problema de la dificultad contramayoritaria, la CCPT haciéndose eco de tal situación –lo cual demuestra la importancia y vitalidad del debate en relación al papel que deben jugar las altas cortes dentro del Estado democrático a efectos de alcanzar el grado de legitimidad deseable–, lo abordó en la sentencia 019-12-SIN-CC, de forma poco satisfactoria.¹⁰⁴⁶

Se trata de un caso muy particular para la Corte, puesto que los legitimados activos dentro del proceso en mención eran miembros del cuerpo legislativo, que impugnaban la constitucionalidad del art. 1 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, lo cual reunía en torno a la mesa de debate a los principales actores del juego contramayoritario (Parlamento y Corte).

En este proceso, desarrollando el principio de supremacía de la Constitución en el marco del control de constitucionalidad de las leyes, y rescatando la relevancia del problema inherente a la dificultad contramayoritaria, la Corte afirmó que “[...] los jueces deben justificar sus intervenciones de forma axiológica, mediante mecanismos interpretativos”,¹⁰⁴⁷ de

1044 González Beilfuss, *El principio*, 24.

1045 Al respecto ver Mario Melo Cevallos, coord., *Estudio sobre la argumentación de las sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana (enero 2010 a diciembre de 2012)*, (Quito: Centro de Derechos Humanos - Facultad de jurisprudencia-PUCE, 2015, 44.

1046 Sobre este debate, conviene remitirse al capítulo primero de este trabajo donde se abordó con algún detalle, la controversia que suscita la revisión judicial de las leyes en el Estado democrático.

1047 Véase la sentencia de la Corte 019-12-SIN-CC, p. 10, de 26 de abril de 2012.

lo que deduce posteriormente que “[...] los jueces en Ecuador tienen la última palabra sobre los derechos en prácticamente cualquier cuestión que se plantee la sociedad, *desplazando adecuadamente*, a los órganos que participan en el debate democrático”,¹⁰⁴⁸ puesto que aquéllos, “lejos de oponerse a la voluntad de la mayoría, dan efecto a la voluntad mayoritaria en efecto superior que expresa la Constitución. La Constitución posee aún mayor legitimidad democrática que la ley, y los jueces que hacen prevalecer esta última no están imponiendo su propia autoridad y capacidad epistemológica, sino la que la Constitución refleja”.¹⁰⁴⁹

A partir de esta argumentación, que pone en evidencia la preocupación de la Corte sobre el tema objeto del presente estudio, el órgano jurisdiccional pretendió dejar sentado de forma terminante que es el órgano que posee la última palabra en cualquier cuestión constitucional. No obstante, el argumento que le sirvió de sustento, como se examinó en el primer capítulo de este trabajo, dista de ser pacífico. Es más, encubre lo que podrían denominarse algunas prácticas elitistas de la revisión judicial y presupone una claridad semántica de los contenidos constitucionales que difiere de la realidad.

Así, la Corte olvidó que el argumento que subyace a la llamada “obviedad de las cláusulas constitucionales” en materia interpretativa, aunque siendo atractivo, puesto que supone que los órganos jurisdiccionales solamente intervienen para sustentar la voluntad popular declarada y contenida en forma objetivada por la Constitución, afronta algunas críticas justificadas, tales como, la apertura semántica de las cláusulas constitucionales, que dificultan su aplicación silogística, y un posible elitismo en la práctica de los órganos jurisdiccionales, entendidos como “cuerpos especiales” capacitados en materia de derechos para procurar una única solución correcta frente a cualquier problema de índole constitucional.

El argumento de la CCT, según el cual “los jueces no están imponiendo su propia autoridad sino la que la Constitución refleja”, evidencia la falta de atención oportuna a los fundamentos de la crítica que pone de manifiesto que los textos Constitucionales no siempre expresan o reflejan de forma clara una única solución correcta para todos los supuestos, al más puro estilo cognitivo de la actividad interpretativa.

Dicha actitud, pretende asegurar a la Corte un espacio dentro del orden democrático capaz de sortear la crítica contramayoritaria, pero, desatiende los cuestionamientos básicos que se han esgrimido en esa dirección.

1048 *Ibid.*

1049 *Ibid.*, 11.

La “última palabra” a la que alude la Corte ecuatoriana no puede ser utilizada para reemplazar al legislador, si, en la práctica, lo que se demuestra es un ejercicio poco consistente del derecho y sus instituciones.

Resta por decir que ese “desplazamiento adecuado” al cual ha hecho referencia la Corte en su sentencia es tolerable, únicamente, en la medida en que el marco de justificación y argumentación resulte racional y controlable.

En efecto, la práctica de la Corte da la razón a quienes critican la falta de legitimidad democrática de la justicia constitucional, cuando aducen que el orden democrático tiene todo que perder si se produce constantemente el desplazamiento del legislador por unos órganos elitistas que carecen de legitimidad democrática y dicho desplazamiento es efectuado mediante una práctica judicial defectuosa en términos argumentativos, poco permeables al debate en términos deliberativos. En un contexto tal, se daría lugar, efectivamente, al tan criticado “gobierno de los jueces”.¹⁰⁵⁰

En otro orden de cosas, pero relacionado con lo anterior, una situación que pareció como consolidada en la CCPT es su reiterada referencia a que la declaratoria de inconstitucionalidad constituye una acción de *ultima ratio* para el órgano de revisión judicial.

La aplicación que el órgano de justicia constitucional ha dado al principio *in dubio pro legislatore* puede considerarse una constante¹⁰⁵¹ en favor del legislador, aun cuando, en muchas ocasiones, a la misma Corte le ha bastado una simple enunciación general de sus criterios, sin haber desarrollado una verdadera carga argumentativa para justificar sus decisiones.

Como dato curioso, se debe dejar constancia de que en los casos en que la Corte conoció de acciones tendientes a dejar sin efecto actos normativos provenientes del Ejecutivo (Decretos Ejecutivos), aquella no procedió a declarar la inconstitucionalidad de ninguna de las normas impugnadas.¹⁰⁵² Solamente, en un caso declaró la inconstitucionalidad diferida

1050 Un análisis interesante sobre cómo la autoproclamada CCPT se habría desempeñado, con un “menosprecio de las norma constitucionales[...]” –en palabras del autor-, así como con una quiebra en la aplicación de ciertos principios constitucionales, redundando en una falta de independencia y probidad de sus miembros puede consultarse en Hernán Salgado Pesantes, “¿Guardianes o sepultureros de la Constitución de 2008?: Primer balance de la CCPT”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 17 (Madrid: CEPC, 2013).

1051 Puede ser al respecto varias sentencias de la CC, entre ellas: 007-10-SIN-CC, de 15 julio de 2010; 008-10-SIN-CC, de 15 de julio de 2010; 001-11-SIN-CC, de 14 de abril de 2011; 002-11-SIN-CC, de 21 de junio de 2011; 014-12-SIN-CC, de 19 de abril de 2012; 021-12-SIN-CC, de 07 de junio de 2012; 001-10-SIA-CC, de 16 de diciembre de 2010. (Cabe destacar que en este último caso el argumento no se encontraba controvertido por cuanto el acto impugnado había sido derogado. En tal virtud, la Corte rechazó la demanda interpuesta).

1052 Véanse las sentencias de la Corte 005-09-SIN-CC, de 03 de septiembre de 2009; 005-10-SIN-CC, de 10 de junio de 2010; 005-11-SIN-CC, de 12 de octubre de 2011 (en este caso el voto salvado aceptaba la acción propuesta); 014-12-SIN-CC, de 19 de abril de 2012; 021-12-SIN-CC, de 07

mediante una sentencia modulativa.¹⁰⁵³ Por el contrario, en los casos en que el Presidente ejerció la legitimación activa, se procedió siempre a estimar la demanda propuesta.¹⁰⁵⁴

Primera Corte Constitucional

a) El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad

En relación con la Primera Corte Constitucional, que ejerció sus funciones desde el 6 de noviembre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015 período en el que se tomó la muestra, el principio de proporcionalidad como criterio interpretativo ha sido mencionado en los fundamentos jurídicos de 49 sentencias de las 82 analizadas, mientras que el término proporcionalidad ha sido expresado en 288 ocasiones, aproximadamente, en diferentes contextos.

Si el período de estudio referido a la CCPT arrojó como conclusión la utilización de un uso intuitivo y confuso del principio de proporcionalidad, en este nuevo período, aun cuando se puede constatar una utilización más depurada del principio, no puede decirse que el mismo haya logrado consolidarse en el ejercicio de la práctica jurisdiccional de la Primera Corte Constitucional.

A pesar de que la utilización del término “proporcional” o “proporcionalidad” aparece cada vez con mayor frecuencia en el ejercicio de las tareas de revisión de la Corte, su aplicación en la mayoría de los casos sigue siendo general, dispersa y poco uniforme, aunque en casos puntuales se pueda evidenciar un criterio más refinado en su uso.

Por ejemplo, en la sentencia 010-13-SIN-CC, donde se analizó la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, así como del reglamento para el concurso de oposición y méritos para la integración del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la CC del Ecuador, luego de admitir que el legislador puede *restringir* el ejercicio de los derechos funda-

de junio de 2012; 025-12-SIN-CC, de 21 de junio de 2012; 001-10-SIA-CC, de 16 de diciembre de 2010.

1053 Véase la sentencia de la Corte 009-10-SIN-CC, de 09 de septiembre de 2010. En este caso, la impugnación recayó también sobre algunos acuerdos ministeriales. Adicionalmente, la Corte, declarando la inconstitucionalidad diferida de ciertas normas contenidas en los Decretos Ejecutivos impugnados, vinculó a la Asamblea Nacional para fuese este, el órgano que en el plazo previsto por la Corte, expidiera la normativa necesaria.

1054 Véase las sentencias de la Corte 001-12-SIN-CC, de 06 de marzo de 2012 y 016-12-SIN-CC, de 26 de abril de 2012.

mentales, concretamente el derecho de participación y acceso a la función pública, indicó que dicha limitación, restricción como lo llama la Corte, tiene que ser razonable y proporcional, respetando siempre el contenido esencial de los derechos.¹⁰⁵⁵

No obstante, a pesar de que la Corte habría manifestado que una intervención en el ejercicio de los derechos debe estar ajustada a los cánones de la razonabilidad y la de proporcionalidad, en ningún momento desarrolló una estructura o contenido de dichos principios. Sin llegar a diferenciar o desarrollar tales conceptos, su argumentación fue más bien general y repetitiva.¹⁰⁵⁶

En la sentencia que se comenta, de manera reiterada la Corte se limitó a manifestar lo siguiente: “[...] se precisa que el legislador, al establecer que quienes en los últimos 2 años hayan sido o sean directivo/a de partidos o movimientos políticos inscritos en el Consejo Nacional Electoral, o hayan desempeñado una dignidad de elección popular, no podrán postularse para la designación de consejeras y consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y demás cargos públicos a los que hacen referencia los Reglamentos impugnados, ejerció la facultad de configuración dentro de los límites constitucionales establecidos, y respetando los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, puesto que si bien la CRE de 2008 no consagra tales inhabilidades expresamente porque deja al legislador la tarea de establecerlas mediante la ley, necesariamente se entiende una medida razonable y proporcionada, en tanto lo que se pretende es asegurar un servicio público a la colectividad que se rija por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, transparencia, participación, planificación, entre otros”.

De la misma manera, en la sentencia 012-13-SIN-CC, a pesar de que la Corte se refirió, en el marco del principio de igualdad, a que toda diferencia basada en una dimensión subjetiva es sospechosa y, por ende, debe ser sometida a un “riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad”, dicha alusión a la razonabilidad y proporcionalidad no pasó de una simple enunciación.

A pesar de que en este caso se utilizó el principio de igualdad para juzgar la constitucionalidad de la norma impugnada, vinculándolo a la idea de razonabilidad y proporcionalidad, tal como había sucedido en la CCPT,

1055 Véase la sentencia de la Corte 010-13-SIN-CC, 44-47-49, de 25 de septiembre de 2013.

1056 En varios pasajes de la sentencia 010-13-SIN-CC, de 25 de septiembre de 2013, el argumento central de la Corte en torno a las facultades del legislador, así como sobre la posibilidad de limitación de los derechos fundamentales sobre la base de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, fue repetitiva.

el órgano jurisdiccional en ningún momento estructuró el anunciado “riguroso” test de razonabilidad y proporcionalidad.

Y es que la simple enunciación del principio de proporcionalidad no es una casualidad en la argumentación de la Corte. También en las sentencias 006-14-SIN-CC y 005-15-SIN-CC faltó una utilización estricta del principio de proporcionalidad, con todos los subjuicios que lo integran, a pesar de que la Corte se ha referido a él en el fundamento de sus resoluciones y aquél constituyó un argumento trascendental de su decisión.

En la sentencia 006-14-SIN-CC, independientemente de la decisión adoptada, que declaró la inconstitucionalidad parcial de la Ley de Ejercicio Profesional de Óptica y Optometría y su Reglamento, y más allá de una referencia a que el medio normativo empleado no resultaba razonable en relación con el fin propuesto,¹⁰⁵⁷ la alusión al principio de proporcionalidad como una herramienta idónea de evaluación de las decisiones que intervienen sobre derechos fundamentales solamente fue enunciativa y general.

En la sentencia 005-15-SIN-CC, algunas referencias generales sobre la razonabilidad y la proporcionalidad ligadas al principio de igualdad, así como la recurrente deferencia al legislador democrático y su margen de configuración legislativa, le sirvieron a la Corte para negar la demanda de inconstitucionalidad propuesta.¹⁰⁵⁸

Por otro lado, como ha sido común tanto en la CCPT, como en la Primera Corte, en los casos 001-14-SIN-CC, 012-13-SIN-CC, 006-15-SIN-CC y 011-15-SIN-CC se vinculó el principio de proporcionalidad al juicio de igualdad. Lo cierto es que, a pesar de existir una relación entre los principios para poder juzgar tratamientos tachados de discriminatorios, en la jurisprudencia constitucional no ha quedado del todo claro el sentido y alcance de cada uno, cuando los mismos son puestos en relación, situación que ha contribuido a la dispersión y la imprecisión general de la Corte en el momento de fundamentar sus fallos.

1057 En la sentencia en cuestión, que juzgaba la constitucionalidad de la Ley de Ejercicio Profesional de Óptica y Optometría y su Reglamento, que prohibía a los médicos oftalmólogos participar en actividades económicas tales como ser dueños, socios o accionistas de almacenes de óptica, pretendiendo satisfacer el derecho a la salud pública, se declaró que dicha previsión resultaba irrazonable. Véase la sentencia de la Corte 006-14-SIN-CC, 17, de 24 de septiembre de 2014.

1058 En esta sentencia, la Corte argumentó que la suficiencia de motivos que justifican el trato diferente aplicado al reingreso laboral de los ex servidores de la Asamblea Nacional, así como al ingreso de aspirantes a trabajar en ella, frente al reingreso laboral de los ex servidores o al ingreso de aspirantes a trabajar en las otras instituciones públicas, responde a un test de razonabilidad. No obstante, nunca desarrolló dicho test y poco sirvió dicha afirmación para clarificar el concepto del principio de proporcionalidad que manejó la Corte. Véase la sentencia de la Corte 005-15-SIN-CC, 16, de 18 de marzo de 2015.

En otros casos se abordó el tema objeto de discusión a partir del principio de igualdad, sin decir nada sobre el principio de proporcionalidad.¹⁰⁵⁹ Es decir, en unos casos se hizo una referencia expresa a la proporcionalidad en el marco de la igualdad y en otros no, demostrando así la falta de precisión de la Corte en el uso de estos conceptos, así como una fuerte dosis de discrecionalidad en su aplicación.

Aun así, de forma similar a lo que sucedió con la CCPT en la sentencia 002-11-SIN-CC, la Primera Corte Constitucional, en la sentencia 003-14-SIN-CC, sobre la Ley de Comunicación, aplicó en su sentencia un test de proporcionalidad con algún grado de concreción, pretendiendo afirmar la utilidad del principio en materia de control abstracto de norma, frente a la imprecisión con la que se había venido manejando.

Para tal propósito, la sentencia 003-14-SIN-CC tomó como referencia la 048-13-SCN-CC, acerca de una consulta de norma jurídica (Ley Reformativa al Título V, libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y la Tabla de pensiones alimenticias mínima), en la cual la Corte enfatizó el carácter relacional del principio de proporcionalidad¹⁰⁶⁰ así como la posibilidad de colisión que en el ejercicio de control abstracto puede suscitarse,¹⁰⁶¹ al confrontar los principios que subyacen a la norma cuestionada en relación con otros derechos fundamentales en juego.¹⁰⁶²

La CC del Ecuador, en varios pasajes de la sentencia 003-14-SIN-CC, estructuró un test de proporcionalidad con el fin de juzgar la constitucionalidad de las normas impugnadas, haciendo una especial mención a los diferentes subjuicios o subprincipios que integran la proporcionalidad, es decir, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido,¹⁰⁶³ incluso con una referencia a la intensidad de la intervención en relación con el grado de satisfacción del derecho.¹⁰⁶⁴

1059 Véase las sentencias de la Corte 005-14-SIN-CC, de 24 de septiembre de 2014 y 009-15-SIN-CC, de 31 de marzo de 2015.

1060 Sobre lo dicho, la Corte afirmó: “[...]Tomando en cuenta los criterios señalados, con el objeto de realizar el test que propone el principio de proporcionalidad, esta Corte deberá someter a la medida analizada al examen sobre su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto[...].” Véase la sentencia de la Corte 048-13-SCN-CC, 71, de 4 de septiembre de 2013.

1061 Debido a que, como se ha insistido en este trabajo, la proporcionalidad en sentido amplio es un método de carácter relacional que se compone de tres subjuicios o subprincipios, uno de los cuales evidencia un posible conflicto de derechos (principio de proporcionalidad en estricto sentido).

1062 En esta sentencia la Corte indicó: “[...]debe verificarse si la Tabla está encaminada a proteger un fin constitucionalmente válido y si este se halla en eventual colisión con otro”. Véase la sentencia 048-13-SCN-CC, 71, de 04 de septiembre de 2013.

1063 Véase en la sentencia de la Corte 003-14-SIN-CC, de 17 de septiembre de 2014, el análisis de los art. 18 (100 y s. del fallo), 26 (134 y s. del fallo), 42 (164 y s. del fallo) de la Ley de Comunicación.

1064 La sentencia mencionó que: “Por otra parte, el no limitar levemente el derecho de los medios de comunicación y no establecer una medida que implica una sanción en el cambio administrativo

No obstante, a pesar de haber estructurado adecuadamente las bases del test de proporcionalidad para juzgar la constitucionalidad de algunas de las normas impugnadas, en otros pasajes de la misma sentencia la Corte se limitó a decir que otras normas, lejos de contemplar un límite inconstitucional al derecho a la información, eran proporcionales, sin haber estructurado o desarrollado ningún test que diera soporte a tal conclusión,¹⁰⁶⁵ llevando el ejercicio argumental de la Corte a un juego amplio de discrecionalidad judicial.

En la sentencia 007-14-SIN-CC, cuyo objeto de control se relacionó con la impugnación de la norma de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social que exigía la renuncia previa de los funcionarios públicos antes de la convocatoria a concursos públicos o conformación de ternas, el test de proporcionalidad trazado por la Corte para juzgar el grado de intervención del legislador sobre el contenido de los derechos también incluyó una mención a los subjuicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. No obstante, el desarrollo de cada uno de ellos no fue el más adecuado.

Tanto en el juicio de idoneidad como en el de necesidad, la Corte indicó que el principio que buscaba satisfacer el legislador con la norma legal no se ajustaba al objetivo que la Corte identificó como idóneo y necesario. Sin embargo, el problema es que la carga argumentativa aportada por la Corte para estimar que la medida legislativa era *inidónea*, no agotaba en plenitud el debate motivo de la controversia, por lo que restringió el alcance de su fundamentación sin haber formulado otras hipótesis interpretativas que podrían haber llevado al órgano jurisdiccional a una conclusión diferente.¹⁰⁶⁶

Podría pensarse quizá, que este momento de invocación y aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte, sería el inicio de una paulatina institucionalización en el uso del mismo, una

para el caso de aquellos que, deliberada y reiteradamente, no difundan información de interés general, pondrá en grave riesgo el derecho de todas las persona a recibir información de los acontecimientos de interés general, por lo que una restricción leve de los derechos de los medios de comunicación para evitar un riesgo grave de vulneración de los derechos de todas las personas, indudablemente supera el examen de proporcionalidad". Véase la sentencia de la Corte 003-14-SIN-CC, 102, de 17 de septiembre de 2014.

¹⁰⁶⁵ Véase la sentencia de la Corte 003-14-SIN-CC, 124-5, de 17 de septiembre de 2014.

¹⁰⁶⁶ Esta afirmación resulta relevante, desde el momento en el que, en aplicación del principio de proporcionalidad, la Corte identificó como el objetivo idóneo y principal, garantizar el principio de eficiencia administrativa dentro de la administración pública, frente a la renuncia con ciento ochenta días de anticipación que exige la Ley a los servidores públicos, previamente al concurso de méritos y oposición o conformación de ternas. En este sentido, una identificación de tal principio como objetivo válido condujo a la Corte a afirmar que la ley era desproporcionada, sin haber agotado otras hipótesis interpretativas fundadas en otros principios, lo cual, probablemente, hubiera conducido a un resultado diferente.

vez precisado su contenido normativo y su estructura básica. No obstante, se trataría de una conclusión precipitada, puesto que, posteriormente, la propia Corte ha sido inestable en su jurisprudencia, sin haber logrado consolidar una estructura analítica ambiciosa del principio interpretativo.

¿Por qué la Corte decide en unos casos aplicar el principio de proporcionalidad con su estructura básica y en otros le basta la simple enunciación? ¿No se diluye la tarea del control racional de la Corte en un ejercicio de prácticas retóricas no controlables que ahondan la crítica contramayoritaria? ¿Cuál es la justificación racional que utiliza la Corte para concluir en unos casos que las normas cuestionadas son simplemente proporcionales y en otros no?

Como se ha visto, no existe en la jurisprudencia de la Corte unos perfiles definidos del principio de proporcionalidad que sirvan de pauta argumentativa controlable en materia interpretativa, ya que el discurrir argumental de aquélla se ha movido, más bien, en términos genéricos, muchas veces poco convincentes, altamente discrecionales y escasamente motivados.

Por otro lado, no existe en la jurisprudencia de la Corte, decisiones que, bajo el test de proporcionalidad, y una vez superado el análisis de la idoneidad y necesidad, las normas impugnadas hayan sido declaradas desproporcionales en sentido estricto.

En otras palabras, como ha sido rescatado en algunos estudios comparados sobre la materia, una medida idónea que es a la vez indispensable desde la visión de la Corte, casi siempre resultará, al propio tiempo, ponderada en relación con los derechos que juegan en sentido contrario.¹⁰⁶⁷

De suerte que, superada la idoneidad, la Corte no encontraría parámetro alguno apto para desviar la atención del fallo hacia la convalidación de la medida en cuestión. Lo cual explica también que, en materia de control abstracto de norma, la revisión judicial por vía del test de proporcionalidad no ha gravitado esencialmente sobre un juicio de ponderación o de proporcionalidad en sentido estricto, sino sobre la idoneidad y necesidad del medio utilizado.¹⁰⁶⁸

Asimismo, parece bastante improbable que, en la práctica, una medida adoptada por el legislador resulte absolutamente *inidónea* para con-

1067 Pedro Grández Castro, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano" en *El principio de proporcionalidad en el derecho comparado* (Lima: Palestra, 2010), 361.

1068 Probablemente por ello sigue pendiente un desarrollo exigente de argumentación por parte de la Corte en relación al juicio de ponderación constitucional como un método de fundamentación racional de las decisiones judiciales. Aun así, existen otras facultades de la Corte en donde puede haberse evidenciado una mayor medida un desarrollo de dicho juicio, como por ejemplo, la competencia de revisión o la que recae sobre el conocimiento de las acciones extraordinarias de protección.

seguir un fin propuesto en el marco de una Constitución amplia en derechos protegidos.

Por lo general, el abanico de posibilidades que brinda una Constitución amplia en derechos habilita, como consecuencia, la construcción de un argumento que permita superar con cierta facilidad el juicio de idoneidad al cual está sometida una norma impugnada.

Es más, si se piensa que tampoco se exige siempre que la finalidad perseguida tenga rango expresamente constitucional para ser considerada idónea, sino que basta que sea constitucionalmente legítima, esto es, que quepa dentro de las posibilidades de actuación que la Constitución permite al legislador, el margen puede resultar aún más amplio y flexible.

Esto podría tener algunas lecturas, tal como sostiene Pedro Grández. La menos optimista sería aquella que considera que la proporcionalidad en sentido estricto no aporta mayores controles al test de proporcionalidad en sentido amplio, por implicar un juicio muy subjetivo. Otra lectura posible evidenciaría que la Corte no es lo suficientemente estricta en el tercer subjuicio del test y, consecuentemente, este se habría convertido en un mero paso formal dentro de una construcción que exigiría mayores capacidades argumentativas.¹⁰⁶⁹

Con respecto al criterio de necesidad como parte del principio de proporcionalidad en sentido amplio, este resulta ser un tanto más complejo que el subjuicio de idoneidad. Ello resulta lógico si se tiene presente que la relación causal que presenta el subjuicio de necesidad no tiene por objeto la relación que debe presentarse entre la medida cuestionada y su pretendida finalidad, sino la comparación entre dos medidas alternativas que compiten como idóneas para alcanzarla,¹⁰⁷⁰ lo que no significa, sin embargo, que este no sea un juicio normativo, puesto que, como ha sugerido K. Larenz, tanto la idoneidad como la necesidad constituyen principios en forma de norma jurídica.¹⁰⁷¹

El problema que se plantea, entonces, en relación con la necesidad, es determinar a quién corresponde proponer o aportar la medida que se considera alternativa a la norma impugnada. En la práctica de la Corte ecuatoriana, es el propio órgano de justicia constitucional quien ha avanzado en aportar la evidencia de la necesidad, situación que podría suscitar algún cuestionamiento, dado el carácter jurisdiccional que siempre debe ser asumido por el órgano de control.¹⁰⁷²

1069 Grández Castro, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano", 361.

1070 *Ibíd.*, 104.

1071 Larenz, *Metodología*, 472.

1072 Véase la sentencia de la Corte 007-14-SIN-CC, de 22 de octubre de 2014.

En todo caso, un aspecto relevante dentro del juicio de necesidad es el de su contenido concreto –el del elemento de comparación–. Dado que el requisito de la necesidad obliga a comparar la medida impugnada con otra alternativa, dicha alternativa no solo deberá ser idónea, sino que también deberá tener la misma eficacia que la medida impugnada.

Por otro lado, tampoco existe en la jurisprudencia ecuatoriana una carga argumentativa que sustente una motivación suficiente en relación con un test de intensidades sobre los grados de satisfacción o afectación a los derechos en pugna.

Contrariamente, bajo el argumento simple que ha esgrimido la Corte en alguno de sus fallos en el sentido de que se trata de intervenciones leves en los derechos,¹⁰⁷³ podría pensarse que una injerencia debería ser absoluta para ser considerada grave.

Finalmente, en lo relativo al subjuicio o subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto también mantiene pendiente un desarrollo exigente de argumentación en la Corte, que logre vencer la crítica de falta de racionalidad en su utilización.¹⁰⁷⁴

De todas formas, el principio de proporcionalidad ha ido extendiéndose progresivamente, como es natural, en relación con varios derechos fundamentales y distintas materias, como, por ejemplo, en material electoral¹⁰⁷⁵ y, muy ampliamente, en materia tributaria, como resultado de la reiterada jurisprudencia expedida en casos similares por parte de la CC del Ecuador.¹⁰⁷⁶ Aun así, la consecuencia ha sido la misma: una retórica general y dispersa que se ha constituido en el principal obstáculo para la formalización de principio.

1073 Véase la sentencia de la Corte 003-14-SIN-CC, de 17 de septiembre de 2014.

1074 González Beilfus, *El principio*, 370.

1075 Véase la sentencia de la Corte 019-15-SIN-CC, de 31 de marzo de 2015. También la sentencia 028-12-SIN-CC, de 17 de octubre de 2012, se refirió al principio de proporcionalidad en materia electoral.

1076 Véase las sentencias de la Corte 016-15-SIN-CC, de 13 de mayo de 2015; 021-15-SIN-CC, de 01 de julio de 2015; 022-15-SIN-CC, de 01 de julio de 2015; 025-15-SIN-CC, de 22 de julio de 2015; 026-15-SIN-CC, de 22 de julio de 2015; 028-15-SIN-CC, de 29 de julio de 2015; 029-15-SIN-CC, de 29 de julio de 2015; 030-15-SIN-CC, de 29 de julio de 2015; 031-15-SIN-CC, de 05 de agosto de 2015; 032-15-SIN-CC, de 05 de agosto de 2015; 033-15-SIN-CC, de 12 de agosto de 2015; 035-15-SIN-CC, de 02 de septiembre de 2015; 037-15-SIN-CC, de 16 de septiembre de 2015; 038-15-SIN-CC, de 16 de septiembre de 2015; 041-15-SIN-CC, de 16 de septiembre de 2015; 042-15-SIN-CC, de 16 de septiembre de 2015; 043-15-SIN-CC, de 23 de septiembre de 2015; 044-15-SIN-CC, de 23 de septiembre de 2015; 045-15-SIN-CC, de 23 de septiembre de 2015; 046-15-SIN-CC, de 23 de septiembre de 2015; 049-15-SIN-CC, de 23 de septiembre de 2015; 051-15-SIN-CC, de 21 de octubre de 2015; 052-15-SIN-CC, de 21 de octubre de 2015; 053-15-SIN-CC, de 21 de octubre de 2015; 054-15-SIN-CC, de 21 de octubre de 2015; 055-15-SIN-CC, de 21 de octubre de 2015, entre otras.

En en las condiciones expuestas se puede considerar que el papel otorgado al principio de proporcionalidad es altamente discrecional y subjetivo, lo que impondría la urgente necesidad de repensar su utilización parece altamente difícil dar marcha atrás en su aplicación. Lo que queda es la exigencia de un uso depurado y técnico de la aplicación del principio, que lo convierta en un canon de legitimidad aceptable en el marco de las decisiones que adopta la Corte.

En palabras de Markus González, “el carácter principal de buena parte de los preceptos constitucionales y, singularmente, de las normas que garantizan derechos fundamentales y la posibilidad de los poderes públicos de restringirlos, así como la necesidad constante de resolver colisiones entre bienes jurídicos, están en el origen, en efecto, de la consolidación del principio de proporcionalidad”.¹⁰⁷⁷

b) La dificultad contramayoritaria y la práctica deliberativa

En lo que respecta a la actitud de la Primera Corte Constitucional relacionado al problema de la dificultad contramayoritaria, la propia Corte ha afirmado que, “[...] cada nueva legislatura debe entenderse desde la perspectiva de la voluntad democrática diferente [...]”,¹⁰⁷⁸ ratificando, la cláusula general de configuración legislativa y el respeto al principio mayoritario.¹⁰⁷⁹ Sin embargo, en casos de especial relevancia, que ponen en evidencia la tensión Corte-legislador, y que cuentan con un ingrediente particular, como es la intervención del presidente de la República,¹⁰⁸⁰ el tema adquiere una particular importancia.

Esto es lo que ocurrió en la sentencia 009-13-SIN-CC relacionado a la impugnación hecha por el presidente de la República a la Ley Orgánica de la Función Legislativa. A pesar de que, según la Corte, en la sentencia que se comenta, con la declaratoria de inconstitucionalidad sustitutiva emitida en ella se habría incentivado el diálogo abierto y democrático¹⁰⁸¹ entre el

¹⁰⁷⁷ González Beilfuss, *El principio*, 125.

¹⁰⁷⁸ Véase la sentencia de la Corte 003-14-SIN-CC de 17 de septiembre de 2014.

¹⁰⁷⁹ Casos en donde la CCE reconoce el margen de configuración legislativa son entre otros: 007-13-SIN-CC, de 25 de abril de 2013; 008-13-SIN-CC, de 13 de junio de 2013; 010-13-SIN-CC, de 25 de septiembre de 2013; 003-14-SIN-CC, de 17 de septiembre de 2014; 005-15-SIN-CC, de 18 de marzo de 2015.

¹⁰⁸⁰ Véase la sentencia de la Corte 009-13-SIN-CC, de 14 de agosto de 2013.

¹⁰⁸¹ Véase la sentencia de la Corte 009-13-SIN-CC, 12, de 14 de agosto de 2013, cuando indica: “[...] Al respecto se considera que la facultad de sanción y objeción (veto) presidencial, otorgada al Ejecutivo por la Constitución, no se debe entender como un mecanismo de oposición, al contrario supone un medio para garantizar el principio de pesos y contrapesos (*checks and balances*), por medio del cual se busca establecer una colaboración mutua ente el Ejecutivo y el Legislativo, con el objeto de alcanzar los fines del Estado, además de prevenir una invasión

Ejecutivo y el Legislativo, lo cierto es que no existe en el órgano jurisdiccional una práctica deliberativa clara, real y consolidada que en el marco de un constitucionalismo dialógico, incentive una colaboración armónica de las funciones del Estado.

De hecho, el desbalance constitucional en favor de un presidencialismo acentuado como el ecuatoriano¹⁰⁸² parece confirmarse también en las sentencias que son emitidas por la Corte y que son favorables al ejecutivo.¹⁰⁸³

Ciertamente, la densidad de la intervención del órgano jurisdiccional respecto de normas provenientes del legislador no ha sido elevada más allá de algunas pocas declaratorias de inconstitucionalidad. No obstante, la evidencia llegar a resultar perturbadora en aquellas acciones en las que quien acudió como legitimado activo a la Corte fue el ejecutivo.

Si bien en el período analizado son pocos los casos propuestos por el Presidente de la República como legitimado activo tendentes a dejar sin efectos leyes del parlamento –órgano en el cual existe además una mayoría oficialista–, la Corte aceptó todas las demandas presentadas por aquél, declarando la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas,¹⁰⁸⁴ en tanto que, cuando fueron otros los legitimados activos que presentaron acciones contra normas provenientes del Presidente, salvo en una ocasión, en la que se aceptó parcialmente la demanda,¹⁰⁸⁵ no se registraron declaratorias de inconstitucionalidad por parte de la primera CC.¹⁰⁸⁶

del Legislativo en la actuación y administración del poder Ejecutivo, logrando alcanzar un verdadero equilibrio de poderes”. En sentido similar, la CC en su serie de jurisprudencia constitucional expuso: “Enseguida, entró a examinar el procedimiento legislativo que debe seguir la aprobación y expedición de la ley interpretativa, buscando con su decisión que exista una colaboración mutua entre el Ejecutivo y el Legislativo, con el objeto de alcanzar los fines del Estado. Con la finalidad de salvaguardar la conservación del derecho e incentivar el diálogo abierto y democrático, la CC aceptó parcialmente la acción pública de inconstitucionalidad, y substituyó una frase del contenido de la ley sometida a control constitucional”. Véase *Una lectura cuantitativa y cualitativa de las decisiones del Tribunal Constitucional a la primera Corte Constitucional*, 113.

1082 Sobre el hiperpresidencialismo en el caso ecuatoriano puede consultarse Hernán Salgado Pesantes, “Estado de derecho e hiperpresidencialismo en el caso ecuatoriano”, en *Derecho Constitucional contemporáneo. Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle* (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, 2015), 399-423. También, sobre los modelos presidenciales, concentración de poder y desafío de la discrecionalidad democrática puede ver Moreno, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, 147 y s.

1083 Un criterio compartido por Hernán Salgado, esta vez en relación con la CCPT. Al respecto, puede consultar Salgado Pesantes, “¿Guardianes o sepultureros de la Constitución de 2008?”

1084 Véase las sentencias de la Corte 009-13-SIN-CC, de 14 de agosto de 2013; 009-15-SIN-CC, de 31 de marzo de 2015; 011-15-SIN-CC, de 08 de abril de 2015.

1085 Véase la sentencia de la Corte 002-14-SIN-CC, de 14 de agosto de 2014.

1086 Ver las sentencias de la Corte 003-13-SIN-CC, de 04 de abril de 2013; 006-13-SIN-CC, de 25 de abril de 2013; 001-14-SIN-CC, de 21 de mayo de 2014; 012-15-SIN-CC, de 22 de abril de 2015; 013-15-SIN-CC, de 29 de abril de 2015 y 018-15-SIN-CC, de 03 de junio de 2015.

Por otro lado, más allá de aquellos casos donde se han presentado *amicus curiae*,¹⁰⁸⁷ los cuales no han tenido mayor trascendencia en las decisiones de la Corte,¹⁰⁸⁸ o se ha dispuesto la publicación de la demanda de inconstitucionalidad para que cualquier interesado en la causa pueda comparecer al proceso constitucional, la Corte no ha destacado como un órgano que haya promovido con especial relevancia dentro del sistema constitucional, una participación deliberativa en el marco de un constitucionalismo dialógico.

Con tales antecedentes, y frente a las escasas evidencias de prácticas dialógicas, la crítica al ejercicio jurisdiccional de la Corte, sin duda, tiende a acentuarse, pero no dentro de los términos de la clásica dificultad contramayoritaria, sino, más bien, porque pone de relieve prácticas llamativamente deferentes a ciertas ramas del poder público.

En fin, la evidencia parece indicar que, aunque el diseño constitucional ecuatoriano parece contramayoritario en su origen, por ser partidario de una opción judicialista robustecida que detenta “la última palabra” y con un amplio catálogo de derechos en la Constitución, sin embargo, en la práctica, la temida dificultad contramayoritaria tiende a diluirse cuando la Corte parece más bien deferente con el poder al cual está llamado a controlar, y, en particular, con el ejecutivo.¹⁰⁸⁹

Como suele ocurrir, propuestas e iniciativas que aparecen como novedosas y generan gran interés social, son aprovechadas en su prestigio para presentar como soluciones dialógicas, prácticas que solo pretenden justificar algunas de las decisiones constitucionales más controvertidas.¹⁰⁹⁰

1087 Véase por ejemplo, las sentencias de la Corte 002-14-SIN-CC, de 14 de agosto de 2014 y 003-14-SIN-CC, de 17 de septiembre de 2014. Por su parte la LOGJCC en su art. 12 manifiesta: “Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de *amicus curiae* que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado”.

1088 Aun así, Roberto Gargarella destaca el especial papel que los *amicus curiae* pueden tener en las decisiones de la Corte. Se trataría –dice el autor– de una práctica muy difundida en EUA, consistente en la presentación de alegatos muchas veces redactados por personalidades o grupos de conocida trayectoria que complementan a los ya presentados por las partes y que generalmente suelen tener un peso importante en los fallos, contribuyendo a atenuar la crítica contramayoritaria. Véase Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, 107.

1089 Pero también el TC en su momento –según Agustín Grijalva– funcionó con extrema deferencia al Congreso de los Diputados, produciéndose una instrumentalización o manipulación del derecho en favor del juego político-partidista. Véase Grijalva, “Independencia, acceso y eficiencia”, 199-200.

1090 Por ejemplo, en el caso de las denominadas audiencias públicas que la CC llevó a cabo dentro del control de constitucionalidad sobre el pliego de preguntas que fueron propuestas por el presidente de la República, las mismas solo sirvieron para presentar como prácticas dialógicas una decisión judicial controvertida. Véase, al respecto, el dictamen de la CC ecuatoriana 001-11-DRC-CC, de 15 de febrero de 2011.

Es posible que el problema se deba a la dificultad que todavía existe para definir con precisión los contornos de las soluciones dialógicas, frente a lo que se consideran remedos de prácticas deliberativas donde la última palabra de la Corte termina siendo en la práctica la única palabra.¹⁰⁹¹

El antídoto constitucional vigente –CC con amplias facultades– frente al constitucionalismo más tradicional, en el que la Constitución se concebía como un mero documento político y los Tribunales Constitucionales unos meros legisladores negativos, solo es tolerable si en la práctica jurisprudencial diaria el guardián de la Constitución no llega a convertirse en su amo y, a su vez, en instrumento de poder que opera como extensión del órgano teóricamente controlado.

A este respecto, dada la especial naturaleza del órgano de justicia constitucional, la consolidación de su jurisprudencia difícilmente se puede lograr de no mediar su *auctoritas*,¹⁰⁹² construida mediante razones intersubjetivas válidas a la luz de criterios de racionalidad.

La legitimidad de ejercicio, en el caso de un órgano como la Corte, depende especialmente de esa *auctoritas*, que no se otorga, solo se alcanza desde un actuar claro, razonable y controlable, como medio idóneo para superar la crítica.¹⁰⁹³

Por ello, es necesario que la Corte opere como un espacio institucionalizado del debate, incorpore verdaderas prácticas deliberativas y sus decisiones obedezcan a una argumentación válida, racional, suficiente y controlable, incorporando una teoría de la interpretación consistente, apta para ser considerada como fuente de legitimidad de las funciones jurisdiccionales. Todo lo cual, se hecha de menos en la CC del Ecuador.

1091 Por ello, más allá de la amplitud con la que la ciudadanía pueda y deba participar realmente en la tarea de revisión judicial, lo cual supone una arista de diálogo democrático (cortes-ciudadanos), una segunda arista de diálogo democrático, esta vez en la dimensión corte-legislador, solo es posible si la decisión judicial de anular una ley puede generar en el parlamento una reacción positiva para incorporar al nuevo debate legislativo condiciones que hayan sido puestas de relieve en la decisión judicial y que en un inicio no fueran consideradas en la esfera legislativa. Así, la Corte podría haber forzado un tema que el órgano legislativo habría preferido no tratar en su agenda y, por supuesto, los términos precisos de cualquier ley nueva se verían poderosamente influenciados por la decisión de la Corte. Véase Peter Hogg y Allison Bushell, “El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas” en Gargarella, comp., *Por una justicia dialógica*, 19 y s.

1092 Según la explicación de Eduardo García de Enterría con relación a un trabajo de Carl J. Friedrich, “según Mommsen, la voz *auctoritas* viene de *augere*, aumentar; afirma que la expresión indica un suplemento a un simple acto de voluntad por adición de las razones que los justifican”. Véase García de Enterría, *Democracia, jueces y control*, 149.

1093 Germán Fernández Farreres, “Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, No. 105 (2015): 16.

Otros mecanismos como fuente de legitimidad de la revisión judicial: el deber de motivación y forma de elección de los miembros de la CC

El deber de motivación como fuente de legitimidad democrática de la revisión judicial

Evidenciada la praxis argumentativa de la Corte en el marco del control abstracto de norma con respecto al principio de proporcionalidad, y a la luz de las conclusiones alcanzadas hasta este momento, conviene intentar comprender en qué medida la motivación judicial constituye uno de los más importantes parámetros de legitimidad de las actuaciones jurisdiccionales.

En este apartado, interesa destacar fundamentalmente el carácter de la motivación como instrumento de justificación de las resoluciones judiciales más allá de su vertiente subjetiva de auténtico derecho constitucional.¹⁰⁹⁴

De otra manera, todas las inquietudes que ha suscitado la crítica contramayoritaria reaparecen con especial contundencia en contra de la Cortes, pero aún más, vuelven injustificables las prácticas judiciales de deferencia funcional en favor de los poderes públicos, cuando no se alcanza a evidenciar una argumentación racional, controlable.¹⁰⁹⁵

Siendo fundamental la inclusión de prácticas deliberativas en el funcionamiento de los órganos del Estado democrático, resulta obvio que el deber de motivación que deben aportar los jueces al resolver los casos concretos, constituye un instrumento indispensable para evaluar el ejercicio de una praxis jurisdiccional racional y controlable, al tiempo que contribuye a justificar –o no– la “desviación” de la función “originaria o natural” de la justicia constitucional como un “legislador negativo” cuando se ve enfrentado a disposiciones con un contenido valorativo importante.¹⁰⁹⁶

1094 Como derecho fundamental la motivación se encuentra consagrada en el art. 76, num. 7, lit. l) de la CRE.

1095 Decimos prácticas judiciales de deferencia, por cuanto, aun siendo posible y deseable un grado de deferencia hacia los órganos democráticos del sistema encargados de emitir normas sujetas a control –el legislador–, la misma no puede estar ausente de una justificación o motivación racional y controlable con base en la norma fundamental, que sustente las correspondientes decisiones.

1096 Aún más, se ha llegado a considerar que las Cortes o Tribunales son “comisionados del poder constituyente” o “constituyentes permanentes” en la medida en la que constantemente dichos órganos actualizan el sentido constitucional fijado por el constituyente. Argumento que, según Manuel Aragón Reyes, resulta poco plausible a la luz del principio democrático. Según este autor, si bien la expresión comisionado del poder constituyente puede ser empleada en un sentido reducido, en la medida en que dichos órganos estarían únicamente “comisionados” para preservar la Constitución, la utilización del término no es de lo más afortunada. Primero, porque ese papel ya no sería el de un genuino comisionado; segundo, porque el tribunal es

Así, y aunque en la historia del derecho la necesidad de motivación de las decisiones judiciales no ha sido una constante,¹⁰⁹⁷ se trata de una exigencia que en la actualidad no puede ser desatendida,¹⁰⁹⁸ con miras a alcanzar la ansiada legitimidad de ejercicio de las funciones jurisdiccionales atribuidas a las Cortes y Tribunales.

Ciertamente, la motivación no es una característica exclusiva de la actuación de los tribunales, pero la propia evolución histórica de la cuestión es significativa para entender la importancia de la motivación en contextos en que las Cortes o Tribunales, como órganos que administran justicia, despliegan una actividad interpretativa que se encuentra más allá de una simple concepción mecanicista, para asumir un papel más activo.

La práctica de la motivación en el derecho europeo de tipo continental es un fenómeno reciente. Comienza en la segunda mitad del siglo XVIII y sufre una aceleración importante después de la Segunda Guerra Mundial, a medida que se va afianzando y consolidando el modelo del Estado constitucional.¹⁰⁹⁹

Lo que caracterizaría en un primer momento al sentido de la motivación sería lo que Taruffo ha denominado la concepción “endoprocesal”, al hacer posible que las partes de un proceso pudieran tomar partido sobre la decisión emitida, impugnándola y cuestionándola ante los órganos superiores.¹¹⁰⁰

En un segundo momento, a la función endoprocesal se añadiría otra de carácter “extraprocesal” o política, como es la necesidad de controlar democráticamente el ejercicio del poder en manos de unos órganos jurisdiccionales que no cuentan con una legitimidad directa.¹¹⁰¹

En los sistemas del *common law* no ha existido nunca una obligación explícita de motivación, lo cual no quiere decir que la motivación judicial no haya existido. La práctica de la motivación en dichos sistemas “comienza ya en el siglo XII y se consolida en el XVI, no como consecuencia de una concepción democrática de la justicia, sino por exigencias del funciona-

también poder constituido, al igual que los demás; y, tercero, porque el término se presta a reconocer un exorbitado ámbito de funciones del tribunal que no es ni conveniente ni correcta. Véase Manuel Aragón Reyes, *Constitución y democracia* (Madrid: Tecnos, 1989), 119-20.

1097 Sobre el origen de la motivación ver Ortells Ramos, “Origen histórico del deber de motivar las sentencias”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* (1997): 899 y s.; Un excursus sobre la coyuntura histórica de la motivación puede ver en Alejandro Nieto, *El arbitrio judicial* (Barcelona: Ariel, 2000), 140 y s.

1098 En relación con algunas posiciones que se refieren al alcance de la motivación y su objetivo, puede ver Nieto, *El arbitrio judicial*, 169 y su nota al pie 16.

1099 Atienza, *El sentido del derecho*, 255.

1100 *Ibid.*

1101 *Ibid.*

miento de ese sistema: el precedente solo puede funcionar si la razón en la que se basa la decisión (la *ratio decidendi* del caso) se formula de manera explícita".¹¹⁰²

En todo caso, la idea misma del Estado de derecho parece implicar que las diferentes decisiones de los poderes públicos deben encontrarse debidamente motivadas. Esto es, no pueden depender de la sola autoridad o del capricho, sino que deben estar basadas en un razonamiento controlable y justificable en un marco jurídico.

De ahí que resulte importante lo afirmado por Atienza, en el sentido de que justificar una decisión dentro de un ordenamiento democrático no es lo mismo que explicarla, y de que el razonamiento jurídico es esencialmente justificativo.¹¹⁰³

Explicar una decisión significa, en efecto, mostrar cuáles son las causas que la originan o los fines que se pretenden alcanzar al adoptarla. Justificar, sin embargo, implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable y racional de esa decisión.¹¹⁰⁴

Hay muchas decisiones de los poderes públicos que pueden ser explicadas aunque no parezcan justificadas, como sería el caso, siguiendo a Atienza, de una ley que defendiese los intereses de un cierto grupo social –eso es lo que explica su existencia–, pero que fuere contraria a los principios o valores constitucionales. Esta decisión no estaría justificada conforme a derecho.¹¹⁰⁵

El razonamiento jurídico es de tipo práctico, es decir, no está dirigido a explicar, sino a justificar decisiones, y aunque ambas son operaciones que pueden relacionarse, no son coincidentes. Así, según Cristina Redondo, “toda explicación tiene un propósito descriptivo, mientras que toda justificación tiene un propósito evaluativo o normativo”.¹¹⁰⁶

Pasando por alto lo que se ha denominado la motivación psicológica de las decisiones jurídicas, aunque el juez ni deba ni pueda explicar los motivos psicológicos de su decisión,¹¹⁰⁷ la motivación, a diferencia de la simple expli-

1102 *Ibíd.*, 255-6.

1103 *Ibíd.*, 254.

1104 *Ibíd.*

1105 *Ibíd.*

1106 María Cristina Redondo, *La noción de la razón para la acción en el análisis jurídico* (Madrid: CEC, 1996), 79.

1107 Debido a que entre la ley y el caso se interpone de forma decisiva la persona del juez, los estudios psicológicos de comportamiento judicial son cada día más frecuentes. Una referencia a este tema puede verse en Alejandro Nieto, *El arbitrio judicial*, 434 y s. Puede consultarse también, el artículo de Jorge Sobral y Ángel Prieto, “Racionalidad, formaciones ideológicas y disparidad en las decisiones judiciales”, en Manuel García Ramírez, coord., *Psicología legal aplicada en los procesos jurídicos y políticos* (Madrid: Eudema, 1993).

cación, deja ver su perfil propio si se lleva a cabo a partir de una correlativa distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación.¹¹⁰⁸

Lo que importa, y lo que es legalmente exigible en el derecho, es la motivación en el contexto de justificación, es decir, el razonamiento que justifica que una decisión sea admisible dentro de los márgenes que el derecho habilita para el efecto. Motivar una decisión judicial significa proporcionar argumentos que la sostengan en derecho.

Cuando un ordenamiento jurídico establece que el juez que dicta una decisión debe motivarla, lo que está exigiendo es que indique las razones o argumentos por los que considera que su decisión es conforme al derecho. La conformidad con el derecho determina su corrección y se constituye, a la vez, en fuente de legitimidad de la actuación judicial.

Si la argumentación es la “forma de expresar o manifestar –y, por supuesto, defender– el discurso justificativo”,¹¹⁰⁹ dando buenas razones en favor o en contra de una determinada tesis, el hecho de que se atribuya una especial importancia a la argumentación judicial o motivación de la decisión jurídica se debe “básicamente a que los jueces (a diferencia de los legisladores e, indirectamente, de los órganos superiores de la Administración) no son elegidos democráticamente”.¹¹¹⁰

La legitimidad de su poder no depende de su origen sino que descansa en su ejercicio. Es decir, en su capacidad argumentativa, que se expresa a través del deber de motivación que deben contener sus decisiones.

De hecho, frente a la autonomía del legislador y a la concepción clásica de un juez sumiso de la legislación, que los jueces hayan de motivar sus decisiones implicaría reconocer que aquellos ostentan un poder delegado y no soberano.¹¹¹¹

Ciertamente, no es del todo exacto “que la vida de la justicia discorra por completo al margen de los principios democráticos”.¹¹¹² Y esto porque las Constituciones de forma general, contemplan que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial.¹¹¹³

1108 Con un ejemplo esclarecedor, Nieto indica: “El científico natural realiza de ordinario sus descubrimientos gracias a una intuición afortunada cuando no al azar o incluso a un error experimental: pero a continuación llega el momento de racionalizar el nuevo fenómeno dentro del contexto de las reglas y conocimientos científicos de que se dispone. Siguiendo la conocida leyenda de la manzana de Newton, al contexto del descubrimiento (que, en cuanto intuitivo, poca explicación puede tener) siguió, en el contexto de la justificación, la formulación científica de la Ley de la Gravedad. Véase *ibíd.*, 157 y s.

1109 *Ibíd.*, 155.

1110 Atienza, *El sentido del derecho*, 264.

1111 Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, 117.

1112 *Ibíd.*, 118.

1113 Véase el art. 167 de la CRE.

A ello se añade que la introducción en la regulación constitucional de la Función Judicial de ciertos principios como la independencia interna y externa –muy cuestionada en algunos momentos–, la responsabilidad, el sometimiento único a la Constitución y a la ley, la autonomía administrativa, económica y financiera, la publicidad de las causas así como, las garantías a los mecanismos de designación, aunque en cierto grado compensan “el reclutamiento no democrático de la judicatura”,¹¹¹⁴ no cancelan la discusión sobre esta problemática en los Estados cuya Constitución ha apostado por un sistema de revisión judicial robusta.

Con todo, tal como se ha señalado en este trabajo, es preciso reconocer desde una perspectiva democrática del poder, que la potestad de administrar justicia asumida por las Cortes y Tribunales se enfrenta a un cuestionamiento de su legitimidad. Una legitimidad por cierto, indirecta, mediatizada y, en definitiva, de segundo grado, lo que hace necesaria una justificación de su ejercicio.

Como lo dice Prieto Sanchís, el requisito de la motivación, “que supone hacer explícitas la opciones interpretativas y de política jurídica, permite mostrar el carácter de los tribunales en un sistema jurídico moderno como órganos de producción de derecho principalmente heterónomos”.¹¹¹⁵

De ahí que el juez encuentre, ante todo, en el cumplimiento de la Constitución y de la ley, su fuente de legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con el legislador, que cuenta como órgano autónomo de creación del derecho que, si bien debe ajustar su conducta a los mandatos constitucionales y poder justificar políticamente sus decisiones, tiene una legitimidad directa.¹¹¹⁶

En este sentido, lo que se estaría exigiendo a los órganos jurisdiccionales como parámetro de legitimidad es concretar su actuación a un discurso justificativo que permita responder a la pregunta central de por qué estos órganos han debido tomar tal o cual decisión a efectos de poder vincular el ejercicio de la función jurídica a un concepto funcional de legitimidad.

Por ello, dicha obligación de motivación es el elemento que limita, aunque sin eliminar, el margen de discrecionalidad de toda actividad judicial. Motivar sobre la base de la Constitución o de la ley significa crear una vinculación de la decisión judicial con la disposición jurídica que la sustenta.¹¹¹⁷

1114 Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, 119.

1115 *Ibíd.*, 117.

1116 *Ibíd.*, 124-5.

1117 Storini, *Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia*, 47.

La necesidad de encontrar un vínculo de justificación racional¹¹¹⁸ y suficiente de la decisión judicial con una disposición normativa, no supone abandonar el estímulo que para el “derecho judicial” involucran las constituciones actuales, ricas en valores y principios de contenido genérico. Todo lo contrario, implica poner a prueba el ejercicio argumentativo de los jueces mediante prácticas deliberativas a la hora de aplicar una Constitución que cuenta con una variedad de disposiciones normativas. Ello conduce, aunque resulte paradójico, a un cercenamiento de la arbitrariedad judicial puesto que los estándares de conducta de los jueces no pueden provenir del arbitrio personal, sino que deben ser inferidos o deducidos de la propia normatividad –la Constitución–.¹¹¹⁹

Descendiendo ya a la realidad ecuatoriana, es necesario indicar que la falta de claridad teórica respecto de las instituciones que sirven de fundamento a los fallos que han sido concretados en el estudio de la jurisprudencia sobre el principio de proporcionalidad, así como el uso de una retórica general y dispersa, evidencian una crisis de legitimidad en el ejercicio que la CC del Ecuador hace de su función, que raya en el subjetivismo jurisprudencial. El deber de motivación no puede ser reducido por la Corte a una práctica retórica, meramente formal o enunciativa, que nada o muy poco dice sobre las auténticas razones del fallo.

Pero, además, problemas jurídicos que podrían resolverse con argumentos más sencillos y depurados, tienen a perderse en la jurisprudencia de la Corte en extensas justificaciones teóricas, desperdiciando la oportunidad de sentar criterios claros y precisos con la finalidad no solo a legitimar el ejercicio de su función, sino, a construir un verdadero *corpus* de jurisprudencia que pudiera orientar eficazmente a los órganos públicos, a los agentes jurídicos y, en general, a la ciudadanía sobre la forma de interpretar y aplicar las disposiciones de la Constitución.¹¹²⁰

1118 David Ordóñez Solís hace una distinción importante entre racionalidad y razonabilidad respecto de las decisiones jurídicas. La racionalidad consistiría en que toda decisión debe estar fundada en derecho, respondiendo a unos criterios de lógica jurídica que impiden considerar decisiones jurídicas merecedoras de tal nombre a las que sean irracionales, arbitrarias o impliquen un error patente. En cambio, la razonabilidad suele reservarse para caracterizar determinadas decisiones judiciales, en las que es posible optar por varias soluciones racionales, de modo que atendiendo a la razonabilidad solo se justificaría la elección de una de ellas. Por lo demás, la razonabilidad está vinculada a la argumentación empleada por el juez para motivar sus decisiones. Ciertamente –como indica el autor– toda decisión razonable es racional, aunque, desde luego, no toda decisión racional es por sí misma razonable. Véase David Ordóñez Solís, *Jueces, derecho y política: Los poderes del juez en una sociedad democrática* (Navarra: Aranzadi, 2004), 99-100.

1119 Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, 122.

1120 Sobre lo anotado, puede verse la crítica de Manuel Atienza a la práctica jurisprudencial en un caso concreto de la CCE (la sentencia de la Corte 002-09-SAN-CC, de 02 de abril de 2009). Véase

Si bien la propia Corte ecuatoriana ha manifestado que “la legitimidad de una CC depende fuertemente de la capacidad de argumentar su interpretación de la Constitución”,¹¹²¹ y ha reconocido que el deber de motivación “se traduce en la aplicación del principio de congruencia interna y externa del acto judicial”,¹¹²² como se ha podido observar, la práctica argumentativa de dicho órgano se ha movido en la más amplia discrecionalidad y subjetivismo.

Esta motivación deficiente que se presenta en varias sentencias de la Corte no solo pone en duda que exista una actuación diligente en el ejercicio de su función jurisdiccional, sino que, además, profundiza una crisis de legitimidad en el órgano llamado a constiuirse en el guardián de la Constitución y de los derechos fundamentales.

La forma de elección de los miembros de la CC: Una aportación a la legitimidad democrática

Como se pudo observar en su momento, una forma razonable de admitir el ejercicio de la revisión judicial constitucional, con su tendencia a la expansión cada vez mayor en los sistemas jurídicos contemporáneos pasa por atenuar los rasgos mayormente contramayoritarios y elitistas de tal actividad.

En este sentido, se sostuvo que una intervención de la justicia constitucional en el orden democrático, puede ser atendida favorablemente en una situación de contexto, en la cual, la revisión judicial de constitucionalidad pueda desplegar todo su potencial epistémico frente al conjunto de críticas que se le puedan dirigir.

A esta finalidad obedecen varios elementos que ya se han examinado, como un ejercicio riguroso y exigente del deber de motivación, la inclusión de prácticas deliberativas en el ejercicio de la función de las Cortes y Tribunales, el diseño normativo a nivel de las cartas constitucionales con normas relativamente abstractas y generales, ciertos principios del ordenamiento jurídico, como por ejemplo, el *in dubio pro legislatore*, determinados mecanismos de litigio estratégico, como los *amicus curiae*, la publicación de las demandas de inconstitucionalidad con el fin de permitir una amplia participación en favor o en contra de la vigencia de una norma impugnada, o, la inclusión en el diseño normativo de mayores posibilidades de acceso a

Manuel Atienza, “A vueltas con la ponderación”, *La Razón del Derecho: Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, No. 1 (2010): 7.

1121 Véase la sentencia de la Corte 0001-11-SIN-CC, 9, de 14 de abril de 2011.

1122 Véase la sentencia de la Corte 003-12-SIA-CC, 11, de 21 de junio de 2012.

los procesos de revisión judicial.¹¹²³ En el mismo sentido, la forma de elección de los jueces puede constituir un elemento o factor importante para atenuar la crítica contramayoritaria y afianzar la legitimidad de las Cortes y Tribunales ante la voluntad popular.¹¹²⁴

Desde una perspectiva podría considerarse como irrelevante la discusión sobre la composición o forma de elección de los miembros de la Corte, dado el carácter jurisdiccional del órgano de revisión, y una vez analizado el problema de su legitimidad a la luz de teoría deliberativa o del deber de motivación, como canon de constitucionalidad ideal de racionalidad jurídica.¹¹²⁵

Sin embargo, el tratamiento de este tema permite, adicionalmente, arrojar algunas luces sobre la materia e invita a plantearse algunas interrogantes que pueden ser robustecidas desde otros estudios y con diferente perspectiva.

Así, la intensidad de la objeción democrática en lo que atañe a la selección de los jueces constitucionales podría depender “de cómo se equilibren dos valores: la rendición de cuentas y la independencia judicial”.¹¹²⁶

El tema de la rendición de cuentas indicaría que, si bien los jueces tienen la última palabra institucional dentro del sistema democrático, aquellos deben ser responsables de algún modo ante la sociedad y deben ser sensibles a sus demandas.

Por su parte, la independencia judicial o autonomía judicial reclama que los jueces puedan tomar decisiones razonadas a partir de un número variado de opciones –de ahí la conexión íntima con el deber de motivación y las posibilidades interpretativas–, y a que los únicos argumentos que deben motivar la actuación judicial sean los mejores que se puedan distinguir en el derecho entre el conjunto de los aplicables al caso.¹¹²⁷

1123 Véase los art. 86, num. 1; 439 de la CRE o, 9, 77, entre otros de la LOGJCC.

1124 Si bien el grado de intensidad de la dificultad contramayoritaria varía considerablemente según intervengan los factores indicados (motivación, prácticas deliberativas, designación de los jueces), el problema de fondo, desde la óptica clásica de la dificultad contramayoritaria, no se extingue por completo, a menos que se incorpore dentro del sistema una Constitución flexible (v. gr. Israel), o bien si bajo una Constitución rígida se prohíbe el control judicial de las leyes (v. gr. Holanda) o, finalmente, si se implanta un modelo de revisión judicial débil, esto es, un sistema que concede la última palabra institucional al parlamento. (v. gr. Canadá). Sin embargo, esta opción genera importantes problemas también, en relación con la garantía del carácter supremo de la Constitución en el ordenamiento jurídico.

1125 Sobre esta consideración puede verse el planteamiento sugerido por Claudia Storini, “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”, 20 y s.

1126 Linares, *La (i)legitimidad*, 253.

1127 *Ibid.*

De manera que “la independencia judicial es un ideal que pretende sentar las condiciones para que las decisiones judiciales tengan un valor epistémico, para que la judicatura ostente el centro de la razón”.¹¹²⁸

El problema está, sin embargo, más allá del deber de motivación referido, en cómo evitar un proceso de designación de jueces que, al final, resulten sumisos al ejercicio del poder que los designó, impidiendo que se conduzcan por lealtades personales más que por ideales normativos.¹¹²⁹

Como punto de partida, debe afirmarse que aquel mecanismo de selección que sea capaz de lograr el máximo de rendición de cuentas a la ciudadanía, así como el máximo de independencia y autonomía judicial es el que ostentará mejores credenciales de legitimidad.

Muy probablemente, “en la medida en que los jueces estimen que está justificada cierta deferencia en favor del legislador por razones democráticas, estarán menos preocupados por la deferencia si son seleccionados a través de procedimientos relativamente democráticos que sí lo son por otros medios”.¹¹³⁰

Son varias las posibilidades que exploran cómo se podría seleccionar a los jueces de la más alta magistratura. No obstante, a grandes rasgos, tres categorías o criterios aparecen como los principales: a) la selección por concurso; b) la selección por elección popular; c) la selección política.¹¹³¹

En relación con la primera categoría, esto es, la selección de jueces por concurso, si bien a primera vista parece que propicia la independencia judicial, dado que el magistrado seleccionado no sentirá, en principio, ningún deber de lealtad con su elector, que, en teoría, no existe, dado que su designación es fruto de su mérito personal, no obstante, este sistema o método de selección no tiene buenos argumentos para responder a la objeción relativa a un proceso de rendición de cuentas adecuado, debido al carácter de su origen.¹¹³²

Por otro lado, los procesos de selección por concurso de jueces no siempre son claros en determinar cuáles son los mejores argumentos o criterios que deben prevalecer. Desde ciertas virtudes como la honestidad y la trans-

1128 *Ibíd.*

1129 En este punto, resulta trascendental diferenciar como lo ha indicado Sebastián Linares, que una cosa es la filosofía política de los jueces y, otra, la fidelidad partidaria. La primera estaría sustentada en un conocimiento profundo de la teoría filosófica, política y moral, se preocuparía por elaborar argumentos sólidos en defensa de tesis controvertidas, y procurar hallar un equilibrio razonado entre valores y principios conflictivos. Por su parte, de la fidelidad partidaria, –como indica el autor–, sería una mera actitud de sumisión a la voluntad de un partido político. *Ibíd.*, 253-4.

1130 Ferreres Comella, “Las consecuencias”, 323.

1131 Una clasificación tomada de Linares en su obra *La (i) legitimidad*, 254 y s.

1132 *Ibíd.*, 255.

parencia, a criterios objetivos como el mérito o los indicadores de productividad en el despacho, o, inclusive, espacios de representatividad, como la pertenencia a un grupo étnico, cultural o de género, la pregunta de quién selecciona a los seleccionadores y bajo qué criterios, sigue aún latente.¹¹³³

Más aún, contextos de pluralismo razonable, donde cobra fuerza el principio democrático puesto que “si todos estuviésemos de acuerdo en la clase de jueces constitucionales que queremos, probablemente delegaríamos la decisión a una comisión de expertos, como pretenden los defensores de los concursos para magistrados constitucionales”.¹¹³⁴ Pero como existen visiones diferentes sobre el tema, muchas de ellas razonables, se necesita recurrir a un proceso democrático más amplio que la sola participación y elección por concurso.

Entender que las Cortes y Tribunales tienen una “función constitucional” específica, como es la de controlar la validez de la leyes bajo el prisma de la Constitución, con un acento político más pronunciado, permite aceptar para los jueces ordinarios procedimientos más burocráticos o profesionales de designación, diferentes a un procedimiento específico de designación de los jueces constitucionales.¹¹³⁵

En lo que tiene que ver con la vía de la elección popular de los jueces, quienes son partícipes de esta tesis sostienen que, en circunstancias de desacuerdo razonable, este es el único mecanismo que asegura un proceso de rendición de cuentas directo, así como la legitimidad democrática de la actuación de los jueces.¹¹³⁶

Si bien con esta posición se refuerzan los vínculos de representatividad de los jueces, minimizando notablemente la objeción democrática, la opción no resulta la más deseable, debido a los efectos nocivos que puede despertar para la estabilidad del sistema político en su conjunto.

Y es que conviene preguntarse si en sistemas con un marcado presidencialismo, que ha generado históricamente algunos roces con el resto de funciones del Estado, conviene multiplicar la legitimidad democrática de las ramas estatales.¹¹³⁷ ¿Por qué debería una institución tener preceden-

1133 Linares, *La (i)legitimidad*, 255-6.

1134 *Ibíd.*, 256.

1135 Ferreres Comella, “Las consecuencias”, 306-7.

1136 En la región, Bolivia puede significar un ejemplo de esta posición dado que a nivel constitucional, en su art. 198, la Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009 establece que las magistradas y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal. Por opuesto, el modelo norteamericano puede representar la opción contraria con alguna variante, ya que el Presidente nombra a los jueces y luego son ratificados por el Senado con mayoría absoluta.

1137 Linares, *La (i)legitimidad*, 257.

cia sobre otra elegida democráticamente?¹¹³⁸ ¿Cómo afectaría al sistema institucional del Estado otro órgano con legitimidad democrática directa?

La idea de “democratizar” la elección de los jueces hasta el punto de permitir su elección directa por la ciudadanía, no resulta atractiva, entre otras razones, porque parte de la errada e ilusoria “magia electoral”. Es decir, pensar que por el solo hecho de haber sido elegido un juez vía voto directo, estos se convierten en auténticos representantes de sus electores.¹¹³⁹

Por otro lado, a diferencia de lo que sucede con algunos procesos políticos ordinarios de elección, en los que los ciudadanos cuentan con la posibilidad de la revocatoria del mandato¹¹⁴⁰ como institución democrática en su favor, en el caso de una elección de los jueces, la ciudadanía no contaría con medios aptos para dejar sin efecto una designación judicial durante el período en que los jueces ejercen sus cargos y toman sus decisiones.¹¹⁴¹

Finalmente, la selección política de magistrados o jueces constitucionales es el método más extendido.¹¹⁴² En este sistema, al dotar a los jueces de una legitimidad indirecta o de segundo grado, la pregunta central reside en cómo lograr que las altas Cortes alcancen el grado deseable de autonomía respecto de sus nominadores, en el momento de tomar sus decisiones.

La hipótesis sería que, a medida que los lazos que unen a los jueces con los órganos nominadores son más difusos, la autonomía tendería a aumentar. Contrariamente, el grado de autonomía de sus decisiones irá en descenso cuando los vínculos de selección entre elegidos y los actores políticos que intervienen en su designación se vuelven más directos y visibles.

Así, “a medida que exista mayor concentración de poder en el proceso de selección de cargos judiciales, las posibilidades de que los elegidos voten de forma autónoma irá en decrecimiento”¹¹⁴³ y, viceversa, cuando en la designación intervenga un mayor número de actores, es probable que los jueces ejerzan su función con una mayor autonomía.

1138 Bellamy, *Constitucionalismo político*, 268.

1139 Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, 119.

1140 Por ejemplo, puede verse la CRE en su art. 105, que permite a las personas en goce de los derechos políticos revocar el mandado; es decir, dejar sin efecto el mandato (encargo) conferido por los electores a las autoridades de elección popular.

1141 Habría que anotar que, el período de ejercicio de los órganos jurisdiccionales, por lo general, es mucho más extenso que el que suelen tener los órganos democráticos, como el Parlamento, precisamente con el fin de desvincular el uno del otro.

1142 Se entenderá que la selección es política cuando intervienen órganos representativos, como el Ejecutivo, el Legislativo u otros en la designación de los jueces.

1143 Santiago Basabe Serrano, *Los jueces sin toga: Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*, 45.

Ahora bien, como destaca Sebastián Linares, cabría distinguir al menos dos mecanismos de selección política: los mecanismos de selección políticos *cooperativos* y los mecanismos de selección políticos *representativos*.

La principal diferencia de los mecanismos cooperativos¹¹⁴⁴ en relación con los representativos es que los primeros intentan instalar una idea de diálogo y cooperación en el proceso de selección a cargo de los órganos políticos, procurando que los jueces sean aceptados por sus virtudes y cualidades, más que por sus lealtades políticas.

Habría que tener presente, sin embargo, la lógica de las mayorías que se exigen en la designación. Y es que, en efecto, si solo se precisa de una mayoría legislativa absoluta, el carácter cooperativo dependerá de la distribución de fuerzas políticas en el seno del órgano seleccionador, ya que la facultad de decidir se podría concentrar en una sola fuerza. Algo distinto ocurre cuando se exige una mayoría calificada o reforzada, como, por ejemplo, tres quintos o dos tercios, ya que la llamada a la cooperación para la designación es mucho mayor.¹¹⁴⁵

Los segundos, los representativos, son mecanismos que típicamente eludirían el diálogo y la búsqueda de consensos. Se procuraría, más bien, asegurar “la representación” en el seno de la Corte de todos los órganos institucionales llamados a integrar el órgano jurisdiccional en una suerte de ejercicio de corporativismo.¹¹⁴⁶

A pesar de que el propósito que inspira a esta última fórmula de selección es asegurar una suerte de control recíproco entre las diversas funciones del Estado, asegurando “una cuota de su representación en el órgano controlador”, evitando el dominio o superposición de unos sobre otros en un marco de “reclutamiento cruzado”, dicho modelo ha despertado algunas críticas que conviene tener presentes.

Los jueces, entendidos como “representantes” del órgano encargado de proponer su postulación, generan la idea de unos jueces “leales” o “ideológicamente afines” al órgano que los ha propuesto. Una situación que

1144 El autor realiza una subclasificación detallada con todas las implicaciones que supone adoptar un mecanismo cooperativo de representación. Así, considera que dentro de esta categoría cabría distinguir entre los mecanismos de instancia única y los mecanismos de doble instancia. Véase Linares, *La (i)legitimidad*, 258 y s.

1145 *Ibid.* Ahora bien, puede suceder, sin embargo, que dada la mayoría calificada exigida, se produzca una parálisis o *impase* cuando no existe un acuerdo y no es posible nombrar a ningún juez. Por otro lado, según advierte el mismo autor, las mayorías calificadas solamente funcionan eficientemente en aquellos países en los que la selección de jueces se realiza escalonada e individualmente, debido a que la renovación grupal puede llevar a un reparto de cuotas, generando Cortes fuertemente partidistas.

1146 Linares, *La (i)legitimidad*, 258.

puede agravarse dependiendo del grado de influencia de la fuerza política dominante en el interior de cada institución seleccionadora.

Además, puesto que puede existir el caso de que varias ramas o funciones del Estado estén controladas por una misma fuerza política, en tales casos el “reclutamiento cruzado” se convierte en un reclutamiento en una sola línea, conviene tener presente esta variable. Los jueces serían, así, unos “agentes” de una sola fuerza. Algo que tiende a agravar los problemas de justificación democrática si un sistema otorga la integración, una relativa importancia o participación a órganos sin legitimidad democrática.

Con estos antecedentes, conviene repasar brevísimamente el caso ecuatoriano. La primera pauta la marcaron las normas del Régimen de Transición de la CRE de 2008 que contempló que los jueces de la primera CC debían provenir de *candidatos* –expresión textual del texto fundamental– de las funciones Ejecutiva, Legislativa y de Transparencia y Control Social (art. 25 del Régimen de Transición), lo cual se repite en el art. 434 del texto constitucional, que habla de “candidaturas presentadas por las funciones”.

El proceso se organizará, dice la Constitución vigente en el art. 434, por medio de una comisión calificadora¹¹⁴⁷ que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social.

Ahora bien, la intervención de dichas funciones del Estado, no se restringe a nombrar a los seis integrantes de la comisión calificadora, sino que además deben presentar las candidaturas para que se realice el respectivo concurso público. “Es decir, los ciudadanos que reúnen los requisitos para ser miembro de la CC no pueden participar en el concurso si no son propuestos por los mismos órganos que designaron a la comisión calificadora”.¹¹⁴⁸

Más allá de lo cuestionable que pueda resultar en términos democráticos contar con una función del Estado (Función de Transparencia y Control

1147 Comisión calificadora que, según el art. 179, num. 2, de la LOGJCC debe actuar con absoluta independencia de la autoridad nominadora. Este mismo artículo establece los requisitos, plazos y forma de integración de la comisión calificadora para la designación de las juezas y los jueces de la CC. También, el art. 180 de la ley *ibíd.*, establece el procedimiento de convocatoria, inscripción de veedurías y verificación de requisitos que lleva a cabo la comisión calificadora. Debe tenerse presente que antes de la vigencia de la LOGJCC, el Régimen de Transición contenido en la CRE de 2008, en su art. 25, inc. 3, relativo a la forma de integración de la CC determinaba que “Las normas y procedimientos serán dictados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social”. Por su parte, la sexta disposición transitoria de la LOGJCC en lo relativo a la designación de jueces de la Corte indicaba: “[...]El Consejo de Participación Ciudadana dictará las normas y procedimientos del concurso conforme lo establecido en la Constitución y la presente Ley”.

1148 Oyarte y Salgado, “El estatuto jurídico del juez constitucional en Ecuador”, 438.

Social) cuyo órgano principal, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social se encuentre integrado por consejeras y consejeros provenientes de un concurso público de méritos y oposición,¹¹⁴⁹ con una serie de atribuciones cuestionables,¹¹⁵⁰ la idea de una integración de la Corte siguiendo un modelo que se estima como “representativo de selección” genera la distorsión de una Corte con unos jueces leales a la función a la que deben su nominación, más cercana al corporativismo representativo que a un ejercicio de verdadera voluntad popular.

Bien es verdad que en este sistema son tres las funciones del Estado que proponen sus candidatos a la Corte, lo que, en apariencia, estaría relacionado con un claro principio de separación de poderes capaz de generar un control recíproco entre los órganos del Estado, evitando la superposición de uno sobre el otro.

Sin embargo, en un sistema en el que el Presidente nombra a sus candidatos, el parlamento de mayoría oficialista, con escasa fragmentación partidista que propicie una deliberación en el interior del órgano,¹¹⁵¹ nombra a los preferidos por la fuerza política mayoritaria, y una tercera función del Estado, cuestionable en su integración, nombra a los suyos, el tema de la independencia judicial parece resentirse de forma grave.¹¹⁵²

También es verdad que la previsión de un concurso, la imposición de filtros institucionales,¹¹⁵³ el establecimiento de períodos razonablemente largos de la función sin reelección inmediata¹¹⁵⁴ para evitar lo que se conoce como

1149 Véase el art. 207 de la CRE.

1150 Al respecto, puede consultarse Juan Pablo Aguilar, “La cuarta función del Estado: Análisis de una ficción”, en Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones* (Quito: UASB-E / CEN, 2009), 98.

1151 En efecto, cuando un cargo judicial es el resultado de la agregación de diversas preferencias ideológicas, los vínculos entre cortes y parlamento se tornan más difusos, permitiendo un grado de autonomía judicial en el momento de tomar las decisiones. Dicho en otras palabras, cuando muchos son los que participan en el proceso de designación, los jueces elegidos tendrán un reducido “deber de gratitud” hacia sus seleccionadores, dado que la responsabilidad última de designación la comparten varias personas. Al respecto véase Linares, *La (i)legitimidad*, 258.

1152 En referencia al modelo adoptado, ya advirtió Grijalva que: “[...]si el Presidente tiene mayoría en la Asamblea Nacional y desarrolla un control directo sobre la Función de Transparencia y Control Social, el sistema de designación propuesto por la nueva Constitución no es el más equilibrado”. Véase Agustín Grijalva, “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías”, en *Nueva Constitución. Análisis* (Quito: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, 2008), 134.

1153 Experiencia profesional previa, antecedentes personales, requisitos de edad, tiempo en la docencia, la profesión de abogado o la judicatura constituyen algunos filtros institucionales que generalmente son considerados en la elección de los jueces.

1154 Sobre el tema de la reelección de los miembros de la Corte, puede consultarse el artículo de Oyarte y Salgado, “El estatuto jurídico del juez constitucional en Ecuador”, 448-9. Los autores sostienen como una posibilidad que, al no existir restricción expresa respecto del período que

la *defección estratégica*¹¹⁵⁵ y la imposibilidad de someter a juicio político a sus miembros, son factores que atenúan “un deber de lealtad” de los jueces bajo el sobreentendido de que el cargo adquirido es fruto del mérito personal de los candidatos, perdiendo a su vez intensidad los posibles “vínculos iniciales”.

En todo caso, se trata de *candidatos* donde el ejecutivo parece llevar una ventaja considerable, debido al diseño constitucional implementado, en el cual, la mencionada Comisión Calificadora, compuesta por dos representantes de las mismas funciones, será la que designe definitivamente a los jueces de la Corte.¹¹⁵⁶

Como destacara en su momento Salgado Pesantes, “el hiperpresidencialismo ecuatoriano fue muy diligente al establecer la forma de elegir a los jueces de la CC; en este punto como en otros [...] se afianza la hegemonía presidencial”.¹¹⁵⁷

Aunque no exista un mecanismo de designación perfecto, y dado que “el mejor sistema es aquel en que quienes nombran asuman responsablemente esta función y no le tomen como un mecanismo de manipulación política”,¹¹⁵⁸ se debe tener presente que, cuando el diseño institucional es proclive a un ejecutivo poderoso, como sucede en el caso ecuatoriano, la posibilidad de que el sistema derive en una Corte subordinada a los intereses de aquel, constituye un riesgo con muchos visos de realidad.

Si, como dijera en su momento Francisco Tomás y Valiente, “las instituciones ganan o pierden prestigio por lo que hacen, pero también por lo que con ellas se hace”,¹¹⁵⁹ tratar de evitar Cortes adeptas a determinada función del Estado, requiere, como punto de partida, un replanteamiento de su propia ordenación constitucional.

Pero también, muchas veces “lo determinante para avanzar será el efectivo y firme compromiso concreto con la institucionalidad democrática y la vigencia de los derechos humanos, como rasgos que definan la actuación de dichos tribunales constitucionales y sus magistrados”.¹¹⁶⁰

debe transcurrir para una eventual reelección, se debería interpretar la norma en el sentido de que basta con dejar transcurrir un concurso para presentarse en el siguiente.

1155 Según un estudio de Helmke, referido por Sebastián Linares, en relación con la Corte Suprema Argentina, los magistrados, pese a tener un mandato vitalicio, están expuestos a una amenaza constante de ser depuestos por las instituciones políticas. En esa línea, argumenta que la inseguridad en el cargo hace que los magistrados tiendan a votar contra el gobierno de turno cuando observan que este tiene pocas posibilidades de ser reelecto. Véase Linares, *La (i) legitimidad*, 260. Nota al pie 19.

1156 Ver al respecto, el art. 434 de la CRE.

1157 Hernán Salgado Pesantes, “Estado de derecho e hiperpresidencialismo en el caso ecuatoriano”, 406.

1158 Grijalva, “La Corte Constitucional y el fortalecimiento”, 134.

1159 Francisco Tomás y Valiente, *Obras completas*, vol. III (Madrid: CEPC, 1997), 2284.

1160 Eguiguren Praeli, “Los tribunales constitucionales en la región andina”, 92.

La CRE de 2008:

¿Una articulación entre soberanía popular, participación ciudadana y justicia constitucional? ¿Rasgos de una Carta que facilita el diálogo democrático?

El constitucionalismo como corriente ideológica se ha mostrado en constante evolución. No obstante, en las últimas décadas del siglo pasado, ha cobrado un inusitado interés lo que ha venido a denominarse neoconstitucionalismo como una nueva teoría del derecho y no, propiamente, una teoría de la Constitución, que propugna y da cuenta de algunos importantes cambios en el sistema jurídico, para procurar soluciones o respuestas a las implicaciones del paradigma democrático del Estado Constitucional.¹¹⁶¹

Aunque existen diferentes niveles de análisis,¹¹⁶² desde su utilización inicial,¹¹⁶³ el concepto de neoconstitucionalismo o neoconstitucionalismos que “propone un cierto modelo teórico para la explicación y descripción del derecho del Estado constitucional”¹¹⁶⁴ permitiría explicar, entre otras cosas,¹¹⁶⁵ un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial,¹¹⁶⁶ fuertemente materializados en derechos y condicionantes de los poderes constituidos.¹¹⁶⁷ Una nueva teo-

1161 Miguel Carbonell, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, 9-10.

1162 Miguel Carbonell manifiesta que el paradigma neoconstitucionalista involucra, al menos, tres niveles de análisis distintos que conviene considerar: 1. El de los textos constitucionales; 2. El de las prácticas jurisprudenciales; y 3. El de los desarrollos teóricos. Véase Miguel Carbonell, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo*, 9 y s.

1163 Como lo indica Prieto Sanchís, Paolo Comanducci reivindicaría la paternidad para la escuela genovesa de teoría del derecho, la utilización del término, que a finales de los años 90 del siglo XX, sirvió para referirse a ciertas condiciones pospostivistas de la filosofía jurídica contemporánea. Véase Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos* (Madrid: Trotta, 2013), 24 y su nota al pie 5. También como exponente de esta escuela genovesa en relación con la utilización inicial del término, Pozzolo, “Neoconstitucionalismo y especificidad”, 355-70.

1164 Susana Pozzolo, “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo*, 188.

1165 A este respecto, Bernal Pulido indica que el concepto ha sido usado a veces como un cajón de sastre para referirse, de un lado, al constitucionalismo europeo contemporáneo o constitucionalismo de la segunda posguerra, pero también, para agrupar las ideas de autores de variadas tendencias que incluso defienden posiciones incompatibles entre sí. En tal virtud, resulta difícil hablar de una versión *estandar* de neoconstitucionalismo. Véase Carlos Bernal Pulido, “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo*, 301. Véase además, una crítica a la expresión –neoconstitucionalismo– formulada por Manuel Atienza, *Filosofía del derecho y transformación social* (Madrid: Trotta, 2017), 117-30.

1166 Ejemplo de este tipo de Constituciones serían, los textos fundamentales de Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) o España (1978).

1167 Sobre la teoría neoconstitucionalista puede consultarse la obra de edición de Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, y el artículo del mismo autor Miguel Carbonell, “El

ría del derecho que ha impulsado estos cambios y que dan cuenta de ellos, normalmente, en términos positivos o incluso elogiosos.¹¹⁶⁸

Por su parte, algunos autores indican que el fundamento del neoconstitucionalismo se centra en el análisis de la dimensión positiva de la Constitución, “para lo cual no es necesario adentrarse en los supuestos y condiciones de legitimidad democrática y de la fórmula a través de la cual la voluntad constituyente se traslada a la voluntad constituida. De esa manera, el neoconstitucionalismo reivindica el Estado de derecho en su significado último, después de explicar la evolución del concepto hasta lo que representaría en la actualidad”.¹¹⁶⁹

En definitiva, el neoconstitucionalismo pretendería, “sin ruptura, alejarse de los esquemas del positivismo normativista y convertir al Estado de derecho en el Estado constitucional de derecho”,¹¹⁷⁰ planteando el abordaje de algunos tópicos con particular intensidad, tales como: activismo judicial, ponderación de derechos, abstracción de las cláusulas constitucionales, efectividad de los derechos sociales, etcétera.

En ese sentido, Ferrajoli se refiere así a dos modelos de Estado de derecho: “el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de derecho (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de derecho (o Estado constitucional) producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias”.¹¹⁷¹

Por su parte, existe otra categoría que ha asumido una especial relevancia en las últimas décadas a partir de importantes cambios constitucionales del ámbito latinoamericano como la Constitución colombiana de 1991, la Constitución venezolana de 1999, la Constitución ecuatoriana de 2008 o

neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en Carbonell y García, edit., *El canon*, 153-64; También, la obra editada por Miguel Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*; Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador: Estado y derecho en la Constitución de 2008* (Quito: UASB-E / AbyaYala, 2011); Santiago Sastre Ariza, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo* (Madrid: Mc Graw Hill, 1999); Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos*; Alfonso García Figueróa, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos* (Madrid: Trotta, 2009).

1168 Carbonell, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en el prólogo de la obra *Neoconstitucionalismo(s)*, 10.

1169 Viciano Pastor y Martínez Dalmau, “Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Gaceta Constitucional*, No. 48 (2011): 311.

1170 *Ibíd.*

1171 Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, 14.

la Constitución boliviana de 2009, entre otras. Se trataría del denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano.¹¹⁷²

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, aunque es una corriente constitucional aún en período de construcción doctrinal,¹¹⁷³ mantiene las posiciones sobre la necesaria constitucionalización del ordenamiento jurídico con la misma firmeza que el neoconstitucionalismo y plantea, al igual que este, la necesidad de construir la teoría y observar las consecuencias prácticas de la evolución del constitucionalismo¹¹⁷⁴ desde una perspectiva latinoamericana.

En realidad, este nuevo constitucionalismo hace propia la teoría neoconstitucionalista y la positiviza, incorporando en forma de cambios constitucionales, reivindicaciones populares que discurren por una vía diferente a la ortodoxia constitucional clásica, principalmente en el ámbito de los derechos. Algunos autores han llegado, inclusive, a teorizar sobre una categoría jurídica aún más particular, el neoconstitucionalismo andino.¹¹⁷⁵

De cualquier manera, la preocupación del nuevo constitucionalismo se orienta no solo a recuperar la dimensión jurídica de la Constitución sino, además, a reforzar la legitimidad democrática de la Constitución, dotándolo de mecanismos que pretenden hacerlo más útil en términos de rearticular soberanía popular y la participación ciudadana en el ámbito institucional del Estado.¹¹⁷⁶

En ese afán, una forma de recuperar dicha articulación entre soberanía popular, participación ciudadana y órganos constituidos puede consistir, con-

1172 Puede consultarse el artículo de Rodrigo Uprimny, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en César Rodríguez Garavito, coord., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2011), 109-34.

1173 A este respecto, Roberto Gargarella indica la conveniencia de revisar el calificativo de "nuevo" constitucionalismo, puesto que, en su opinión, el mismo no introduce variables relevantes en relación con el "viejo" constitucionalismo. El autor argentino indica que "las Constituciones de América Latina son, en su gran mayoría, estructuras consolidadas con más de dos siglos sobre sus espaldas, que en todo caso han incorporado algunos pocos cambios en los últimos tiempos (el primero, habitualmente, relacionado con la reelección presidencial) sobre una base que permanece intacta, idéntica a sí misma. Esa base tiene entonces dos partes: una organización de poderes que es tributaria del siglo XIX; y una organización de derechos que se modificó esencialmente a comienzos del siglo XX, y que desde entonces no ha variado de modo extraordinario". Véase al respecto, Roberto Gargarella, "El 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'", *El País* (Madrid), 20 de agosto de 2014, <http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html>, consulta: 29 de febrero de 2016.

1174 Viciano Pastor y Martínez Dalmau, "Fundamentos teóricos", 312. También puede verse Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador*.

1175 Véase al respecto, Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino* (Quito: UASB-E / Huaponi, 2016).

1176 Viciano Pastor y Martínez Dalmau, "Fundamentos teóricos", 312.

forme se ha venido analizando, en que los órganos jurisdiccionales del más alto rango adopten prácticas deliberativas para fundar sus decisiones, articulando espacios de participación popular en consonancia con un debido deber de motivación capaz de contribuir fuertemente con una justicia de cara al pueblo.

En la búsqueda de esta articulación entre soberanía popular, participación ciudadana y órganos de justicia, la forma de integración y designación de los miembros de las más altas Cortes puede contribuir, asimismo, a atenuar los rasgos más discutibles de la revisión judicial si se adopta un esquema que refleje fielmente, sin distorsión o desequilibrio en favor de alguno de los poderes del Estado, un adecuado grado de participación popular.

Así –según algunos autores– las contribuciones que realmente democratizarían a la justicia constitucional pasarían por temas propios de una denominada cultura legal externa. Es decir, mecanismos que aseguren una mayor intervención del pueblo en los procesos de designación de los magistrados de la Corte o mecanismos jurisdiccionales de acceso directo a la justicia constitucional. De esta manera, como señala Noguera se intentará romper la brecha entre los “bien informados” y la amplia masa popular.¹¹⁷⁷

Ahora bien, ¿ha servido el diseño institucional de la Constitución ecuatoriana en su conjunto, para conseguir una verdadera articulación entre soberanía popular, participación ciudadana y justicia constitucional? ¿Ha sido eficaz la Carta Constitucional de 2008 con el fin de facilitar un diálogo democrático abierto?

En principio, el panorama constitucional de 2008 parece claro en favor de una participación popular más activa, a tono con los ideales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Sin embargo, el diagnóstico final no es tan alentador como puede aparecer en un inicio.

1177 Por ejemplo, Albert Noguera Fernández ha manifestado: “Todas las soluciones que se han planteado aquí (*notwithstanding clause* en Canadá; art. 45 de la Constitución irlandesa; mecanismos de diálogo interorgánico, etc.), afectan, si nos fijamos, a las funciones de la corte y al estilo de las deliberaciones, esto es, a la cultura legal interna, pero no tocan para nada las dimensiones de la cultura legal externa, que son las que realmente democratizan la justicia constitucional. Si bien, las discusiones y transformaciones en el estilo de deliberación o en sus funciones y en la estructura de la corte, influyen en la democratización de la corte, se quedan en el ámbito interno del mundo jurisdiccional, sirven para que el círculo interno del mundo jurisdiccional y académico otorgue mayores grados de legitimidad a la Corte. Sin embargo las simples transformaciones en estos ámbitos, sin tocar los otros, dejan un amplio hueco no cubierto entre los bien informados a nivel interno y la amplia ignorancia del pueblo en general que no percibe tales transformaciones ni rompe la separación radical entre control de constitucionalidad y sociedad. Sirve pero poco, ya que la verdadera legitimidad democrática de la corte no se puede conseguir en términos de cultura legal interna, sino que tiene que conseguirse en términos de cultura legal externa. Y para ello hay que centrarse en los dos últimos elementos. Esta es la opción adoptada, como veremos a continuación, por las nuevas constituciones latinoamericanas...”. Véase Noguera, “¿Democratizando la justicia constitucional?”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=197532, consulta: 21 de marzo de 2016.

Si se toman en consideración ingredientes tales como: jueces con una discrecionalidad excesiva que no motivan suficientemente sus fallos, decisiones judiciales poco consistentes en su argumentación, inexistencia de verdaderas prácticas deliberativas en la arena judicial, ejecutivos ampliamente predominantes, formas de participación ciudadana articuladas a una serie de requisitos engorrosos, amplios catálogos de derechos insatisfechos, instituciones del Estado “novedosas”¹¹⁷⁸ carentes de independencia real, se confirma una relación más de tensión que de articulación pacífica con la anunciada participación ciudadana en este ejemplo ecuatoriano de nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Un diseño constitucional en donde la participación popular se acentúa, frente a un presidencialismo que se consolida y fortalece, podría no suponer como en principio pueda sostenerse: que cuanto más poder ciudadano menos poder a las autoridades. Es más, la intención participativa parece adormecida en un diseño institucional que no se ajusta fielmente a una idea amplia de derechos y participación plural en el ejercicio del poder.

Una relación de tensión es más evidente en sistemas con una institucionalidad desbalanceada en favor de una de las funciones del Estado, como el ejecutivo. En estos casos, las viejas prácticas propias de presidencialismos exacerbados terminan por socavar la eficacia de las novedades normativas que prometen más participación y derechos.¹¹⁷⁹

Asimismo, lo que en un inicio se presenta como un rechazo a las tradiciones constitucionales de origen elitista, mediante la inclusión de mecanismos participativos (*amicus curiae*, audiencias públicas, etc.), abriendo las puertas hacia una posible y mayor democratización de la justicia constitucional, pueden terminar en simples buenas intenciones si en la práctica se tiende a bloquear o inhibir la verdadera participación democrática.

La intención de trabar las formas de participación ciudadana en los procesos que tienen lugar ante la Corte con una serie de requisitos engorrosos y de vincular la Corte a una institucionalidad proclive a un presidencialismo rígido, inadvertidamente ahonda la crítica contra un órgano encargado de tutelar y velar por los derechos fundamentales.

Y es que, en efecto, la CC, siendo el último guardián institucional de la Constitución podría convertirse en ese contexto, en la encargada de sacra-

1178 Por ejemplo, Juan Pablo Aguilar destaca que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social no es ninguna novedad, sino el resultado de reciclar una instancia administrativa con más de diez años de existencia: la Comisión de Control Cívico de la Corrupción. Véase Juan Pablo Aguilar, “La cuarta función del Estado”, 98.

1179 Roberto Gargarella, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf, consulta: 21 de marzo de 2016.

mentar en última instancia las violaciones a la Carta fundamental. Como lo dice Uprimny, “parece entonces difícil, aunque no imposible, lograr al mismo tiempo un constitucionalismo firme con una deliberación y participación democrática fuertes”.¹¹⁸⁰

Constituciones a dos almas, como lo llama Gargarella, pueden evidenciar que no existe un verdadero proyecto democrático bajo organizaciones de poder concentradas en ejecutivos fuertes o en Cortes que rozan la arbitrariedad y que representan la negación política de la democracia que declaman.

La aportación del nuevo constitucionalismo latinoamericano, aunque bien intencionado, podría ser limitada si las instituciones y organismos del sistema, en la realidad, no concretan una verdadera participación democrática con un diálogo abierto y plural.¹¹⁸¹

El mayor peligro es que las conquistas constitucionales positivas en el plano de los derechos terminen siendo desactivadas o diluidas a través de prácticas que van en dirección contraria.¹¹⁸²

Conviene tener presente, como lo ha destacado Gargarella que “la contradicción que las nuevas Constituciones establecen entre el modo en que organizan el poder (estilo siglo XIX) –lo cual no pasa solamente por un ejercicio de inclusión de instituciones con nombres atractivos a la democracia– y el modo en que definen derechos (estilo siglo XXI) no nos habla de una relación desafortunada, con la que hay que aprender a convivir, sino de una tensión que amenaza la vida misma de los derechos que esas Constituciones proclaman”.¹¹⁸³

Lo que se requiere entonces, es un constitucionalismo militante así como, una democracia fuerte en términos de participación o deliberación¹¹⁸⁴ como el antídoto necesario contra los peligros de convertir a las instituciones en instrumentos al servicio del poder y no de los derechos.

1180 Uprimny, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina”, 132.

1181 Dieter Nohlen advierte que, en América Latina, las Constituciones ya no se perciben y operan como límites del poder, sino más bien se les entiende y utiliza como instrumentos de poder, lo que hace más que cuestionable, según el autor, hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano. Véase Dieter Nohlen, *Principio mayoritario y regímenes presidenciales en América Latina* (Madrid: CEPC, 2016), 61.

1182 Marco Navas indica por ejemplo, que en el texto constitucional ecuatoriano de 2008 conviven tres grandes polos o componentes que describen la experiencia constitucional adoptada: un componente garantista, otro participativo y otro republicano. Y es que, a pesar de las tensiones y relaciones que se generan entre dichos componentes bajo un diseño constitucional que afianza el poder tanto del ejecutivo como de la CC, lo que se necesita es una convergencia de dichos componentes, manteniendo un mínimo de respeto a las posiciones eventualmente confrontadas, necesarias para un convivir democrático. Ver Marco Navas, “La justicia constitucional en el Ecuador, entre la política y el derecho”, *Revista Jurídicas* 10, No. 2 (julio-diciembre de 2013), (Manizales: Universidad de Caldas).

1183 Gargarella, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”.

1184 Mauricio García Villegas, “Constitucionalismo aspiracional”, *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, No. 29 (primer semestre de 2013): 96.

Conclusiones

En estas páginas se sistematizarán las principales conclusiones resultado de la investigación desarrollada en los tres bloques en los que se ha estructurado este trabajo.

El contexto del que se parte para alcanzar el objeto de este estudio se ha definido, a partir de un breve análisis del origen y expansión de la justicia constitucional (revisión judicial de la constitucionalidad de las normas) en sus dos grandes paradigmas: el modelo americano y el modelo europeo, con un camino diferente para cada uno, que se remonta a un concepto mismo de Constitución.

En efecto, se describió que en los EUA, la configuración del Estado y su organización siguieron unos principios más o menos *homogéneos* y no fue necesario superar la resistencia de un forma política anterior, al contrario de lo sucedido en Europa, donde el sistema resultante de las revoluciones liberales tuvo componentes *heterogéneos* y el concepto de Constitución y su valor jurídico se entendieron de forma diferente.

La experiencia norteamericana, apoyada en la reflexión de los padres fundadores del constitucionalismo, apuntaría a afirmar desde el inicio que la Constitución sería considerada verdadera norma jurídica de aplicación directa, dando paso a la idea del *control* como un elemento inseparable del concepto de Constitución.

En el caso europeo las cosas serían diferentes, debido al principio de soberanía parlamentaria, y a la desconfianza ante unos jueces inicialmente vinculados al antiguo régimen. El resultado fue una Constitución como documento político o pacto programático carente de fuerza normativa. Todos ellos, ingredientes que hicieron impensable cualquier actividad de control judicial sobre la obra del legislador.

Solamente con Kelsen, un positivista convencido del legislador democrático frente al activismo judicial, y de la Escuela del derecho libre que venía defendiendo un mayor protagonismo judicial, se crearía el espacio en Europa para un modelo de revisión judicial que adoptaría una configuración centralizada a diferencia del modelo americano.

Con rasgos característicos diferentes se estructurarían, así, los dos grandes modelos de revisión judicial, que, a partir de la segunda mitad

del siglo XX darían pie a una progresiva consolidación y expansión de la justicia constitucional alrededor del mundo.

La consecuencia de la adopción de las Constituciones actuales a un esquema *principialista* de derechos y del sometimiento de todos los jueces a la Constitución, no puede ser otra que la aproximación e influencia recíproca mutua de los modelos de justicia constitucional o revisión judicial de la constitucionalidad de la ley.

El modelo concentrado ha quedado fuertemente influido por la lógica que impregna el *judicial review*. Así, el juicio de constitucionalidad ha dejado de ser una simple actividad lógica de comparación abstracta entre la legislación ordinaria y norma constitucional.

Dicha hibridación en el ejercicio de la revisión judicial no solamente se evidencia en una aproximación entre el modelo difuso y concentrado. Adicionalmente, las fronteras entre Cortes Constitucionales o Tribunales Constitucionales, en relación con el legislador, tenderían constantemente a ser más difusas a pesar de guardar sus competencias originales.

Habiéndose ampliado la función del juez en el Estado actual, se habría abandonado una idea fuerza del positivismo kelseniano, como es, la de los Tribunales Constitucionales entendidos como legisladores negativos, ya que ellos han tenido que asumir los nuevos retos que plantea actualmente una Constitución con fuerza normativa, fuertemente materializada en derechos.

A la par que la tendencia expansionista que ha experimentado el modelo de revisión judicial, ha provocado que cada vez con menor frecuencia se pueda hablar de modelos puros, se ha generado también una constante crítica contra dicha actividad, por alterar nociones básicas de la democracia. Y es que, si el pueblo es el depositario de la soberanía popular en una democracia, ¿cómo tolerar la existencia de órganos carentes de legitimidad democrática directa que delimitan el contenido y alcance de una Constitución fruto de la decisión soberana?

El denominado “pecado original” que despierta el control de constitucionalidad frente a la propia esencia de la democracia ha puesto sobre la mesa de debate diferentes posiciones respecto de cuáles son o cuáles deberían ser los límites de la revisión judicial en una democracia, así como cuáles son o deberían ser los mecanismos adecuados encargados de amortiguar la crítica antidemocrática en sistemas con una marcada opción judicialista.

Si en el Estado constitucional democrático se ha ampliado la función del juez encargado de hacer efectivas de forma directa las normas de rango constitucional, como una consecuencia lógica de la mayor extensión

propia de las Constituciones modernas respecto de las Constituciones del pasado, ¿cómo es posible una apuesta por una opción judicialista o un modelo de revisión judicial robusta, no arbitraria, que en el marco de una renovada teoría de la Constitución permita una adecuada articulación entre el principio democrático y la justicia constitucional? ¿Cuáles son los mecanismos que permiten sortear con éxito lo que ha dado en llamarse, desde Bickel, la dificultad contramayoritaria, frente a una actividad judicial que se mueve entre normas las de carácter abierto y general que integran los textos constitucionales actuales?

La paradoja que presenta la justicia constitucional, un órgano jurídico que resuelve asuntos con marcada inclinación política, obedece a que los Tribunales o Cortes constitucionales, “aplican” el derecho con un espacio cada vez más reducido para la operación silogística característica del positivismo clásico. Dada la particular estructura de las normas fundamentales, dichos órganos resuelven los casos de un modo distinto al de los órganos jurisdiccionales comunes, es decir, asumiendo una carga mayor de decisión política.

Ahora bien, si la Constitución representa un cuerpo normativo con un carácter político especialmente pronunciado, las decisiones judiciales de su guardián, aunque muchas veces tengan una importante repercusión política, deben ser resoluciones jurídicas expedidas dentro del marco de posibilidades que brinda el propio texto constitucional, como resultado de una determinada interpretación jurídica.

En efecto, el término “político” se referirá, entonces, a la posibilidad del juez de ser un actor independiente dentro del circuito de poderes del Estado. Es decir, de actuar con una relativa libertad en el proceso interpretativo, sometido únicamente a los límites normativos trazados por la Constitución.

Pero, ¿cuáles son esos límites? Si la ley se encuentra objetivada por la Constitución y la Constitución es concretada por su intérprete, ¿dónde se ubican los límites que aseguran un ejercicio racional y controlable de la actividad de la Corte como guardián de la Constitución?

A pesar de que las Cortes o TC no son el mejor ejemplo de lo que representa un órgano con legitimación democrática directa, si se compara con las credenciales democráticas que ostentan otros órganos dentro del Estado, sus decisiones pueden estimarse legítimas si aparecen en el marco de una teoría deliberativa de la democracia y de una teoría de la interpretación y motivación controlable, que involucre prácticas dialógicas, y no actitudes discrecionales o arbitrarias, carentes de sustento conforme a las pautas de argumentación propias del derecho.

Por ello, el marco de legitimidad deseable para la revisión judicial descansa en la posibilidad de evaluar jurídicamente sus interpretaciones, verificando de esta forma, que los jueces constitucionales se han sometido al derecho que tiene que aplicar –la Constitución–.

Lógicamente, también sirve la argumentación para controlar si los jueces han adecuado la interpretación a la realidad social, dentro siempre, de los límites derivados de las normas constitucionales vigentes. Ahí está la frontera entre las posibilidades de interpretación y la necesidad de reforma.

La presente investigación ha intentado, a la luz del debate doctrinal, construir un marco válido de justificación general del papel que cumple la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes dando respuesta a dos de las principales críticas que afectan a la justicia constitucional, como son: la menor legitimidad democrática del juez constitucional en el marco de la revisión judicial en relación con el legislador y la controvertibilidad interpretativa que genera la Constitución como norma.

Ambas críticas han sido abordadas por diversos autores desde posiciones diferentes, e incluso opuestas, con el fin de justificar o no la tarea de la revisión judicial en una democracia.

En el marco de esta controversia entre los denominados argumentos originalistas y los no originalistas, pasando por posiciones como la de Dworkin y su mítico juez Hércules, la de Ely y su visión procedimental de la revisión judicial en una democracia e incluso la de Waldron, con su arremetida contra la revisión judicial, la teoría deliberativa y la aportación del constitucionalismo dialógico aparecen como unos elementos valiosos con miras a justificar un grado de intervención judicial controlable.

En efecto, los ingredientes que al respecto aporta la democracia deliberativa en el marco de un constitucionalismo dialógico, en virtud de las ventajas que implica, con el fin de justificar la expansión inevitable de la revisión judicial, pueden resultar favorables en ciertos contextos.

De esta manera, una decisión judicial que se impone como la “última palabra” en una democracia resulta aceptable debido a la característica de reflexión constante y debate colectivo que involucra el ejercicio de tal actividad.

La idea radica en vincular, de modo manifiesto, el ejercicio del poder a condiciones de razonamiento público institucionalizadas que convierten a la democracia en una condición sustantiva y no solamente procedimental, capaz de ofrecer una dinámica colectiva valiosa, en la que todas las opiniones interesadas estén representadas.

Así, el constitucionalismo democrático estaría orientado a conciliar la tensión existente entre Estado de derecho y autogobierno, reflejando

cómo el significado constitucional puede verse afectado por los cambios en las ideas generalmente aceptadas por la sociedad, pero, al mismo tiempo, conserva su integridad y normatividad como derecho, sin pretender quitarle la Constitución a los Tribunales.

En la medida en que el sistema de justicia constitucional esté organizado de tal modo que permita la expresión de voces que no han podido ser escuchadas durante la deliberación parlamentaria, el proceso judicial tiene una ventaja deliberativa importante que cumplir.

No se trata de una Corte “parlamentarizada” que venga a suplir al órgano legislativo y el debate parlamentario, sino, más bien, una práctica deliberativa razonable que tienda a acentuar la legitimidad de ejercicio de la revisión judicial en una democracia.

Por otra parte, debido a que tradicionalmente el constitucionalismo encierra en su núcleo un doble compromiso difícil de mantener, por una parte con la idea de derechos y, por lo tanto, con una dimensión sustantiva de la legitimidad y, por otra, con la idea de democracia, esto es, con una dimensión procedimental de la legitimidad, resulta trascendental una reflexión que permita sortear con éxito tal tensión.

En este marco de discusión, surgen inmediatamente algunas preguntas, ¿significa una Constitución rígida con un catálogo de derechos “intocables” una limitación injustificada para la democracia? ¿Es justificable la existencia de una Constitución con derechos atrincherados que limitan las decisiones que pueden adoptar la mayoría? ¿Por qué razón destaca como importante atrincherar unos derechos?

Desde el constitucionalismo se suele afirmar, que el modelo de organización jurídico-política que se denomina democracia constitucional es, sin más, una exigencia inmediata del ideal mismo de los derechos. En consecuencia, si los derechos básicos constituyen unas libertades irrenunciables e indisponibles, su satisfacción debe concebirse como una exigencia democrática incondicional, al punto de que el contenido de justicia se funda en la realización de los mismos, dando lugar al denominado coto vedado de los derechos. A pesar de ello, la teoría del coto vedado se enfrenta a múltiples críticas, una de las cuales se refiere a los desacuerdos futuros en contextos de sociedades plurales.

La teoría del precompromiso es otra de las ideas desarrolladas para legitimar una carta de derechos rígida. Frente a lo que podría considerarse como especiales situaciones idealizadas de los momentos constituyentes, el atrincheramiento de los derechos se erige en este marco teórico como una especial herramienta de la racionalidad constituyente para evitar dejar en manos de las mayorías futuras los derechos que se consideran indisponibles y básicos dentro de una sociedad.

Sin embargo, el problema que subyace a la teoría del precompromiso no es, precisamente, la posibilidad de blindar unos derechos que se estiman básicos en una sociedad a afectos de constitucionalizar los mismos. La debilidad estriba en la desconfianza generacional y en los desacuerdos que genera tener unos derechos atrincherados, confiados a un guardián de la Constitución.

Por estas razones, un grado de atrincheramiento de los derechos en torno a una idea de precompromiso es tolerable solo en la medida en la que se introdujesen cláusulas abstractas de derechos, permitiendo al legislador una configuración legal del derecho en el ámbito de la política ordinaria que respete el programa constitucional y que, al mismo tiempo, propicie en la esfera judicial un debate deliberativo importante.

Así, el ámbito de la revisión judicial se convierte en un espacio ideal de la deliberación y el debate, sin afectar, necesariamente, a competencias que están atribuidas al legislador.

Constitucionalizar los derechos en forma de principios hace inevitablemente necesario un procedimiento de concreción posterior, ya sea que dicha concreción corresponda al legislador, ya sea que corresponda al juez. El tema fundamental se encuentra en cómo lograr que dicha concreción no constituya un acto de arbitrariedad, cuando las decisiones no permanecen en el nivel de la legislación ordinaria, sino que pasan al de la revisión judicial. Un tema complicado, si se advierte la especial característica de las normas fundamentales.

Así, para el caso de Constituciones rígidas como la ecuatoriana, con un sistema robusto de revisión judicial de constitucionalidad de las leyes, existen buenas razones para que los derechos aparezcan formulados en forma de principios y se encomiende su desarrollo, mediante reglas, a los mecanismos ordinarios de creación del derecho, muy centralmente a la legislación y, con los correspondientes matices a los jueces, que, sin suplantarse al legislador, jugarán un papel trascendental en el campo de la determinación del contenido de los derechos.

Si, en el panorama la abstracción de los derechos, el protagonismo del legislador está justificado y, al mismo tiempo, limitado por la Constitución, el protagonismo del juez está justificado y limitado por la teoría de la argumentación, sin olvidar que, en ambos casos, la práctica deliberativa constituye un elemento esencial de justificación.

Por tanto, según se ha comprobado, la forma en la que una carta de derechos rígida puede sortear con éxito el riesgo de potencial deslegitimación democrática de la justicia constitucional es recurrir a la abstracción relativa de sus normas, permitiendo a los sucesivos parlamentos de-

mocráticos apreciar las circunstancias de cada momento, en un continuo proceso de ensayo y error. En esos contextos normativos, también el juez podrá desarrollar una mayor capacidad argumentativa capaz de alcanzar un grado de legitimidad aceptable.

De acuerdo a lo expuesto al final del primer capítulo, independientemente de los cuestionamientos que enfrenta el control de constitucionalidad, existen ciertos contextos en lo que está especialmente justificado un ejercicio de revisión judicial fuerte.

Así, por ejemplo, en sociedades fracturadas, democracias nuevas o políticamente inestables, sociedades muy desiguales socialmente o sociedades marcadas por el pluralismo y la diversidad, el ejercicio de revisión judicial puede alcanzar su mayor valor epistémico. Vale advertir, sin embargo, que no siempre la justicia constitucional ha cumplido el rol que en dichas sociedades se espera.

Si bien en contextos plurales de diversidad social con democracias estables, el parlamento debe ocupar un lugar trascendental, reflejando lo más adecuadamente posible los valores de igualdad política, participación y representatividad, en situaciones diversas, con democracias inestables y una marcada desconfianza hacia el legislador la institución de la revisión judicial puede resultar especialmente conveniente.

Un ejercicio de revisión judicial que cumpla su función definida en sociedades marcadas por el pluralismo y la diversidad puede constituirse en una herramienta eficiente para la tutela de los derechos si se atiende a prácticas deliberativas en el marco de un constitucionalismo dialógico, así como si se respeta una calidad argumentativa y de motivación suficiente, cuya exigencia debe ser asumida con seriedad por las Cortes o Tribunales con el fin de encontrar su fuente de legitimidad de ejercicio de sus funciones en el marco jurídico que el propio ordenamiento habilita.

En el segundo capítulo se abordó temas referentes al carácter de la interpretación constitucional, así como la relación que existe entre Cortes constitucionales y legislador democrático. A la luz de estos debates se alcanzaron otras conclusiones de especial relevancia que deben ser enunciadas.

Respecto al tema de la interpretación de la Constitución, esta se resolvía, con anterioridad al establecimiento de las Constituciones de la posguerra, en un problema de interpretación de la ley. Ello, por cuanto la ley, y el literalismo como su especial método de conocimiento, suponían las principales herramientas hermenéuticas, debido a la escasa relevancia del derecho constitucional dentro del sistema, y a la falta de un concepto de Constitución con fuerza normativa, salvo alguna excepción.

No deja de suscitar cierta perplejidad comprobar la escasa atención que esta materia ha merecido en el pasado para la teoría de la interpretación jurídica. Por otra parte, cuando se afirma la necesidad de una interpretación constitucional, esta viene caracterizada por ciertas particularidades que se relacionan con su objeto, con sus intérpretes y con sus finalidades, que son diferentes a los elementos que sirven de pauta a la interpretación legal.

En el marco de la teoría de la interpretación y su relación con la actividad judicial, se han destacado algunas ideas, que concluyen en lo siguiente:

- a) *Acerca de la propuesta de un único e inobjeto sentido de la disposición interpretada.* En realidad, esta idea de un único significado interpretativo solo parece posible allí donde el intérprete cuente con un tipo de normas muy concretas y en la práctica, los textos jurídicos redactados en un lenguaje especializado dejan naturalmente un margen de libre apreciación y hacen posibles numerosas variantes de significado, en tal virtud parece un error considerar de forma absoluta que los textos jurídicos solo necesitan de interpretación ahí donde aparecen como “oscuros” o “poco claros”. Más aún, la claridad u oscuridad del significado son cualidades intrínsecas de un texto, es decir, son ellas mismas fruto de la interpretación como actividad.
- b) *Acerca de la escasa distinción positivista entre disposición y norma.* Recuérdese que aquello que se interpreta es siempre un texto, es decir, un enunciado o conjunto de enunciados lingüísticos. Propiamente, la *norma* no es el presupuesto mismo de la interpretación, sino su resultado. Es decir, la norma resulta ser el producto de la actividad interpretativa de determinado texto, por lo que existe una relación interpretativa entre disposición normativa y norma. Una *norma* no tiene un significado sino que es significado. Un significado que no guarda una relación o correspondencia perfecta y unívoca con la disposición que la contiene, que no es previo, sino posterior a la actividad interpretativa desplegada.
- c) *Acerca de la interpretación, entendida como un proceso lineal que va del texto al intérprete.* En verdad, la interpretación involucra un proceso dialéctico, más parecido a lo que se ha venido a denominar un “círculo hermenéutico”, por lo que es necesario abandonar el enfoque lineal de la tarea interpretativa, para asumir que tiene un carácter distinto, que hace referencia a todo un proceso de concretización más o menos complejo que presupone una *com-*

preensión del texto a partir de un momento anterior, como es el de su *precomprensión*.

La fuerza normativa de la Constitución y la peculiaridad de la interpretación constitucional deben ser evaluadas en relación con las diferentes categorías normativas que integran la carta fundamental, lo que genera una relación entre jueces y legisladores que puede ser diferente según cada caso.

La problemática de la distinción entre los tipos de normas que componen los textos constitucionales evidencia la forma en la que se ha alterado y amplificado la función del juez dentro del Estado constitucional.

En primer lugar, el papel de los jueces asume hoy en día un significado diferente al que tenían en el Estado liberal, cuando las normas constitucionales se consideraban como meros encargos al legislador o principios políticos de desarrollo progresivo, donde los órganos jurisdiccionales se encontraban sometidos solamente a la voluntad de la ley y no a los principios constitucionales de justicia material.

En segundo lugar, la función de los Tribunales o Cortes constitucionales ha alcanzado hoy en día una dimensión mayor en la medida en la que ha abandonado una visión pasiva de contraste lógico formal de normas abstractas, para asumir una visión activa, de efectivización de los derechos fundamentales, asociada a diferentes técnicas de argumentación racional.

Legislación y jurisprudencia vendrían a ser dos actividades sucesivas en un mismo proceso de creación y aplicación del derecho, desde la primera configuración normativa dada por legislador, hasta su última conformación, dictaminada por el juez.

El carácter objetivado del control judicial depende del carácter objetivado de su parámetro. Se comprenderá por tanto, que el control de constitucionalidad de las leyes resulta una tarea compleja teniendo en cuenta la pluralidad de contenidos valorativos incluidos en los textos constitucionales contemporáneos, y la consecuente necesidad de articular sobre ellos el razonamiento jurídico.

La objetivación, indisociable de la abstracción en los casos de normas abiertas, no significa la homogenización de los elementos que hacen parte del parámetro. Por el contrario, implica entender que *interpretar* no supone cualquier atribución de significado, sino una atribución de significado dentro del marco de posibilidades admisibles a la luz de la propia norma, de las reglas del idioma y de las técnicas interpretativas y las tesis dogmáticas generalmente aceptadas. Ello confirma la posibilidad de un verdadero derecho judicial que se ve estimulado en el marco de constituciones que incorporan una diversidad de principios abstractos con fuerza normativa.

De ahí que sea posible aseverar que, aun existiendo predicados con contenidos valorativos controvertidos en la Constitución, su aplicación no tenga que ser arbitraria, ni que ello impida resolver las controversias de una forma precisa, siempre que la decisión adoptada se encuentre debidamente justificada o motivada.

El proceso de argumentación que realizan las juezas y los jueces no debe servir como argumento intersubjetivo para ellos mismos, sino que debe conseguir que los resultados a los cuales se llega sean aceptables y justificables para el auditorio que recibe la decisión judicial.

Una amplia legitimación de la interpretación constitucional es posible cuando la norma suprema ha adquirido fuerza material dentro de un ordenamiento jurídico, es decir, ha alcanzado la capacidad de imponerse como norma jurídica y de incidir de forma directa en las relaciones sociales.

Si toda fuente jurídica requiere ser interpretada, la Constitución, al erigirse en fuente primigenia y en verdadero derecho originario, exige el mismo trato que las demás disposiciones. En el caso de la Constitución se añade un *prius* consistente en el reconocimiento de una multiplicidad de intérpretes que efectivamente son llamados a realizar labores interpretativas de diversa índole y con diferente alcance.

Lo correcto es incorporar una pluralidad de intérpretes o “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”, en términos de Peter Haberle, lo que exige que la tarea de interpretación sea entendida de la forma más amplia posible y no quede sujeta solamente a los procesos jurídicos específicos. Es necesario que la tarea de interpretación constitucional no se limite solamente a los procesos que son ventilados ante los tribunales, sino que involucre a todos aquellos en los que los ciudadanos se hallan presentes como sujetos de la comunidad política, ya que todos ellos revitalizan la ley suprema en sus actos cotidianos.

La consecuencia de admitir una pluralidad de los intérpretes constitucionales, aun cuando exista dentro de los sistemas jurídicos un órgano máximo de interpretación con el carácter de vinculante, es un efecto de la superioridad y fuerza normativa de la Constitución.

Cada actualización de la Constitución por cada uno de los integrantes de la sociedad, es, al menos, un fragmento de interpretación anticipada que es contraria a la idea de una sociedad cerrada de los intérpretes, para dar paso a una democratización de la teoría de la interpretación.

Se puso de manifiesto que la Constitución no es una norma cualquiera del ordenamiento jurídico, que permita una aproximación con el mismo bagaje y la metodología propia de las demás normas del sistema.

La Constitución es la norma fundante del ordenamiento, que define el sistema de fuentes y se diferencia de las demás porque todas estas derivan de forma directa o indirecta de aquella.

En tal virtud, la peculiaridad de su interpretación reside también en el enraizamiento político de las valoraciones inherentes a las dudas interpretativas que se derivan de ella y a las opciones interpretativas que las normas que la integran admiten a priori.

En ese marco, la libertad del legislador para desarrollar los contenidos constitucionales es máxima, pero no omnímoda, y corresponde al máximo guardián de la Constitución fijar los márgenes de desarrollo legislativo admisible dentro de lo que la carta fundamental habilita.

Por ello, la particular interpretación de la Constitución en relación con la ley no reside en que las reglas o métodos de la interpretación legal no sean útiles en materia constitucional, sino que, siendo necesarios los métodos tradicionales de la interpretación iusprivatista, son insuficientes por la propia naturaleza del texto interpretado.

De ahí que hayan cobrado relevancia otras técnicas de razonamiento jurídico, como la tópica, y que, a pesar de las críticas que aquella afronta debido a la vaguedad del concepto, se haya fomentado la búsqueda de premisas *-tópicos o topoi-* como lugares comunes desde los cuales es posible argumentar, y por medio de los cuales se puede obtener una solución correcta a las controversias, intentando con ello persuadir a los interlocutores del discurso jurídico.

Finalmente, y con el fin de acotar la interpretación que se funda en el método tópico, se debe indicar que la misma es una actividad limitada y vinculada por la norma a la cual se remite, susceptible de dotar a esta de un carácter de racionalidad y previsibilidad.

El problema de la interpretación y la actividad judicial puede adscribirse, al menos, a dos mundos distintos; por un lado, el del conocimiento y de la razón, y, por otro, de la voluntad y de la decisión, según se adopte una actitud más cognitiva y racional o, una más volitiva y creativa.

Desde los presupuestos de la teoría cognitiva, la actividad interpretativa vinculada a la actividad judicial no sería más que un acto puro de conocimiento racional en la que los enunciados interpretativos, las normas, producto de la actividad interpretativa, contendrían un valor de verdad.

Para esta teoría, la actividad del intérprete consiste en una operación mecánica de silogismo racional en la que las disposiciones o contenidos que deben ser interpretados gozan de una plena autonomía semántica que es descubierta a través de un procedimiento deductivo, obteniendo un significado unívoco de las mismas.

Su origen es, sin duda, la filosofía de la Ilustración de la segunda mitad del siglo XVIII que puso de manifiesto que interpretar la ley al modo característico del Antiguo Régimen no era precisamente aclararla, sino corromperla, forzando que el texto normativo llegara más allá de lo que su solo contenido estableciera claramente.

El resultado del método cognitivo es una concepción mecánica de la actividad interpretativa en manos de los jueces, donde el derecho se ve reducido a un conjunto de fórmulas preestablecidas que deben ser aplicadas de forma deductiva mediante inferencias lógicas de razonamiento judicial.

De ahí la idea de que las leyes debían ser lo suficientemente claras y concluyentes, sin pasajes oscuros y capaces de resolver todos los problemas sociales, de manera que pudieran ser fácilmente entendidas por todos los destinatarios como sujetos racionales.

Bajo el marco de esta teoría la polémica de la legitimidad de la justicia constitucional resultaría irrelevante, debido a que el intérprete sería un súbdito más de la norma y de su única voluntad, salvo que pretendiese inmiscuirse en terrenos más allá de los legítimamente autorizados por el legislador.

No obstante, debido a las insuficiencias del método cognitivo y de las diferentes reacciones al positivismo legalista planteadas desde las teorías sociológicas y la Escuela del derecho libre, las críticas se hicieron presentes. La ley con su generalidad, vaguedad y abstracción, se muestra, en la realidad, insuficiente frente a los diferentes problemas necesitados de un grado de concreción práctica.

Todo ello desembocaría en una conclusión escéptica, que señala que los jueces nunca aplican un derecho preexistente en los casos puestos a su conocimiento, sino que siempre lo crean. Esta tesis que está asociada, especialmente, al realismo jurídico americano cuyas versiones más extremas se apoyan en algunas interpretaciones derivadas de la filosofía del lenguaje.

Hoy en día, es bastante difícil encontrar un escepticismo de corte radical-teórico que acepte sin más que las palabras de la ley carecen de significado y que los enunciados interpretativos son producto exclusivo de la creatividad o subjetividad del intérprete.

Si para el escepticismo radical es suficiente mostrar que el juez siempre tiene discrecionalidad porque tiene la posibilidad de elección entre una pluralidad de significados y para la teoría interpretativa cognitiva la respuesta a los problemas se encuentra siempre predeterminada, es decir, entre la *pesadilla* y el *noble sueño*, lo que queda es una *vigilia* que se aseme-

ja más a un constructivismo moderado, que acepte una discrecionalidad controlable de la actividad judicial.

Esta posición afirma que se puede determinar el significado de las disposiciones jurídicas, asumiendo que unas veces existe una respuesta más o menos clara y, en otras, una mayor discrecionalidad –que no arbitrariedad judicial– acotada por el propio entramado constitucional y por pautas interpretativas establecidas, que permiten articular una interpretación plausible en consideración a un conjunto amplio de derechos configurados en pie de igualdad.

No resultaría corrector reducir todo el derecho a una concepción estrictamente de derecho judicial, prescindiendo de la posibilidad de deducir un contenido en los enunciados normativos, puesto que ese mismo derecho judicial presupone en mayor o menor medida un significado y, además, porque si todos los significados fueran estipulados por los intérpretes, carecería de sentido propugnar la corrección de la interpretación judicial.

Consecuentemente, con el fin de acotar el problema, así como de demostrar la escasa base de la teoría que defiende que la interpretación es siempre creación *ex novo*, resulta determinante la obligación de los jueces de motivar sus sentencias sobre la base de la Constitución y la ley.

Es probable que se trate de una vinculación débil, pero, no obstante, constituye la única respuesta que permite excluir la posibilidad de formulación judicial de normas *ex novo*.

En relación con el principio de proporcionalidad, como se ha expuesto, no se trata de un concepto jurídico inventado por la jurisprudencia y la doctrina constitucional de la segunda mitad del siglo XX. La relación *medio-fin* que subyace a la idea de proporcionalidad data de la filosofía práctica de la Grecia clásica. Sin embargo, el resurgimiento del principio como concepto del derecho europeo se remonta al contractualismo iusnaturalista de la Ilustración, cuando llegaron a madurar todos los demás presupuestos del derecho penal moderno, pasando con el tiempo a ser incorporado cada vez con mayor frecuencia por las Cortes y Tribunales constitucionales modernas.

A pesar del papel que actualmente desempeña el principio de proporcionalidad en el Estado democrático, lo cual implica que todos los poderes públicos están sometidos al mismo en su doble vertiente, como criterio de actuación y parámetro de control, resulta patente una frecuente inconsistencia terminológica cuando se hace mención a dicha categoría jurídica.

Con mucha probabilidad, una de las causas de este uso inconsistente se encuentre en la pluralidad de significados o el uso disímil que pue-

de adscribirse al término ponderación y su asimilación directa a la idea de proporcionalidad.

Dentro del campo específico de los derechos fundamentales, el tema no es pacífico y puede afirmarse que, mientras algunos autores opinan que ponderación y proporcionalidad son conceptos sinónimos, otros indican que se trata de ideas contrapuestas, mientras que otras posiciones, les conceden solamente una coincidencia parcial.

Para esta investigación la ponderación y su núcleo, la “Ley de la Ponderación”, que la explica y la fundamenta desde sus reglas, como expresión de su racionalidad, constituye una parte integrante del principio de proporcionalidad *en sentido amplio* en el marco del control abstracto.

El principio de proporcionalidad en sentido amplio es un concepto esencialmente relacional que se encuentra ligado siempre a un sustrato normativo, vinculado a una determinada teoría de la interpretación.

El principio de proporcionalidad en sentido amplio se encuentra integrado por un conjunto de herramientas que permiten medir la licitud de toda intervención de género normativo en el ejercicio de los derechos desde un concreto perfil, que es evitar la inutilidad, necesidad, desequilibrio o desproporción de una medida empleada.

Para ello, dicho principio se compone de tres criterios escalonados, máximas o subprincipios: *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en estricto sentido*. Estos tres subprincipios expresan en su conjunto la idea de optimización. Cada uno de los criterios o máximas requiere de un análisis diverso en su aplicación. Así, la norma enjuiciada ha de ser *idónea* para la consecución de su objetivo conforme a la Constitución; *necesaria*, es decir, el más moderado respecto de todos los que sean *útiles y susceptibles* de alcanzar su fin; y, *razonable* o *proporcionada* en cuanto la relación *costes-beneficios* del resultado previsto como consecuencia de su aplicación.

Ahora bien, ¿cómo se articularía el principio de proporcionalidad con el contenido de los derechos y con una teoría de la interpretación? Recurriendo a Alexy, en el desarrollo de la investigación se ha indicado que se puede hablar de una conexión necesaria o tesis de la necesidad entre derechos fundamentales, principio de proporcionalidad y teoría de la interpretación.

Dicha conexión es evidente en todos aquellos casos donde las normas de derechos fundamentales previstas en la Constitución se encuentran reguladas como normas abiertas, generales o ambiguas.

Una de las claves del planteamiento de Alexy es la vinculación necesaria existente entre principios entendidos como mandatos de optimización y el principio de proporcionalidad. El carácter de principio y la máxima de proporcionalidad se sustentan entre sí, recíprocamente.

Ello significa que la máxima de proporcionalidad, con sus tres sub-principios (idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido), se infiere del carácter de los principios como normas abiertas, pero, a su vez, aquellos definen lo que debe entenderse por “optimización”.

Consecuentemente, quien rechaza la teoría de los principios como mandatos de optimización, debería rechazar también el principio de proporcionalidad y perfilarse más bien hacia una teoría interpretativa de orden cognitiva, así como adherirse a una teoría absoluta del contenido de los derechos.

De esta forma, solo una aplicación racional y controlable del principio de proporcionalidad aporta a los jueces una forma de resolver los conflictos entre principios que pueda sostener la pretensión de corrección de sus decisiones.

De hecho, solo una adecuada concreción del principio de proporcionalidad por parte de la justicia constitucional contribuirá a la pretensión de corrección de las decisiones jurídicas adoptadas. Más concretamente, el principio de proporcionalidad desempeña un papel indispensable como parámetro o fuente de legitimidad de las actuaciones de la justicia constitucional.

A pesar de la aparente claridad que comporta que el principio de proporcionalidad adquiera un estatus conceptual de límite de los límites de los derechos fundamentales, esta concepción encuentra dos dificultades que merecen ser mencionadas: en primer lugar, la idea de que el principio de proporcionalidad como límite es un canon autónomo capaz de operar desligado del derecho fundamental intervenido; en segundo lugar, una dificultad derivada de la anterior, como pensar que la competencia del legislador está acotada por dos conceptos autónomos, que serían los derechos fundamentales, por un lado, y, el principio de proporcionalidad, como límite de los límites, por otro, como si fuesen dos cosas separadas o diferentes.

Ahora bien, no parece correcto afirmar que el principio de proporcionalidad imponga al legislador un límite adicional a aquel que nace de las propias cláusulas de derechos fundamentales. No al menos como un *plus* adicional y autónomo, ya que dicho principio no tendría la capacidad de operar sin una disposición de derecho fundamental le sirva de base. Y es que el principio de proporcionalidad solamente puede ser considerado límite de los límites si se admite una teoría absoluta del contenido esencial del derecho, todos los casos y para todos los derechos.

El principio de proporcionalidad vendría a hacer operativos los derechos fundamentales como límites al ejercicio del poder público, es de-

cir, como un instrumento metodológico mediante el cual se hace explícito hasta donde el derecho fundamental limitado tolera las intervenciones que se le imponen.

Esta conclusión presenta el problema de relativizar el peso de los derechos fundamentales en el marco del control de constitucionalidad y centrar dicha actividad solamente en el método.

Sin embargo, una lectura correcta de la utilización del principio de proporcionalidad debe llevar a la conclusión de que el verdadero canon del control de constitucionalidad son las normas de derecho fundamental, en tanto que nociones tales como proporcionalidad o contenido esencial son instrumentos metodológicos o técnicas argumentales cuyo fin es solucionar de manera satisfactoria y racional el problema de la compatibilidad entre las normas legislativas y las disposiciones de derecho fundamental.

Si el canon de control constitucional por antonomasia son los enunciados de derecho fundamental abstractos y no determinables en su contenido de forma a priori según una teoría de la interpretación jurídica y del contenido de los derechos, la única forma de concretar el sentido normativo de dichas disposiciones abiertas y generales, mediante el principio de proporcionalidad, que opera como una garantía de los derechos y, a la vez, instrumento metodológico al servicio de la interpretación de las disposiciones constitucionales.

El principio de proporcionalidad, siendo un instrumento de control de la actividad legislativa, también cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo brindando la oportunidad de concretar el contenido de los derechos fundamentales por parte del legislador. Pero, aún más, es en la aplicación del principio de proporcionalidad respaldada por una teoría de la interpretación donde se concreta el contenido de cada derecho.

Por su íntima conexión con el principio de proporcionalidad, se trató sobre la teoría del contenido esencial de los derechos, que constituye además, el criterio más utilizado por la dogmática para afirmar la vinculación necesaria del legislador democrático a los derechos fundamentales; así como para definir el alcance del control de los órganos jurisdiccionales. No obstante, este criterio topa con la dificultad de delimitar de manera precisa y clara cuál es el ámbito de dicho contenido, algo que resulta patente en la Constitución ecuatoriana de 2008.

La teoría absoluta del contenido esencial sostiene que existe una determinada esfera permanente del derecho que constituye su núcleo esencial e indisponible. Por tanto, distingue en cada derecho dos partes: una, formada por un núcleo que vendría a ser el contenido esencial, y otra, ac-

cesoria o no esencial, identificada como la zona de periferia del derecho. La intervención legislativa solo sería constitucionalmente admisible en la zona periférica o no esencial, pero nunca en el núcleo.

El núcleo del derecho en la teoría absoluta es susceptible de ser definido en abstracto con independencia del caso o de una situación histórica concreta, por lo tanto, es irreductible e indisponible por el legislador en cualquier momento. Según esta teoría, el contenido esencial es uno y siempre el mismo, pudiendo ser establecido para cada derecho fundamental en abstracto. Se trata, por tanto, de un tipo abstracto que preexiste conceptualmente al momento legislativo como una medida establecida y fija, como un elemento estable y definitivo que debe permanecer siempre, antes y después de cualquier intervención legislativa.

Sin embargo, en esta visión de los derechos y su contenido, el margen de configuración legislativa queda excesivamente restringido y, además, se emplaza a las Cortes o Tribunales Constitucionales a determinar mediante una "simple actividad deductiva", mecánica y en abstracto, cuál es el contenido de cada derecho, prescindiendo de las exigencias de interrelación de los derechos entre sí y con otros bienes o valores constitucionales en los casos concretos.

Por otro lado, determinar el contenido de los derechos en abstracto parece una tarea complicada si se tiene presente que en la mayoría de los textos constitucionales las disposiciones de derechos fundamentales se han enunciado en términos altamente vagos y generales, de modo que no queda absolutamente claro siempre y en cada momento cuál es el contenido esencial de *todos* los derechos.

Para el caso ecuatoriano, con algún matiz, dado que a nivel constitucional, en una carta especialmente extensa y con una riqueza de formas normativas, existen derechos con unos contornos más definidos y otros más generales y abstractos parece no ser apropiada una teoría absoluta del contenido en todos los casos, en razón de que *no todos* los derechos fundamentales ofrecen de forma clara y *ex ante* un contenido esencial, estático y definitivo.

Por su parte, la teoría relativa del contenido de los derechos parte de la constatación de que toda limitación a los derechos fundamentales exige una justificación, la cual puede encontrar un apoyo explícito en la norma constitucional, o bien puede derivarse implícitamente de la necesidad de proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionales igualmente protegidos.

Para esta teoría, el contenido esencial coincide con una exigencia de justificación, es decir, no existe un contenido abstracto identificable en

todo momento y en toda circunstancia para cada derecho fundamental, ya que los derechos poseen igual rango y se relacionan o afectan recíprocamente en circunstancias y casos específicos.

Más allá de que los enunciados constitucionales puedan disponer de un significado *prima facie*, en la teoría relativa el contenido esencial es aquello que queda después de un ejercicio de proporcionalidad o ponderación. No tiene, por tanto, la teoría relativa como punto de partida un contenido que se aprecie como esencial al estilo de una medida preestablecida, fija e inmutable.

En ese marco, la garantía del contenido esencial no formularía frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional de la restringibilidad de derechos fundamentales. El contenido esencial sería, entonces, el marco indisponible que queda del derecho después de la aplicación el test de la proporcionalidad.

Las críticas a esta teoría apuntan a que mediante una concepción relativa, el contenido esencial del derecho no sería más que una garantía formal y puramente retórica, puesto que, admitir que un derecho puede quedar limitado al amparo de otros bienes constitucionales igualmente protegidos, sin requerir más que un juicio de proporcionalidad de la medida limitadora, equivaldría a relativizar por completo el carácter jurídico del derecho fundamental, sometiéndolo a la posibilidad de restricciones ilimitadas tras la fachada de justificaciones proporcionales.

De ahí la difundida tesis en la doctrina acerca de la naturaleza meramente declarativa de la garantía de contenido esencial, que no añadiría nada a la mención constitucional del derecho fundamental, ya que el derecho empezaría allí donde acabara la posibilidad de limitarlo.

De alguna forma, como se indica en la presente investigación, la Constitución ecuatoriana parece haber tomado este rumbo cuando dice que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule *injustificadamente* el ejercicio de los derechos. Así, una intervención por parte del legislador o de los poderes públicos en el ámbito de los derechos sería justificable, solamente, si hubiera superado con éxito un test de proporcionalidad.

La CC del Ecuador, aunque moviéndose a veces de forma imprecisa entre una concepción relativa del contenido de los derechos y la teoría absoluta de los mismos, ha indicado en su jurisprudencia que el contenido de los derechos puede variar conforme el transcurso de la historia, reafirmando lo indicado.

De cualquier manera, la carga de justificación que pesa sobre el legislador a la hora de limitar-regular los derechos fundamentales en el marco

de lo que la propia Constitución establece parece representar una característica común a los sistemas de protección de los derechos.

Una conclusión básica es que, mientras la teoría absoluta del contenido esencial observa a cada derecho de forma aislada con un contenido inmutable e invariable, la teoría relativa, con el principio de proporcionalidad por medio, analiza a los derechos en una continua relación dialéctica de unos con otros, más aún, si se presentan como en la Constitución ecuatoriana, en un plano de igualdad jerárquica y de plana justiciabilidad.

Constreñir el margen de libertad de configuración legislativa dentro de unos límites definidos por la necesidad de respetar un contenido esencial *ex ante* para *todos* los casos parece posible, solamente, si la comunidad en su conjunto pudiese identificar con referencias precisas un límite que el legislador nunca pudiera transgredir.

Ello ha llevado, como se vio en el transcurso de la investigación, a que se haya defendido eliminar el concepto de “limitaciones” constitucionales a los derechos fundamentales por el de “delimitación” interna de los derechos, tratando, así, de suprimir el aparente absurdo que significa que el legislador pueda limitar un derecho creado por la Constitución y de soslayar, al mismo tiempo, el tinte negativo que la palabra limitación tiene en el mundo de los derechos.

Una teoría relativa del contenido de los derechos se justifica con unos derechos en pie de igualdad y en constante interacción, más allá de que puedan existir algunos derechos que tengan un contenido más concreto y específico.

En efecto, en el momento en que se acepta que el derecho posee un contenido esencial que no puede ser restringido, el juicio de proporcionalidad pierde su naturaleza porque deja de ser relacional. Lo que importaría no sería si las ventajas para un derecho justifican las desventajas para otro, sino, exclusivamente, si el derecho restringido ha sido afectado en su núcleo esencial.

Si se parte del modelo de los principios como posiciones definitivas o absolutas, se llega al resultado de que nunca pueden existir limitaciones-regulaciones legítimas o constitucionalmente admisibles al ámbito de ejercicio de los derechos. Por el contrario, si se parte de un modelo de principios abiertos y generales, es posible una limitación constitucionalmente admisible de un derecho garantizado *prima facie* por las normas de derechos fundamentales que luego, tras pasar la norma controvertida por el tamiz del principio de proporcionalidad, puede alcanzar el grado de definitiva. Por esta razón, la única forma plausible de definir el contenido esencial de los derechos es mediante su identificación con el principio de proporcionalidad.

Así se justifica también la previsión de la norma fundamental ecuatoriana que consagra positivamente la vinculación del legislador a un contenido de los derechos, abandonando una concepción pasiva de los mismos, que los entendiera tan solo como límites de los límites a los poderes públicos.

Por otro lado, en el extremo opuesto a los denominados casos fáciles en el derecho, es decir, aquellos cuya solución aparece relativamente clara en el sistema jurídico, se encuentran los denominados casos difíciles, cuya solución no está predeterminada en las normas.

Si la solución para los denominados casos fáciles en el control abstracto viene determinada en la propia norma constitucional que la sustenta, en los casos difíciles, a causa de la indeterminación normativa de las disposiciones de derecho fundamental no parece claro, al menos a priori, si una ley cuestionada es compatible o no con una norma de derecho fundamental que resulta relevante, con lo cual la actividad interpretativa se vuelve más intensa.

Dado que, en estos casos, la norma directamente estatuida por la Constitución no basta para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, es necesario concretar una nueva norma que sea adecuada para desempeñar la función de premisa mayor de la fundamentación interna en la argumentación.

En este tipo de casos, en el que el juzgador no cuenta con una premisa mayor absolutamente clara, es cuando se habla de creación judicial en el marco de la interpretación jurídica. Es en este marco, donde el juez integra el ordenamiento jurídico o concreta el contenido de un precepto constitucional.

Esa norma que debe ser “construida” viene siendo, conforme se ha observado en el presente trabajo, una norma adscrita o *hipótesis interpretativa* propuesta por el órgano jurisdiccional, que hace posible una solución jurídica cuando los enunciados abstractos y generales de derecho fundamental parecían incapaces de proporcionar una solución suficientemente clara al problema.

En los casos difíciles, el núcleo central de la estructura argumentativa deja de ser la sola subsunción jurídica o justificación interna de la decisión judicial, y se compone de otros elementos, que entrarán en escena posteriormente como, por ejemplo, el principio de proporcionalidad.

Se articula así, una relación normativa en la que las normas adscritas precisan o concretan el alcance de las normas directamente estatuidas en los más variados ámbitos particulares de aplicación. Por su parte, las normas directamente estatuidas constituyen el fundamento jurídico para la

concreción de las normas adscritas, a efectos de que dicha construcción normativa sea reconducida a los propios ámbitos del derecho.

En suma, para que en el razonamiento jurídico de los casos difíciles pueda comparecer o intervenir en debida forma un principio se requiere su concretización, esto es, la transformación de una norma expresa en una norma más concreta, que permita determinar el ámbito de aplicación de la primera y, al mismo tiempo, sus excepciones, no siempre explícitas en el texto de la disposición.

Es verdad que en una Constitución de detalle como la ecuatoriana algunos derechos han encontrado su delimitación en el propio tramado constitucional. Sin embargo, la pervivencia de casos donde dicha situación no se da, vuelva necesaria una concreción *a posteriori* de los derechos reconocidos en la Constitución.

Debido a que, como se anticipó en estas mismas conclusiones, en la teoría existe la discrepancia acerca de si ponderación y proporcionalidad son categorías distintas o se trata de instituciones equivalentes, las objeciones o críticas al principio de proporcionalidad han seguido el mismo camino, sin poder definirse de forma clara si las mismas se refieren a uno u otro concepto.

Algunas de las principales críticas podrían resumirse en dos grandes ideas: la subjetividad del principio de proporcionalidad como método válido de interpretación dotado de claridad conceptual y la inconmensurabilidad de dicho principio. Dichas críticas afirman, en consecuencia, la imposibilidad de un control objetivo de la Constitución, dejando sin resolver el déficit de legitimidad democrática que pesa sobre las Cortes o Tribunales.

En todo caso, y a pesar de las críticas que se han vertido, la aplicación del principio de proporcionalidad ha constituido un avance en la superación del formalismo interpretativo y un triunfo de la concepción argumentativa y abierta de la interpretación constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que, así como el principio de proporcionalidad se brinda como un especial argumento en la construcción de la decisión jurídica para controlar las normas que emanan del legislador que afectan a los derechos fundamentales, su indebida utilización actuará en detrimento de la coherencia del derecho, de la concepción del ordenamiento como un sistema y, en consecuencia, de la actuación coherente de los órganos jurisdiccionales.

Como se dejó señalado, aun cuando existen casos más sencillos en el mundo del derecho en los que la solución está más o menos determinada en virtud de las cualidades semánticas de ciertas disposiciones, en los

casos complejos el intérprete no ejerce una discrecionalidad en sentido fuerte que lo enfrente a algo así como la “inevitable” consecuencia de la creación *ex novo* de una norma.

En efecto, por un lado, como se advirtió, la producción de significados por vía de interpretación presupone obviamente la existencia de un texto anterior, esto es, el texto interpretado; y por otro lado, ello no supone que los textos normativos carezcan antes de la actividad interpretativa de cualquier significado.

A estos efectos, tal vez resulta difícil hablar de una total determinación del contenido de los derechos, pero sería ilógico hablar de total indeterminación. Todo esto permite afirmar de alguna manera la posibilidad de un margen de discrecionalidad controlable. Una discrecionalidad justificada y razonable respecto de aquellos ejercicios de discrecionalidad que definitivamente no lo son, lo cual supone una limitación importante respecto del papel que puede desempeñar la teoría de la discrecionalidad en sentido fuerte, al estilo del escepticismo radical o del “*todo vale*”.

Es posible admitir, por tanto, un ámbito de discrecionalidad limitado, ya que los resultados hermenéuticos no deben perder su esencial rasgo jurídico a pesar de la elasticidad de ciertas normas.

Como es evidente, ello no significa admitir una actuación alejada de los estándares de racionalidad; por el contrario, se entiende que dicha actividad discrecional cobra sentido a partir del deber general de fallar y resolver el caso, vinculada a una necesidad de justificación o motivación pertinente.

De tal suerte, el ámbito de discrecionalidad no puede aparecer como la antítesis de la aplicación de las normas jurídicas. La discrecionalidad razonable es normativa en sus raíces porque se remite a las posibilidades interpretativas que brinda el sistema jurídico, el cual, a su vez, la acota mediante la exigencia de la debida motivación y argumentación capaz de mostrar una elección racional. Dicha discrecionalidad se ejerce, por tanto, sobre la base de una referencia normativa, a la que se remite finalmente.

En la medida en la que la función judicial se configura a partir de un deber jurídico de resolver y motivar, tiene sentido hablar de una discrecionalidad controlable sometida a un marco general, que es el sistema jurídico.

Tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa la práctica de la Corte en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad arroja las siguientes conclusiones:

- a) La CC del Ecuador no ha diferenciado con una argumentación precisa, cuándo se trata de una impugnación de un acto normati-

vo y cuándo se trata de una impugnación de un acto administrativo con efectos generales. Salvo evidentes impugnaciones contra algunas leyes, no existe claridad en el tratamiento que la Corte proporciona a esta cuestión en cada caso.

- b) De los datos obtenidos se evidencia, además, un uso cada más frecuente del principio de proporcionalidad en la CC. De ser utilizado por la CCPT en los fundamentos jurídicos de 15 sentencias de las 51 analizadas, se ha pasado a 49 sentencias de las 82 analizadas que proceden de la primera CC. Existe, por tanto, un incremento importante en el uso de esta categoría jurídica.
- c) La concreción del criterio de proporcionalidad invocado por la Corte como principio interpretativo ha sido más bien confusa y tan solo enunciativa en varias sentencias. Salvo casos excepcionales, que no permiten apreciar una actuación constante y uniforme ni de la CCPT, ni de la Primera Corte Constitucional, la amplia discrecionalidad en la valoración del principio de proporcionalidad por parte de la Corte resulta patente. Esto es especialmente criticable en la primera CC, que a pesar de la experiencia acumulada, tan solo ha avanzado en un uso algo más depurado del principio sin ser consistente.

Se advierte una aplicación más bien intuitiva del principio de proporcionalidad durante los primeros años de la Corte. Una retórica dispersa y confusa ha contribuido a que la Corte no mantenga una práctica efectiva y consistente en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad.

La propia indeterminación del concepto *proporcionalidad*, que parece remitir a una genérica relación entre dos elementos, habitualmente un medio y un fin, ligada a un valor de justicia, así como la raíz más filosófica de un principio como este y su conexión con otros principios interpretativos, constituyen algunas de las circunstancias que pueden haber influido en la utilización del principio de proporcionalidad que refleja la jurisprudencia de la CC.

- d) Si el período de estudio referido a la CCPT arroja como conclusión un uso intuitivo y confuso del principio de proporcionalidad, en el período que se refiere a la primera CC, aun cuando se puede constatar una utilización algo más depurada del principio, como se indicó, no puede decirse aún que la puesta en escena de esta herramienta jurídica haya logrado consolidarse en el ejercicio de la práctica jurisdiccional.

La revisión de la jurisprudencia de la Corte no hace más que poner en evidencia que la utilización del principio de proporcionalidad como canon de control, por parte de la Corte no es alentadora. Con todo, es cierto que, como era de esperarse, el uso del principio de proporcionalidad ha ido extendiéndose progresivamente en los diferentes fallos de la Corte.

Ahora bien, a pesar de que la utilización del principio de proporcionalidad dentro del control de constitucionalidad resulte altamente discrecional y merezca fundados reparos, parece altamente difícil dar marcha atrás en su utilización por parte de la CC del Ecuador. Lo que queda es la exigencia de un uso mucho más depurado y técnico del principio capaz de convertirse en un canon de legitimidad que dote de racionalidad y previsibilidad a las decisiones que adopta la Corte.

- e) Por otro lado, hay que advertir, que no existe una verdadera práctica deliberativa real en el marco de un constitucionalismo dialógico que incentive una colaboración armónico-dialógica entre de las funciones del Estado y los ciudadanos interesados en las causas que se tramitan ante la Corte.

Al contrario, el desequilibrio en favor de un presidencialismo exacerbado a nivel constitucional parece confirmarse también en las sentencias que son emitidas por la Corte y que son favorables al ejecutivo.

Y es que, cuando se trata de la CC del Ecuador, más que de un poder contramayoritario que suponga una amenaza al Parlamento democrático, se puede hablar de una Corte deferente con un ejecutivo llamativamente poderoso dentro del circuito de poderes del Estado.

- f) Aunque el diseño constitucional ecuatoriano pueda parecer, entre otros aspectos, contramayoritario en su origen, por ser partidario de una opción judicialista robustecida, sin embargo, en la práctica, la temida dificultad contramayoritaria tiende a diluirse cuando la Corte parece, más bien, deferente con el poder al cual está llamado a controlar, en particular, con el ejecutivo.

Así, el “problema” de un activismo judicial que reemplace al legislador parece no existir en el ideario de la CC del Ecuador. Más bien, el tema apunta a un exceso de autocontención, o, dicho de otra forma, de deferencia hacia el ejecutivo y, por extensión, a un Legislativo de mayoría oficialista, sin que el órgano jurisdiccional haya utilizado de manera decisiva todas sus atribuciones constitucionales.

- g) Aun así, un desplazamiento “adecuado” al legislador o la “última palabra”, tal como lo ha dicho la Corte en alguna de sus sentencias, sería tolerable, únicamente, en la medida en el que el marco de justificación y argumentación resulte racional y controlable.

De otra manera, todas las inquietudes que ha suscitado la crítica contramayoritaria y de la cual es consciente el órgano jurisdiccional, reaparecen con especial contundencia cuando se examina el papel que ha desempeñado la Corte, pero, aún más, vuelven injustificables las prácticas judiciales de deferencia funcional en favor de los poderes públicos, cuando no se alcanzan a fundamentar sus fallos en una argumentación suficientemente convincente.

Un déficit de legitimidad en el origen puede ser compensado con una legitimidad de ejercicio. Es decir, aun cuando un problema real para el Estado democrático sea *quién* tiene la última palabra en la discusión sobre la constitucionalidad de las normas, resulta tanto o más importante, definir el *cómo* se ejecuta o lleva a cabo esa función de pronunciar la última palabra.

Por ello, es necesario que la Corte, como espacio institucionalizado del debate constitucional, incorpore verdaderas prácticas deliberativas y que sus decisiones obedezcan a una argumentación coherente, racional, suficiente y controlable en el marco de una teoría de la interpretación, elaborada con consistencia, apta para ser considerada como fuente de legitimidad del ejercicio de sus funciones.

El deber de motivación que deben asumir los jueces en el momento de resolver los casos concretos es el instrumento que permite evaluar la racionalidad de la praxis jurisdiccional, al tiempo que contribuye a justificar –o no– la “desviación” de la función “originaria o natural” de la justicia constitucional como un “legislador negativo” cuando se ve enfrentado a disposiciones con un importante contenido valorativo.

El deber de motivación es el elemento que limita, aunque sin eliminar, el margen de discrecionalidad razonable de toda actividad de interpretación. Motivar sobre la base de la Constitución o de la ley significa crear una vinculación de la decisión judicial con la disposición jurídica que la sustenta.

La necesidad de encontrar un vínculo de justificación racional y suficiente de la decisión judicial con una disposición normativa no supone abandonar el estímulo que para el “derecho judicial” involucran las constituciones actuales, ricas en valores y principios de contenido genérico. Todo lo contrario, implica poner a prueba el ejercicio argumentativo de los jueces mediante prácticas deliberativas a la hora de aplicar una Constitución que cuenta con una variedad de disposiciones normativas.

Ello conduce, aunque resulte paradójico, a un cercenamiento de la arbitrariedad judicial, puesto que los estándares de conducta de los jueces no pueden provenir del arbitrio personal, sino que deben ser inferidos o deducidos de la propia normatividad, esto es, de la Constitución.

Así, los vínculos que teje el deber de motivación entre la decisión judicial y los textos normativos no deben reducirse a una práctica retórica, meramente formal o enunciativa de la Corte, que nada o muy poco diga sobre las auténticas razones del fallo.

La forma más razonable de admitir el ejercicio de la revisión judicial constitucional, con su tendencia a la expansión cada vez mayor en los sistemas jurídicos contemporáneos, pasa por atenuar los rasgos mayormente contramayoritarios y elitistas de tal actividad.

En este marco, la forma de elección de los jueces puede contribuir como un elemento importante a atenuar la crítica contramayoritaria y afianzar la legitimidad de las Cortes y Tribunales ante la voluntad popular.

En todo caso, a pesar de que la Constitución ecuatoriana ha introducido ciertas variables respecto del órgano de revisión judicial que tienden a afianzar su carácter de órgano independiente, tales como la previsión de un concurso de méritos, la imposición de filtros institucionales como la edad o la formación académica, períodos razonablemente largos de la función sin reelección evitando lo que se conoce como la defecación estratégica y la imposibilidad de someter a juicio político a sus miembros, llama la atención que el diseño institucional adoptado haya dado lugar, en la realidad, a un órgano alineado con el ejecutivo, algo que puede explicarse por la influencia que aquel tiene en la designación de sus miembros.

Si bien el panorama constitucional de 2008 parece claro en favor de una participación popular más activa, a tono con los ideales del nuevo constitucionalismo latinoamericano, no obstante, el diagnóstico final no es tan alentador como puede aparecer en un inicio.

Si a este diseño “más participativo” que parece adoptar la CRE de 2008 se agregan ingredientes tales como jueces con amplias facultades pero con una motivación deficiente de sus fallos, la inexistencia de verdaderas prácticas deliberativas en la arena judicial, ejecutivos reforzados, derechos insatisfechos y funciones del Estado carentes de independencia real, se confirma una relación más de tensión que de articulación pacífica con respecto a la tan anunciada participación ciudadana.

Limitadas formas de participación ciudadana en los procesos que tienen lugar ante la Corte y así como vincular al órgano jurisdiccional a una institucionalidad más proclive a un presidencialismo rígido, inadvertida-

mente ahonda la crítica contra un órgano encargado de tutelar y velar por los derechos fundamentales.

Lo que en un inicio se presenta como un rechazo a las tradiciones constitucionales de origen elitista mediante la inclusión de mecanismos participativos abriendo las puertas hacia una mayor democratización de la justicia constitucional, puede terminar en simples buenas intenciones si en la práctica se tienen a bloquear o inhibir la verdadera participación democrática.

La aportación del nuevo constitucionalismo latinoamericano, aunque bien intencionada, podría tener unos efectos muy limitados si solo en la fachada se han instituido derechos, instituciones u organismos que, en realidad, no concretan una verdadera participación democrática articulada en un marco de diálogo abierto y plural.

Aun cuando el modelo ecuatoriano apunta a ser contramayoritario, reservando la última palabra del control de constitucionalidad a la CC, se requiere una democracia fuerte en términos de participación o deliberación, como el antídoto necesario contra el peligro de convertir a las instituciones en instrumentos al servicio del poder, y no de los derechos.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- Ackerman, Bruce, y Carlos Rosenkratz. "Tres concepciones de la democracia constitucional". En Varios autores, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. Cuadernos y Debates*, No. 29, 11-4. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 1991.
- Ackerman, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- Acosta Sánchez, José. *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional: Fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.
- Aguado Correa, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. San José: Ed. Jurídica Continental, 2013.
- . *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999.
- Aguilar, Juan Pablo. "La cuarta función del Estado: Análisis de una ficción". En Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, 93-104. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E) / Corporación Editora Nacional (CEN), 2009.
- Ahumada Ruiz, Marian. *La jurisdicción constitucional en Europa: Bases teóricas y políticas*. Navarra: Civitas, 2005.
- Aja, Eliseo, edit. "El origen, la expansión y la transformación de los tribunales constitucionales en los Estados europeos". En Eliseo Aja, edit., *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.
- Alchourrón, Carlos E. "Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos". En Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, edit., *Análisis lógico y derecho*, 291-302. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (CEC), 1991.
- Alexy, Robert. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad". En Miguel Carbonell y Leonardo García, edit., *El canon neoconstitucional*, 106-16. Madrid: Trotta / Universidad Autónoma de México (UNAM)-Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), 2010.
- . *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- . "La fórmula del peso". En Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, 13-42. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MJDH), 2008.
- . "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". En Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- . *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC, 1989.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1993.
- Aragón Reyes, Manuel. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos, 1989.

- *Constitución y control de poder*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.
- *Estudios de derecho constitucional*, 2a. ed. Madrid: CEPC, 2009.
- “La Constitución como paradigma”. En Miguel Carbonell, comp., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, 109-22. México DF: Porrúa, 2005.
- “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación constitucional*, 11-60. México DF: Porrúa / UNAM-IJJ, 2005.
- Arrimada, Lucas. “Derecho, moral y política: Derecho constitucional, moral institucional y política democrática: Sobre frenos, puentes y motores en la democracia deliberativa”. En Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, 87-122. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- Arroyo Jiménez, Luis. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”. En Luis Ortega y Susana de la Sierra, coord., *Ponderación y derecho administrativo*, 19-50. Barcelona: Marcial Pons, 2009.
- Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.
- *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid: Trotta, 2017.
- “Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho”. En *Cuestiones Judiciales*, 101-18. México DF: Fontamará, 2001.
- *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC, 1997.
- *Sobre la analogía en el derecho: Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas, 1986.
- *Las piezas del derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.
- “Principios, objetivos y derechos: Otra vuelta de tuerca”. *Para una teoría postpositivista del derecho*, 87-126. Lima: Palestra, 2009; Bogotá: Temis, 2009.
- Ávila, Humberto. *Teoría de los principios*. Barcelona: Marcial Pons, 2011.
- Ávila, Ramiro. *El neoconstitucionalismo andino*. Quito, UASB-E / Huaponi, 2016.
- *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: UASB-E / Abya-Yala, 2011.
- “Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia”. En Ramiro Ávila, edit., *Constitución de 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, 19-38. Quito: MJDH, 2008.
- Bachof, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas, 1985.
- Balaguer Callejon, Francisco. “Constitución y ordenamiento jurídico”. En Miguel Carbonell, comp., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, 177-204. México DF: Porrúa / UNAM-IJJ, 2005.
- Balaguer Callejón, María. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Tecnos, 1997.
- Barberis, Mauro. “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”. En Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, 259-78. Madrid: Trotta, 2003.
- Barroso, Luis Roberto. *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*. México DF: UNAM-IJJ, 2008.

- Basabe, Santiago. *Jueces sin toga: Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*. Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador, 2011.
- Bastida, Francisco, Villaverde, Ignacio, Requejo, Paloma, Miguel Angel Presno, Miguel Angel, Aláez, Benito, Sarasola, Ignacio. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004.
- Baum, Lawrence. *El tribunal supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*. Trad. por Joan Queralt Jiménez. Barcelona: Librería Bosch, 1987.
- Bayón, Juan Carlos. "Derechos, democracia y Constitución". En Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, 211-38. Madrid: Trotta, 2003.
- . "Derechos, democracia y Constitución". En Francisco Laporta, edit., *Constitución: Problemas filosóficos*, 399-420. Madrid: CEPC, 2003.
- . "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo". En Jerónimo Betegón, Juan Ramón de Páramo y Francisco Laporta. *Constitución y derechos fundamentales*, 67-138. Madrid: CEPC, 2004.
- . "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo". En Miguel Carbonell y Leonardo García, edit., *El canon neoconstitucional*, 285-355. Madrid: Trotta / UNAM-III, 2010.
- Bellamy, Richard. *Constitucionalismo político: Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Beltrán, Miguel. *Originalismo e interpretación Dworkin vs. Bork una polémica constitucional*. Madrid: Civitas, 1989.
- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (UEC), 2005.
- . *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho: Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Bogotá: UEC, 2009.
- . *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2005.
- . "La racionalidad de la ponderación". En Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, 43-68. Quito: MJDH, 2008.
- . "Refutación y defensa del neoconstitucionalismo". En Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo*, 289-326. Madrid: Trotta / UNAM-III, 2007.
- Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a ed. Nueva Haven: Yale University Press, 1986.
- Bidart Campos, Germán. *La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987.
- Biglino Campos, Paloma. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: CEPC, 1991.
- Bilbao Ubbillos, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: CEPC, 1997.
- Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la Constitución: Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*. Madrid: Alianza, 1995.
- Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. Barcelona: Plaza y Janes, 1985.
- . *El problema del positivismo jurídico*. México DF: Fontamara, 1995.
- . *Teoría general del derecho*. Madrid: Debate, 1995.

- Bobbio, Norberto, y Matteucci, Nicola, edit. *Diccionario de la política*. Trad. por Raúl Crisafio. Madrid: Siglo XXI, 1976.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. por Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- . *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Trad. por Rafael Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.
- Bon, Pierre. "Francia". En Eliseo Aja edit., *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, 135-60. Barcelona: Ariel, 1998.
- Bouzat, Gabriel. "El control constitucional: Un estudio comparativo". En Bruce A. Ackerman y otros. *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, 67-93. Madrid: CEC, 1991.
- Brewer-Carías, Allan, "La jurisdicción constitucional en América Latina". En Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaunde, coord., *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, 117-61. Madrid: Dykinson, 1997.
- Bryce, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid: CEC, 2015.
- Bulygin, Eugenio. "Los jueces ¿crean derecho?". En Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vásquez, comp., *La función judicial: Ética y democracia*, 21-37. Madrid: Gedisa, 2003.
- Calsamiglia, Albert. *Introducción a la ciencia jurídica*. Barcelona: Ariel, 1986.
- Canosa Usera, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: CEC, 1988.
- . "Interpretación constitucional y voluntad democrática". En Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación constitucional*, 237-60. México DF: Porrúa / UNAM-IJJ, 2005.
- Cappelletti, Mauro. *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*. México DF: UNAM, 1987.
- Caracciolo, Ricardo. *El derecho desde la filosofía*. Madrid: CEPC, 2009.
- Carbonell, Miguel. "El neoconstitucionalismo en su laberinto". En Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo*, 9-14. Madrid: Trotta / UNAM-IJJ, 2007.
- . "El neoconstitucionalismo: Significado y niveles de análisis". En Miguel Carbonell y Leonardo García, edit., *El canon neoconstitucional*, 153-64. Madrid: Trotta / UNAM-IJJ, 2010.
- . "Nuevos tiempos para el constitucionalismo". En Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, 9-12. Madrid: Trotta, 2003.
- Carbonell, Miguel, edit. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: MJDH, 2008.
- . *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta / UNAM-IJJ, 2007.
- Cárcova, Carlos María. *Las teorías jurídicas post positivistas*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 2012.
- Carmona Contreras, Ana. *La configuración constitucional del Decreto-Ley*. Madrid: CEPC, 1997.
- Clérico, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- Cohen, Joshua, "Democracia y libertad". En Jon Elster, comp. *La democracia deliberativa*, 235-87. Barcelona: Gedisa, 2000.

- Comanducci, Paolo. *Razonamiento Jurídico: Elementos para un modelo*. México DF: Fontamará, 2004.
- Corte Constitucional del Ecuador. *Una lectura cuantitativa y cualitativa de las decisiones del Tribunal Constitucional a la primera Corte Constitucional*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2015.
- Crisafulli, Vezio, "La Corte Costituzionale ha vent'anni". En N. Occhiocupo, dir., *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*. Bolonia: Il Mulino, 1978.
- . *Lezioni di Diritto Costituzionale*, vol. II. Padua: Cedam, 1978.
- Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: CEC, 1987.
- . *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: CEPC, 1999.
- De Asís Roig, Rafael. *El juez y la motivación en el derecho*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III / Dykinson, 2005.
- De la Cuadra, Tomás, "Interpretación de la Constitución y órganos del Estado". En Antonio López Pina, edit., *División de poderes e interpretación: Hacia una teoría de la praxis constitucional*, 29-37. Madrid: Tecnos, 1987.
- De Lora, Pablo. "Justicia constitucional y deferencia al legislador". En Francisco Laporta, edit., *Constitución: Problemas filosóficos*. Madrid: CEPC, 2003.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*. Madrid: Trotta, 2014.
- De Otto y Pardo, Ignacio. *Derecho constitucional: Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1988.
- . "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional". En *Obras Completas*, 1159-72. Oviedo: CEPC / Universidad de Oviedo, 2010.
- . "La regulación del ejercicio de los derecho y libertades: La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución". En Lorenzo Martín-Retortillo e Ignacio de Otto. *Derechos fundamentales y Constitución*, 95-171. Madrid: Civitas, 1988.
- De Otto y Pardo, Ignacio y Lorenzo Martín-Retortillo. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988.
- De Tocqueville, Alexis. *La democracia en América*, vol. 1. Madrid: Aguilar, 1989.
- Díaz Revorio, Francisco. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001.
- Díez Picazo, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 1973.
- . *Sistema de derechos fundamentales*. Navarra: Thomson Civitas, 2008.
- Díez-Picazo, Luis, y Antonio Gullón. *Sistema de derecho civil*, vol. 1, 11a. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- Dorado Porras, Javier. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos: Una polémica sobre la interpretación constitucional*. Madrid: Dykinson, 1997.
- Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia* (título en inglés: *Laws Empire*). Barcelona: Gedisa, 1988.

- . *Los derechos en serio (título original en inglés: Taking Rights Seriously)*. Trad. por Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1984.
- . *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- Ely, John. *Democracia y desconfianza: Una teoría del control constitucional (Democracy and Distrust)*. Bogotá: Universidad de los Andes / Siglo del Hombre, 1997.
- Elster, Jon. *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2001.
- . *Ulises y las sirenas: Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México DF: Fondo de Cultura Económica (FCE), 1989.
- Elster, Jon, y Rune Slagstad. *Constitutionalismo y democracia*. Trad. por Mónica Utrilla de Reina. México DF: FCE, 1999.
- Eto Cruz, Gerardo. "Jhon Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison". En Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed, 1-26. México DF: Porrúa, 2002.
- Favoreau, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.
- Fearon, James. "La deliberación como discusión". En Jon Elster, comp., *La democracia deliberativa*, 65-94. Barcelona: Gedisa, 2000.
- Fernández Campoamor, Alfonso. *Constitución, poder judicial y responsabilidad*. Madrid: CEPC, 2002.
- Fernández Carnicero, Claro. "La interpretación de la norma constitucional". En Varios Autores, *La Constitución española y las fuentes del derecho*, vol. II, 790-805. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.
- Fernández Segado, Francisco. *La evolución de la justicia constitucional*. Madrid: Dykinson, 2013.
- . "La justicia constitucional ante el siglo XXI-La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano". En Francisco Fernández Segado, edit., *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, 95-185. Bolonia: Centro de Estudios Constitucionales y Serie de Conferencias de Desarrollo Democrático, 2010.
- Fernández-Largo, Antonio Osuna. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992.
- Ferrajoli, Luigi. "La democracia constitucional". En Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada: Textos de teoría crítica del derecho*, 255-73. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- . "Pasado y futuro del Estado de derecho". En Miguel Carbonell y otros, coord., *Estado de derecho: Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, 187-204. México DF: Siglo XXI, 2002.
- . *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.
- . *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2010.
- . *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- . *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006.
- . *Poderees salvajes: La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2011.
- Ferreres Comella, Víctor. "El control judicial de la constitucionalidad de la ley: El problema de su legitimidad democrática". En Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional*, 356-80. Madrid: Trotta, 2010.

- “Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial: Algunas reflexiones del activismo judicial”. En Roberto Saba, edit., *Los límites de la democracia*, 305-26. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2005.
- “Una defensa de la rigidez constitucional”. En Francisco Laporta, edit., *Constitución: Problemas filosóficos*, 327-44. Madrid: CEPC, 2003.
- *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEPC, 2012.
- Fioravanti, Mauricio. *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.
- *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las Constituciones*. Madrid: Trotta, 1996.
- Fix-Zamudio, Héctor. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*. México DF: UNAM, 1968.
- Forsthooff, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*. Trad. por Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Instituto de Estudios Políticos (IEP) / Civitas, 1975.
- Frosini, Vittorio. *La letra y el espíritu de la ley*. Barcelona: Ariel, 1995.
- Fuller, Lon. *El caso de los exploradores de cavernas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.
- Gadamer, George. *Verdad y método*. Salamanca: Edic. Sígueme, 1977.
- Gamero Casado, Eduardo, y Severiano Fernández Ramos. *Manual básico de derecho administrativo*, 11a. ed. Madrid: Tecnos, 2014.
- García Amado, Antonio. “Derechos y pretextos: Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”. En Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo*, 237-64. Madrid: Trotta / UNAM-IJ, 2007.
- *Teorías de la tópicica jurídica*. Madrid: Universidad de Oviedo / Civitas, 1988.
- García Belaúnde, Domingo, “De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Derecho procesal constitucional*, 155-21, 3a. ed. México DF: Porrúa, 2002.
- “La interpretación constitucional como problema”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación constitucional*, 591-622. México DF: Porrúa / UNAM-IJ, 2005.
- “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”. En Raúl Morodo Leoncio y Pedro de Vega García, coord., *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, vol. 2, 1423-36. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2001.
- García Belaunde, Domingo, y Francisco Fernández Segado, coord., *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997.
- García de Enterría, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. Madrid: Civitas, 1997.
- *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 4a. ed. Madrid: Civitas, 2006.
- García, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: CEC, 1984.
- García Figueroa, Alfonso. *Criaturas de la moralidad: Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.
- “El neoconstitucionalismo excéntrico de Luigi Ferrajoli”. En Gema Marcilla, edit., *Constitucionalismo y garantismo*, 99-134. Bogotá: UEC, 2009.

- . “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”. En Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, 159-86. Madrid, Trota, 2003.
- . *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: CEPC, 1998.
- García Pascual, Cristina. *Legitimidad democrática y poder judicial*. Valencia: Edic. Alfons el Magnanim, 1996.
- García Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1999.
- Gargarella, Roberto. “Constitucionalismo vs. democracia”. En Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, 23-42. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- . *Crisis de la representación política*. México DF: Fontamará, 2002.
- . “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”. En Roberto Gargarella, comp., *Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, 119-58. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.
- . “Instituciones, motivaciones y participación política en los orígenes del constitucionalismo americano”. En Albert Noguera, coord., *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, 217-36. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- . “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”. En *Teoría y crítica del derecho constitucional*, 128-48. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- . “Las amenazas del constitucionalismo: Constitucionalismo, derechos y democracia”. *Los derechos fundamentales*, 3-18. Buenos Aires: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, 2001.
- . *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- . *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.
- . *Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.
- . “Representación plena, deliberación e imparcialidad”. En Jon Elster, comp., *La democracia deliberativa*, 323-45. Barcelona: Gedisa, 1998.
- . “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El ‘constitucionalismo popular’ frente a la teoría de Nino”. En Miguel Carbonell y Leonardo García, edit., *EL canon neoconstitucional*, 403-26. Madrid: Trotta / UNAM-III, 2010.
- Garrarena Morales, Ángel. *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*. Madrid: Tecnos, 1984.
- Garzón Valdés, Ernesto. “Representación y democracia”. En *Derecho, ética y política*, 630-50. Madrid: CEC, 1993.
- Gascón, Marina. “Los límites de la justicia constitucional: El Tribunal Constitucional entre legislación y jurisdicción”. En Francisco Laporta, edit., *Constitución: Problemas filosóficos*, 165-92. Madrid: CEPC, 2003.
- Gavara de Cara, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: CEC, 1994.
- Gómez Corona, Esperanza. *Las cortes generales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2008.

- González-Cuellar, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.
- González Beilfus, Markus. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2a. ed. Navarra: Aranzadi-Thomson, 2015.
- . *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: CEPC, 2000.
- González Jácome, Jorge, “¿El poder para la gente?: Una introducción a los debates sobre el constitucionalismo popular”. En Erwin Chemerinsky y Richard Parker, *Constitucionalismo popular*, 13-60. Bogotá: Siglo del Hombre, 2011.
- Grández Castro, Pedro. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano”. En Miguel Carbonell y Pedro Grández Castro, coord., *El principio de proporcionalidad en el derecho comparado*, 337-76. Lima: Palestra, 2010.
- Grau, Eros. *Interpretación y aplicación del derecho*. Madrid: Dykinson, 2007.
- Greppi, Andrea. *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta, 2006.
- Grijalva, Agustín, “Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en el Ecuador”. En *Constitucionalismo en Ecuador*, 197-216. Quito: CEDEC / CCPT, 2011.
- . “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”. En Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, 269-86. Quito: UASB-E / CEN, 2009.
- . “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías”. En *Nueva Constitución: Análisis*, 118-35. Quito: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, 2008.
- . *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: CEDEC / CCPT, 2012.
- Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Trad. por Mariana Gascón y Miguel Carbonell. México DF: Porrúa, 2000.
- . “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. En Isabel Lifante Vidal, edit., *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. Lima: Palestra, 2010.
- . “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”. En Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, 49-74. Madrid: Trotta, 2003.
- . “La interpretación: Objetos, conceptos y teorías”. En Rodolfo Vázquez, comp., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 19-38. México DF: Fontamara, 2006.
- . “La interpretación de la Constitución”. En Santiago Ortega Gomeró, edit., *Interpretación y razonamiento jurídico*, vol. II, 267-317. Lima: Ara, 2010.
- . “Los principios en el derecho positivo”. En *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- . “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación constitucional*, 653-72. México DF: Porrúa / UNAM-III, 2005.
- . “Sobre el concepto de Constitución”. En Miguel Carbonell, comp., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, 93-108. México DF: Porrúa / UNAM-III, 2005.
- . *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008.
- Haberle, Peter. “El legislador de los derechos fundamentales”. En Antonio López Pina, dir., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania*,

- España, Francia e Italia*, 99-124. Madrid: Civitas / Universidad Complutense de Madrid, 1991.
- *Pluralismo y Constitución: Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. por Emilio Mikunda Franco. Madrid: Tecnos, 2013.
- *Retos actuales del Estado constitucional*. Trad. por Xabier Arzoiz Santistéban. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1996.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 2008.
- Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay. *El federalista*. México DF: FCE, 2000.
- Hart, Herbert, “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño”. Trad. por José Juan Moreso y P. Navarro. En P. Casanovas y José Juan Moreso, coord., *El ámbito de lo jurídico: Lecturas de pensamiento jurídico norteamericano*, 327-52. Barcelona: Crítica, 1994.
- *El concepto de derecho*, 2a. ed. Trad. por Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.
- Hesse, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.
- *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: CEC, 1992.
- Hierro, Liborio “El concepto de justicia y la teoría de los derechos”. En Elías Díaz y José Luis Colomer, edit., *Estado, justicia, derechos*, 11-74. Madrid: Alianza, 2002.
- *El realismo jurídico escandinavo: Una teoría empirista del derecho*. Valencia: Universidad Autónoma de Madrid, 1981.
- Hogg, Peter y Bushell, Allison. “El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas”. En Roberto Gargarella, comp., *Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, 17-49. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.
- Holmes, Stephen. “El precompromiso y la paradoja de la democracia”. En Jon Elster y Rune Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*. Trad. por Mónica Utrilla de Reina, 39-64. México DF: FEC, 1999.
- Igartua Salaverría, Juan. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1998.
- Iglesias Vila, Marisa. *El problema de la discreción judicial: Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: CEPC, 1999.
- “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”. En Francisco Laporta, edit., *Constitución: Problemas filosóficos*, 253-78. Madrid: CEPC, 2003.
- Jellinek, George. *Teoría general del Estado*. Granada: Comares, 2000, 205.
- Jiménez Campo, Javier. *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*. Madrid: Trotta, 1999.
- Kauffman, Arthur. *Hermenéutica y derecho*. Granada: Comares, 2007.
- Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.
- “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional). La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)” 1928. En *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, 249-300. Trad. por Juan Ruiz Manero. Madrid: Debate, 1988.

- . *Esencia y valor de la democracia*, 2a. ed. Trad. por Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra. Madrid: Guadarrama, 1977.
- . *La teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1976.
- Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial: El debate con la teoría crítica del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1999.
- Kramer, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Nueva York: Oxford University Press, 2004.
- Lambert, Edouard. *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos: La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad del control de las leyes*. Trad. por Félix de la Fuente. Madrid: Tecnos, 2010.
- Landa, César, "Los precedentes constitucionales: El caso de Perú". En Claudia Escobar, *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, No. 13. Quito: MJDH, 2010.
- Laporta, Francisco, "Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas". En Francisco Laporta, Juan Ruiz Manero y Miguel Ángel Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, 55-94. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- Laporta, Francisco. "Norma básica, constitución y decisión por mayorías". En Francisco Laporta, edit., *Constitución: Problemas filosóficos*, 75-92. Madrid: CEPC, 2003.
- . *El imperio de la ley una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.
- Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.
- Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* Barcelona: Ariel, 1984.
- Linares, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Lopera Mesa, Gloria. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: CEPC, 2006.
- López Guerra, Luis. *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, 3a. ed. Madrid: CEPC, 2008.
- López Medina, Diego. "Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional: Antecedentes históricos y perspectivas contemporáneas". En Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación constitucional*, 779-94. México DF: Porrúa / UNAM-IJJ, 2005.
- López Moreno, Ángeles. "La idea de –mezcla adecuada– en el proceso de aplicación e interpretación del Derecho". En Ángeles López Moreno, coord., *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del derecho*, 17-36. Madrid: Colex, 1999.
- Lowenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979.
- Lucas Verdú, Pablo. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Madrid: Dykinson, 1997.
- Marín, José Ángel. *Naturaleza jurídica del tribunal constitucional*. Barcelona: Ariel, 1998.
- Martí, José Luis. *La república deliberativa: Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- Martínez Pujalte, Antonio. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1997.
- Martínez Roldán, Luis, y Jesús Aquilino Fernández Suárez. *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*. Barcelona: Ariel, 1994.

- Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación legislativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- Melo Cevallos, Mario, coord. *Estudio sobre la argumentación de las sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana (enero 2010-diciembre de 2012)*. Quito: Centro de Derechos Humanos-Facultad de Jurisprudencia-Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2015.
- Mill, Jhon Stuart. *Sobre la libertad*. Trad. por Carlos Rodríguez. Madrid: Tecnos, 2008.
- Mir Puig, Santiago. "Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal". En Juan Echano Basaldúa, edit., *Estudios en memoria de José María Lidón*, 349-66. Bilbao: Universidad de Deusto, 2002.
- Montaño Galarza, César. "Problemas constitucionales de las integraciones supranacionales. Análisis del caso andino, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar". Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012.
- Moreno, Diego. "El nuevo constitucionalismo latinoamericano en la encrucijada: Cuatro tendencias y algunos desafíos para el futuro". En Juan Manuel López Ubilla, dir., *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, 147-215. Pamplona: Civitas / Thomson Reuters, 2011.
- Moreso, José Juan. "Alexy y la aritmética de la ponderación". En Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, 69-84. Quito: MJDH, 2008.
- . "Derechos y justicia procesal imperfecta". En Francisco Laporta, edit., *Constitución: Problemas filosóficos*, 371-98. Madrid: CEPC, 2003.
- . *La indeterminación del derecho y al interpretación de la Constitución*. Madrid: CEPC, 1997.
- Nieto, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000.
- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- . *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel, 2003.
- . *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- . *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Emecé, 1992.
- Noguera Fernández, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Nohlen, Dieter. *Principio mayoritario y regímenes presidenciales en América Latina*. Madrid: CEPC, 2016.
- Ordóñez Solís, David. *Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*. Navarra: Aranzadi, 2004.
- Ortega Álvarez, Miguel. *La filosofía del derecho de Ernesto Garzón Valdés*. Madrid: Dykinson, 2008.
- Orunesu, Claudia. "Los límites de la interpretación en la democracia constitucional". En Claudia Orunesu y otros, *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*, 31-58. México DF: Fontamara, 2005.
- . *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Oyarte, Rafael, y Salgado, Hernán. "El estatuto jurídico del juez constitucional en Ecuador". En Héctor Fix-Zamudio y César Astudillo, coord., *Estatuto jurídico*

- del Juez Constitucional, Homenaje al doctor Jorge Carpizo*, 433-58. México DF: UNAM-III, 2012.
- Palombella, Gianluigi. *Los derechos entre instituciones y normas*. Madrid: Trotta, 2006.
- Pardo Falcón, Javier. *El consejo constitucional francés*. Madrid: CEC, 1990.
- Peces Barba, Gregorio. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984.
- Pegoraro, Lucio. *La justicia constitucional: Una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2004.
- Peña Freire, Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.
- Pérez Luño, Antonio. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 10a. ed. Madrid: Tecnos, 1984.
- . *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Navarra: La ley, 2011.
- . *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1988.
- Pérez Royo, Javier. "La interpretación de la Constitución". En Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación constitucional*, 881-902. México DF: Porrúa, 2005.
- . *Curso de derecho constitucional*, 14a. ed. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- . *Tribunal constitucional y división de poderes*. Madrid: Tecnos, 1988.
- Pérez Tremps, Pablo. *Tribunal constitucional y poder judicial*. Madrid: CEC, 1985.
- Perot, Pablo, y Jorge Rodríguez. "Dinámica e interpretación de los sistemas constitucionales". En Caludina Orunesu y otros. *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*, 13-30. México DF: Fontamara, 2005.
- Pisarello, Gerardo. *Un largo termidor*. Madrid: Trotta, 2011.
- Pizzorusso, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: CEC, 1984.
- Porrás Velasco, Angélica, y Johanna Romero Larco. *Guía de Jurisprudencia constitucional ecuatoriana: Periodo octubre 2008-diciembre 2010*. Quito: CCPT, 2011.
- Posada, Adolfo. *El régimen constitucional*. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1930.
- Post, Robert. "Democracia e igualdad". En Roberto Saba, edit., *Los límites de la democracia*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2005.
- Post, Robert, y Reva Siegel. *Constitucionalismo democrático-Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.
- Pozzolo, Susana. "Un constitucionalismo ambiguo". En Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo*, 187-210. Madrid: Trotta / UNAM-III, 2007.
- Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2005.
- . "Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales". En Luis Ortega y Susana de la Sierra, coord., *Ponderación y derecho administrativo*, 51-72. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- . "El constitucionalismo de los derechos". En Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo*, 213-36. Madrid: Trotta / UNAM-III, 2007.
- . "El juicio de ponderación constitucional". En Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, 85-124. Quito: MJDH, 2008.
- . *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.
- . "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial". En Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, 123-58. Madrid: Trotta, 2003.
- . *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993.
- . *Interpretación jurídica y creación judicial*. Lima: Palestra, 2007.

- . “Notas sobre la interpretación constitucional”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación constitucional*, 919-48. México DF: Porrúa / UNAM-IJJ, 2005.
- . *Sobre principios y normas: Problemas de razonamiento jurídico*. Madrid: CEC, 1992.
- . “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”. En Miguel Carbonell, coord., *Teoría de la Constitución*, 305-42. México DF: Porrúa, 2005.
- Radbruch, Gustav. *Filosofía del derecho*. Trad. por José Medina Echavarría. Madrid: Reus, 2007.
- Rawls, John. *Liberalismo político*. Barcelona: Crítica, 1996.
- . *Teoría de la justicia*. México DF: FCE, 1995.
- Redondo, María Cristina. *La noción de la razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid: CEC, 1996.
- Recasens Siches, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. México DF: Porrúa, 2003.
- Robles, Gregorio. *Sociología del derecho*. Madrid: Civitas, 1993.
- Rodríguez, César. *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Universidad de los Andes / Siglo del Hombre, 1997.
- Rodríguez, Diego. *Control judicial de la ley y derechos fundamentales: Una perspectiva crítica*. Madrid: CEPC, 2011.
- Rodríguez de Santiago, José. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- Rodríguez Molinero, Marcelino. “Hermenéutica y derecho: Orientaciones preliminares para un adecuado enfoque del tema”. En José Corts Grau, edit., *Filosofía y derecho: Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, 345-61. Valencia: Secretariado de Publicaciones, 1997.
- Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1963.
- Rubio Llorente, Francisco. “La Constitución como fuente del derecho”. En Miguel Carbonell, comp., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, 155-76. México DF: Porrúa / UNAM-IJJ, 2008.
- . *La forma de poder: Estudios sobre la Constitución*. Madrid: CEC, 1993.
- . “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”. En Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraww-Hill, 1998.
- Ruiz Manero, Juan. “Las virtudes de la reglas y la necesidad de los principios. Algunas acotaciones a Francisco Laporta”. En Francisco Laporta, Juan Ruiz Manero y Miguel Ángel Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, 95-120. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- Sager, Lawrence. *Juez y democracia: Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- Sagüés, Néstor Pedro. “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico”. En Dunia Martínez, edit., *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: CEDEC, 2012.
- Sáinz Moreno, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.
- Salgado Pesantes, Hernán. “Estado de derecho e hiperpresidencialismo en el caso ecuatoriano”. En *Derecho Constitucional contemporáneo: Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle*, 399-425. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, 2015.

- . “¿Guardianes o sepultureros de la Constitución de 2008?: Primer balance de la Corte Constitucional en transición”. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 17, 311-24. Madrid: CEPC, 2013.
- . “La jurisdicción constitucional en el Ecuador”. En Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaunde, coord., *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, 573-90. Madrid: Dykinson, 1997.
- Sastre Ariza, Santiago. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid: McGraw Hill, 1999.
- Schmitt, Annette. “¿Necesita la democracia una Constitución protegida?”. En Pablo Navarro y Cristina Redondo, comp., *La relevancia del derecho*, 247-74. Barcelona: Gedisa, 2002.
- Schmitt, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.
- . *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982.
- Schuck, Peter. “El poder judicial en una democracia”. En Roberto Saba, edit., *Los límites de la democracia*, 327-40. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2005.
- Segura Ortega, Manuel. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998.
- Serna, Pedro. *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos: De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. México DF: Porrúa, 2006.
- Smend, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: CEC, 1985.
- Sobral, Jorge, y Ángel Prieto. “Racionalidad, formaciones ideológicas y disparidad en las decisiones judiciales”. En Manuel García Ramírez, coord., *Psicología social aplicada en los procesos jurídicos y políticos*, 115-32. Madrid: Eudema, 1993.
- Solar, José Ignacio. *El realismo jurídico de Jerome Frank: Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2005.
- Stern, Klaus. *Jurisdicción constitucional y legislador*. Trad. por Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009.
- Stokes, Susan. “Patologías de la deliberación”. En Jon Elster, comp., *La democracia deliberativa*, 161-81. Barcelona: Gedisa, 1998.
- Storini, Claudia. “¿Sobre quién reposa la tortuga?: A vueltas con los límites de la interpretación constitucional”. En *Perspectivas constitucionales*. Quito: CEP, 2011.
- . *Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto competencial ente Estado y comunidades autónomas*. Valencia: Departamento de Derechos Constitucional, Ciencia Política y de la Administración, 2001.
- Storini, Claudia, y Marco Navas. *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social*. Quito: CEDEC, 2013.
- Tomás y Valiente, Francisco. *Escritos sobre y desde el tribunal constitucional*. Madrid: CEC, 1993.
- . *Obras completas*, vol. III. Madrid: CEPC, 1997.
- Trujillo, Julio César. *Constitucionalismo contemporáneo: Teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito: UASB-E / CEN, 2013.
- Tushnet, Mark. *¿Por qué la Constitución importa?* Bogotá: UEC, 2012.

- . “Revisión judicial dialógica”. En Roberto Gargarella, comp., *Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, 105-16. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.
- Uprimny, Rodrigo. “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos”. En César Rodríguez Garavito, coord., *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, 109-38. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- Velasco Caballero, Francisco. “Método de la ponderación y sistema competencial”. En Luis Ortega y Susana de la Sierra, coord., 133-59. *Ponderación y derecho administrativo*. Barcelona: Marcial Pons, 2009.
- Viciano Pastor, Roberto, y Rubén Martínez Dalmau. “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En Luis Ávila, edit., *Política, justicia y Constitución*, 207-38. Quito: CCPT / CEDEC, 2012.
- Vidal Fueyo, Camino. “El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 427-47. Uruguay: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005.
- Viehweg, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. por Luis Diez Picazo. Madrid: Taurus, 1964.
- Vigo, Luis Rodolfo. *Interpretación constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.
- Villaverde, Ignacio. “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad”. En Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, 175-188. Quito: MJDH, 2008.
- Von Kirchman, Julius Hermann. *La jurisprudencia no es ciencia*. Trad. por Antonio Truyol y Serra. Madrid: IEP, 1961.
- Von Savigny, Karl. *La escuela histórica del derecho*. Trad. por Rafael Atard. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1908.
- . *Sistema del derecho romano actual*. Trad. por Jacinto Mejía y Manuel Poley. Granada: Comares, 2005.
- Waldron, Jeremy. *Derecho y desacuerdos (Law and Disagreement)*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Waluchow, Wilfrid. *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law*. Barcelona: Marcial Pons, 2009.
- Wilheim, Marco Aparicio. “Ciudadanías intensas: Alcances de la refundación democrática en las Constituciones de Ecuador y Bolivia”. En Albert Noguera, coord., *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, 265-308. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- Wolkmer, Antonio. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Trad. por Felipe Cammaert. San Luis Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2006.
- Wroblewski, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1992.
- . “La Constitución y sus normas”. En Miguel Carbonell, comp., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, 67-92. México DF: Porrúa / UNAM-IIIJ, 2005.
- . *La crucifixión y la democracia*. Barcelona: Ariel, 1996.
- . *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Trotta, 2008.

Artículos en publicaciones periódicas

- Aarnio, Aulis. "Sobre la ambigüedad semántica". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 4 (1987): 23-46.
- Aguiló Regla, Josep. "Sobre la Constitución del Estado constitucional". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (2001): 429-58.
- Alexy, Robert. "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales". Trad. por Carlos Bernal Pulido. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, No. 66 (septiembre-diciembre de 2002): 13-64.
- Alexy, Robert. "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad". *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 91 (enero-abril de 2011): 11-29.
- . "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho*, No. 5 (1998): 139-52.
- Añón, María José. "Notas sobre discrecionalidad y legitimación". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho II*, No. 15-16 (1994): 897-911.
- Aragón Reyes, Manuel. "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución". *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, No. 19 (enero-abril de 1987): 15-52.
- . "Dos problemas falsos y uno verdadero: "Neoconstitucionalismo", "garantismo" y aplicación judicial de la Constitución". *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 29 (julio-diciembre de 2013): 3-25.
- Atienza, Manuel. "A vueltas con la ponderación". *La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, No. 1 (2010): 1-15.
- . "Sobre la única respuesta correcta". *Revista Jurídicas* 6, No. 2 (julio-diciembre de 2009), (Manizales: Universidad de Caldas): 13-26.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. "Sobre principios y reglas". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 10 (1991): 101-20.
- Atria, Fernando. "Del derecho y el razonamiento jurídico". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. No. 22 (1999): 79-119.
- Bacigalupo Saggese, Mariano. "La aplicación de la doctrina de los 'límites inmanentes' a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal". *Revista Española de Derecho Constitucional* 13, No. 38 (1993): 297-315.
- Barnes, Javier. "El principio de proporcionalidad: Estudio preliminar". *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5 (septiembre-diciembre de 1998): 15-50.
- . "Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico". *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5 (septiembre-diciembre de 1998): 333-70.
- Barnés, Javier. "El principio de proporcionalidad: Estudio preliminar". *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5 (septiembre-diciembre de 1998): 15-49.
- . "Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico". *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5 (septiembre-diciembre de 1998): 333-70.
- Bayón, Juan Carlos. "Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico". *Isonomía*, No. 13 (2000): 88-177.

- Blanco Valdés, Roberto. "La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana". *Working Paper*, No. 17 (1996), (Barcelona: Instituto de Ciencias Políticas y Sociales).
- . "La política y el derecho: Veinte años de justicia constitucional y democracia en España (Apuntes para un balance)". *UNED: Teoría y Realidad Constitucional*, No. 4 (II semestre de 1999): 241-72.
- Cappelletti, Mauro. "¿Renegar de Monstequieu?: La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional". Trad. por Pablo Luis Durán. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, No. 17 (mayo-agosto de 1986): 9-46.
- Carrasco Durán, Manuel.. "Participación social en el procedimiento legislativo". *UNED: Revista de Derecho Político*, No. 89 (enero-abril de 2014): 175-204.
- Carrasco Perea, Ángel. "El 'juicio de razonabilidad' en la justicia constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional* 4, No. 11 (1984): 39-106.
- Cascajo Castro, José Luis. "La jurisdicción constitucional de la libertad". *Revista de Estudios Políticos*, No. 199 (1999): 149-98.
- Cruz Villalón, Pedro. "Formación y evolución de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, No. 25 (enero-abril de 1989): 35-62.
- De Vega, Pedro. "Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual". *Working papers*, No. 141 (1998), (Barcelona: Instituto de Ciencias Políticas y Sociales): 1-45.
- Dermizaky, Pablo. "Justicia constitucional y democracia". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 13 (2009): 207-22.
- Díaz, Elías, "Entrada libre en el 'coto vedado'". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 30 (2007): 95-100.
- Díez Ripollés, José Luis. "El control de constitucionalidad de las leyes penales". *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 75 (septiembre-diciembre de 2005): 59-106.
- Eguiguren Praeli, Francisco. "Los tribunales constitucionales en la región andina: Una visión comparativa". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 4 (julio de 2000): 7-64.
- Fassbender, Bardo. "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos". *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5 (septiembre-diciembre de 1998): 51-74.
- Ferrajoli, Luigi. "Justicia penal y democracia: El contexto extraprosesal". *Jueces para la democracia*, No. 4 (1988): 5-19.
- Fernández Farreres, Germán. "Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 105 (2015): 13-49.
- Fuentes Cubillo, Hernán. "El principio de proporcionalidad en el derecho penal: Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena". *Revista Ius Et Praxis* 14, No. 2 (2014): 15-42.
- García Amado, Antonio. ¿Existe discrecionalidad judicial en la decisión judicial?, *Revista Isegoría*, No. 35 (julio-diciembre de 2006): 151-72.

- García de Enterría, Eduardo. "La posición jurídica del tribunal constitucional en el sistema español: Posibilidades y perspectivas". *Revista Española de Derecho Constitucional* 1, No. 1 (1981): 35-131.
- García López, Eloy. "Derecho a decidir y democracia: Acerca de la procedencia de admitir supuestos de la democracia de identidad en la Constitución española de 1978, y de sus pocos meditados implicaciones prácticas". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, No. 55 (2015): 14-23.
- García Torres, Jesús. "El sistema europeo de control de constitucionalidad: La historia manifiesta la esencia". *Revista Española de Derecho Constitucional* 8, No. 24 (septiembre-diciembre de 1988): 275-82.
- García Villegas, Mauricio. "Constitucionalismo aspiracional". *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 15, No. 29 (primer semestre de 2013): 77-97.
- Gargarella, Roberto. "Del reino de los jueces al reino de los políticos". *Jueces para la Democracia*, No. 28 (1997): 24-8.
- . "El constitucionalismo latinoamericano y la 'sala de máquinas' de la Constitución (1980-2010)". *Doctrina Constitucional, Gaceta Constitucional*, No. 48, <<http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/GC%2048%20Roberto%20GARGARELLA.pdf>>. Consulta: 1 de marzo 2016.
- . "El 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'". *El País* (Madrid) 20 de agosto de 2014. <http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html>. Consulta: 29 de febrero de 2016.
- . "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes". <http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf>. Consulta: 21 de marzo de 2016.
- . "Los jueces frente 'al coto vedado'". *Doxa. Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, No. 1 (2000): 53-64.
- Garzón Valdés, Ernesto. "Algo más acerca del «coto vedado»". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 6 (1989): 209-13.
- Gascón, Marina. "La justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción". *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 41 (mayo-agosto de 1994): 63-87.
- Grijalva Agustín. "Nuevo constitucionalismo, democracia e independencia judicial". *Cálamo: Revista de Estudios Jurídicos*, No. 3 (julio de 2105): 27-38.
- Groppi, Tania. "¿Existe un modelo europeo de justicia constitucional?". *Revista de Derecho Político*, No. 62 (2005): 32-54.
- Guastini, Riccardo. "Principios de derecho y discrecionalidad judicial". *Jueces para la Democracia*, No. 34 (1999): 39-46.
- Gunther, Klaus. "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica". Trad. por Juan Carlos Velasco. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 17-18 (1995): 271-302.
- Haberle, Peter. "Derecho constitucional común europeo". *Revista de Estudios Políticos*, No. 79 (enero-marzo de 1993): 7-46.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. "Racionalidad y crisis de la ley". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 22 (1999): 303-9.

- Laporta Francisco. "El ámbito de la Constitución". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 24 (2001): 459-84.
- . "Materiales para una reflexión sobre la racionalidad y la crisis de la ley". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 22 (1999): 321-30.
- Lifante Vidal, Isabel. "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 25 (2002): 413-39.
- Lopera Mesa, Gloria. "La problemática legitimidad de la justicia constitucional", *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, No. 5 (2001): 227-56.
- . "Los derechos fundamentales como mandatos de optimización". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 27 (2004): 211-43.
- . "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales: Una comparación entre la experiencias de Chile y Colombia". *Revista de Derecho Valdivia* 24, No. 2 (diciembre de 2011): 113-38.
- López Hidalgo, Sebastián. "Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del derecho? *Foro: Revista de derecho*, No. 23 (Quito: UASB-E / CNE), (2015): 54-68.
- Martí, José Luis. "Alguna precisión sobre las nuevas tecnologías y la democracia deliberativa y participativa. *UOC: Revista de estudios de Derecho y Ciencia Política*, No. 6 (2008): 3-12. <<http://www.uoc.edu/idp/6/dt/esp/marti.pdf>>. Consulta: 9 de octubre de 2015.
- Martínez Roldán, Luis. "Relativismo ético y discrecionalidad judicial". *Persona y Derecho*, No. 61 (2009): 115-42.
- Montilla Martos, Antonio. "Las leyes singulares en la doctrina del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 104 (2005): 269-95.
- Moreso, José Juan. "Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 23 (2000): 105-18.
- Navas, Marco. "La justicia constitucional en el Ecuador: Entre la política y el derecho". *Revista Jurídicas* 10, No. 2 (julio-diciembre de 2013), (Manizales: Universidad de Caldas): 181-208.
- Noguera Fernández, Albert. "¿Democratizando la justicia constitucional?: La articulación entre soberanía, justicia constitucional y participación en el viejo y el nuevo constitucionalismo". *Oñati Socio-Legal Series* 1, No. 2 (2011): 1-27. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=197532>. Consulta: 21 de marzo de 2016 y 28 de agosto de 2014.
- Ollero, Andrés. "Valores, principios, normas: Dimensión hermenéutica de la discriminación por razón de sexo". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 21 (1998): 305-19.
- Ost, François. "Júpiter, Hércules. Hermes: Tres modelos de juez". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 14 (1993): 169-94.
- . "El neoconstitucionalismo andino: ¿Una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional?". *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 90 (2011): 167-96.
- Parejo Alfonso, Luciano. "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: A propósito de la sentencia del Tribunal

- Constitucional de 8 de abril de 1981". *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 13 (septiembre-diciembre de 1981): 169-90.
- Perello Domenech, Isable. "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional". *Jueces para la Democracia*, No. 28 (1997): 69-75.
- Pérez Luño, Antonio. "La interpretación de la Constitución". *Revista de las Cortes Generales*, No. 1 (1984): 82-134.
- . "Los principios generales del derecho: ¿Un mito jurídico?". *Revista de Estudios Políticos*, No. 98 (octubre-diciembre de 1997): 9-24.
- Pérez Zafrilla, Pedro. "Democracia deliberativa: una apuesta por el valor epistémico de la deliberación pública". *Revista de Filosofía* 34, No. 1 (2009): 155-73.
- Pintore, Anna, "Democracia sin derechos: En torno al Kelsen democrático". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 23. (2000):119-44.
- Pozzolo, Susana. "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 21 (1998): 339-53.
- Prieto Sanchís, Luis. "La limitación de los derechos fundamentales y al norma de clausura del sistema de libertades". *Pensamiento Constitucional*, año VIII, No. 8 (2000): 61-101.
- . "Tribunal constitucional y positivismo jurídico". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 23 (2000): 161-96.
- Ramos Ortells, Manuel. "Origen histórico del deber de motivar las sentencias". *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* (1997): 899-932.
- Ródenas, Ángeles. "En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 24 (1989).
- Rodríguez Aguilera de Prat, Cesáreo. "Norberto Bobbio y el futuro de la democracia". *Working papers-Documentos de trabajo*, No. 125 (1997), (Barcelona: Instituto de Ciencias Políticas y Sociales). Edición electrónica.
- Rodríguez Ruiz, Blanca. "El caso 'Valenzuela Contreras' y nuestro sistema de derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 56 (1999): 223-50.
- Rubio Llorente, Franciso. "Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 4 (enero-abril de 1982): 35-67.
- Ruiz Miguel, Alfonso. "Constitucionalismo y democracia". *Isonomía*, No. 21 (octubre de 2004): 51-85.
- . "Creación y aplicación en la decisión judicial". *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 1 (1984): 7-31.
- . "Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 23 (2000): 145-60.
- Sarmiento, Daniel. "El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local". *Revista de Administración Pública*, No. 162 (septiembre-diciembre de 2003): 145-71.
- Segura Ortega, Manuel. "El movimiento del derecho libre". *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 10 (1993): 423-56.
- . "Kantorowicz y la renovación jurídica". *Revista Jurídica de la Universidad Santiago de Compostela* 2, No. 2 (1993): 113-30.

- Storini, Claudia. "Hermenéutica y Tribunal Constitucional". *Foro: Revista de Derecho*, No. 7 (2007), (Quito: UASB-E /CEN): 159-86.
- Storini, Claudia, y Jhoel Escudero, "El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011): 1-33.
- Tomás y Valiente, Francisco. "La resistencia constitucional y los valores". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 15-16 (1994): 635-50.
- Uprimny, Rodrigo. "Estado de derecho". *Eunomía: Revista en Cultura de legalidad*, No. 5 (2013): 168-76.
- Viciano Pastor, Roberto, y Rubén Martínez Dalmau, "Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Gaceta Constitucional*, No. 48 (2011): 307-28.
- Zafra Valverde, José, "La interpretación de las Constituciones". *Revista de Estudios Políticos*, No. 180 (1971): 49-94.

Sitios web

- ⋈http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html.
- ⋈http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=197532.
- ⋈<http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc.sum/GC%2048%20Roberto%20GARGARELLA.pdf>.
- ⋈http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf.
- ⋈<http://www.uoc.edu/idp/6/dt/esp/marti.pdf>.
- ⋈<https://www.corteconstitucional.gob.ec>.

Fuentes normativas

- Código Civil de la República del Ecuador.
- Constitución Política del Estado de Bolivia 2009.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1851. Quito, 25 de febrero de 1851.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1852. Quito, 6 de septiembre de 1852.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1861. Quito, 10 de abril de 1861.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1869. Quito, 11 de agosto de 1869.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1878. Quito, 6 de abril de 1878.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1884. Quito, 13 de febrero de 1884.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1897. Quito, 14 de enero de 1897.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1906. Quito, 23 de diciembre de 1906.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1928. Quito, 26 de marzo de 1929.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1945. Quito, 5 de marzo de 1945.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1946. Quito, 31 de diciembre de 1946.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1967. Decreto Legislativo, No. 000, *Registro Oficial*, No. 133, 25 e mayo de 1967.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1979. Decreto Supremo, No. 000, *Registro Oficial*, No. 800. Quito, 27 de marzo de 1979.

Constitución Política de la República del Ecuador de 1998. Decreto Legislativo, No. 000, *Registro Oficial*, No. 1. Quito, 11 de agosto de 1998.

Constitución de la República del Ecuador de 2008. *Registro Oficial*, No. 449. Quito, 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador. 28 de julio de 2009.

CCPT-Sentencias de inconstitucionalidad de acto normativo

Sentencia 001-2009-SIN-CC / caso 0005-2008-IN.

Sentencia 002-09-SIN-CC / caso 0003-08-IN.

Sentencia 003-09-SIN-CC / caso 0021-2009-IA.

Sentencia 004-09-SIN-CC / caso 0007-09-IN.

Sentencia 005-09-SIN-CC / caso 004-09-IN a la que se acumulan los casos 003-09-IA y 0007-09-IA.

Sentencia 001-10-SIN-CC / casos acumulados 0008-09-IN Y 001-09-IN.

Sentencia 0002-10-SIN-CC / caso 0002-09-IN.

Sentencia 0003-10-SIN-CC / caso 0042-09-IN.

Sentencia 0004-10-SIN-CC / caso 0041-09-IN.

Sentencia 005-10-SIN-CC / caso 0023-09-IN.

Sentencia 006-10-SIN-CC / caso 0059-09-IN.

Sentencia 007-10-SIN-CC / caso 0006-08-IN.

Sentencia 008-10-SIN-CC / caso 0012-09-IN.

Sentencia 009-10-SIN-CC / caso 0013-09-IN acumulados: 0009-09-IA, 0019-09-IN, 0024-09-IN, 0025-09-IN, 0026-09-IN, 0033-09-IN, 0040-09-IN, 0044-09-IN y 0049-09-IN.

Sentencia 0001-11-SIN-CC / caso 0074-09-IN.

Sentencia 002-11-SIN-CC / caso 0034-10-IN.

Sentencia 003-11-SIN-CC / caso 0002-11-IN.

Sentencia 004-11-SIN-CC / caso 0069-09-IN.

Sentencia 005-11-SIN-CC / casos 0046-09-IN y 0071-09-IN acumulados.

Sentencia 001-12-SIN-CC / caso 0067-11-IN.

Sentencia 002-12-SIN-CC / caso 0035-10-IN.

Sentencia 003-12-SIN-CC / casos 0035-10-IN y 0036-10-IN acumulados.

Sentencia 002-12-SIN-CC / caso 002-10-IN.

Sentencia 005-12-SIN-CC / caso 0017-10-IN.

Sentencia 006-12-SIN-CC / caso 0046-10-IN.

Sentencia 007-12-SIN-CC / caso 0002-10-IN.

Sentencia 008-12-SIN-CC / caso 0019-10-IN.

Sentencia 009-12-SIN-CC / caso 0050-09-IN.

Sentencia 010-12-SIN-CC / caso 0020-10-IN.

Sentencia 011-12-SIN-CC / caso 0025-10-IN.

Sentencia 012-12-SIN-CC / caso 0066-09-IN.

Sentencia 013-12-SIN-CC / caso 0065-09-IN.

Sentencia 014-12-SIN-CC / caso 0070-09-IN.
Sentencia 015-12-SIN-CC / caso 0004-08-IN.
Sentencia 016-12-SIN-CC / caso 0039-11-IN.
Sentencia 017-12-SIN-CC / caso 0033-10-IN.
Sentencia 018-12-SIN-CC / caso 0008-10-IN.
Sentencia 019-12-SIN-CC / caso 0067-09-IN.
Sentencia 020-12-SIN-CC / caso 0052-10-IN.
Sentencia 021-12-SIN-CC / caso 0063-09-IN.
Sentencia 022-12-SIN-CC / caso 0048-10-IN.
Sentencia 023-12-SIN-CC / caso 0032-10-IN.
Sentencia 024-12-SIN-CC / caso 0062-09-IN.
Sentencia 025-12-SIN-CC / caso 0003-11-IN.
Sentencia 026-12-SIN-CC / caso 0044-11-IN.
Sentencia 027-12-SIN-CC / caso 0002-12-IN.
Sentencia 028-12-SIN-CC / caso 0013-12-IN, 0011-12-IN, 0012-12-IN, 0014-12-IN y 0016-12-IN, acumulados.

Sentencias de inconstitucionalidad de acto administrativo con efectos generales

Sentencia 001-10-SIA-CC / caso 0010-09-IA.
Sentencia 001-12-SIA-CC / caso 0008-10-IA.
Sentencia 002-12-SIA-CC / caso 0010-10-IA.
Sentencia 003-12-SIA-CC / caso 007-10-IA.

Primera Corte Constitucional, Sentencias de inconstitucionalidad de acto normativo

Sentencia 001-13-SIN-CC / caso 0037-10-IN.
Sentencia 002-13-SIN-CC / caso 0005-11-IN.
Sentencia 003-13-SIN-CC / caso 0042-11-IN.
Sentencia 004-13-SIN-CC / caso 0029-10-IN.
Sentencia 005-13-SIN-CC / caso 0033-11-IN.
Sentencia 006-13-SIN-CC / caso 0036-10-IN.
Sentencia 007-13-SIN-CC / caso 0034-12-IN.
Sentencia 008-13-SIN-CC / caso 0029-11-IN.
Sentencia 009-13-SIN-CC / caso 0008-12-IN.
Sentencia 010-13-SIN-CC / caso 0005-10-IN, acumulados 0006-10-IN, 0013-11-IN y 0049-10-IN.
Sentencia 011-13-SIN-CC / caso 0048-11-IN.
Sentencia 012-13-SIN-CC / caso 0027-10-IN.
Sentencia 013-13-SIN-CC / caso 0040-10-IN.
Sentencia 001-14-SIN-CC / caso 0057-12-IN.
Sentencia 002-14-SIN-CC / caso 0056-12-IN, 0003-12-IA acumulados.
Sentencia 003-14-SIN-CC / caso 0014-13-IN y acumulados 0023-13-IN y 0028-13-IN.
Sentencia 004-14-SIN-CC / caso 0012-10-IN.

Sentencia 005-14-SIN-CC / caso 0006-12-IN.
Sentencia 006-14-SIN-CC / caso 0060-09-IN.
Sentencia 007-14-SIN-CC / caso 0012-14-IN.
Sentencia 008-14-SIN-CC / caso 0062-12-IN.
Sentencia 009-14-SIN-CC / caso 0037-12-IN.
Sentencia 001-15-SIN-CC / caso 0056-10-IN.
Sentencia 002-15-SIN-CC / caso 0017-12-IN.
Sentencia 003-15-SIN-CC / caso 0011-11-IN.
Sentencia 004-15-SIN-CC / caso 0046-11-IN.
Sentencia 005-15-SIN-CC / caso 0016-11-IN.
Sentencia 006-15-SIN-CC / caso 0034-11-IN.
Sentencia 007-15-SIN-CC / caso 0009-13-IN.
Sentencia 008-15-SIN-CC / caso 0008-13-IN.
Sentencia 009-15-SIN-CC / caso 0041-12-IN.
Sentencia 010-15-SIN-CC / caso 0017-13-IN.
Sentencia 011-15-SIN-CC / caso 0006-14-IN.
Sentencia 012-15-SIN-CC / caso 0013-10-IN.
Sentencia 013-15-SIN-CC / caso 0001-10-IN.
Sentencia 014-15-SIN-CC / caso 0047-10-IN.
Sentencia 015-15-SIN-CC / caso 0003-14-IN.
Sentencia 016-15-SIN-CC / caso 0055-14-IN.
Sentencia 017-15-SIN-CC / caso 0049-11-IN.
Sentencia 018-15-SIN-CC / caso 0009-11-IN.
Sentencia 019-15-SIN-CC / caso 0030-11-IN.
Sentencia 020-15-SIN-CC / caso 0023-11-IN.
Sentencia 021-15-SIN-CC / caso 0019-15-IN.
Sentencia 022-15-SIN-CC / caso 0020-15-IN.
Sentencia 023-15-SIN-CC / caso 0006-11-IN y 007-11-IN acumulados.
Sentencia 024-15-SIN-CC / caso 0036-11-IN.
Sentencia 025-15-SIN-CC / caso 0026-14-IN.
Sentencia 026-15-SIN-CC / caso 0022-15-IN.
Sentencia 027-15-SIN-CC / caso 0016-15-IN.
Sentencia 028-15-SIN-CC / caso 0010-15-IN.
Sentencia 029-15-SIN-CC / caso 0011-15-IN.
Sentencia 030-15-SIN-CC / caso 0012-15-IN.
Sentencia 031-15-SIN-CC / caso 0054-14-IN.
Sentencia 032-15-SIN-CC / caso 0018-15-IN.
Sentencia 033-15-SIN-CC / caso 0008-15-IN.
Sentencia 034-15-SIN-CC / caso 0015-12-IN.
Sentencia 035-15-SIN-CC / caso 0013-15-IN.
Sentencia 036-15-SIN-CC / caso 0040-14-IN.
Sentencia 037-15-SIN-CC / caso 0043-14-IN.
Sentencia 038-15-SIN-CC / caso 0009-15-IN.

Sentencia 039-15-SIN-CC / caso 0042-14-IN.
Sentencia 040-15-SIN-CC / caso 0046-14-IN y 0027-15-IN acumulados.
Sentencia 041-15-SIN-CC / caso 0015-15-IN.
Sentencia 042-15-SIN-CC / caso 0024-15-IN.
Sentencia 043-15-SIN-CC / caso 0051-14-IN.
Sentencia 044-14-SIN-CC / caso 0041-15-IN.
Sentencia 045-15-SIN-CC / caso 0042-15-IN.
Sentencia 046-15-SIN-CC / caso 0017-15-IN.
Sentencia 047-15-SIN-CC / caso 0009-12-IN.
Sentencia 048-15-SIN-CC / caso 0060-12-IN.
Sentencia 049-16-SIN-CC / caso 0052-14-IN.
Sentencia 050-15-SIN-CC / caso 0035-11-IN.
Sentencia 051-15-SIN-CC / caso 0014-15-IN.
Sentencia 052-15-SIN-CC / caso 0021-15-IN.
Sentencia 053-15-SIN-CC / caso 0023-15-IN.
Sentencia 054-15-SIN-CC / caso 0035-14-IN.
Sentencia 055-15-SIN-CC / caso 0025-15-IN.

Sentencias de inconstitucionalidad de acto administrativo con efectos generales

Sentencia 001-13-SIA-CC / caso 0004-10-IA.
Sentencia 002-13-SIA-CC / caso 0003-11-IA.
Sentencia 001-14-SIA-CC / caso 0001-11-IA.
Sentencia 001-15-SIA-CC / caso 0001-12-IA.

Sentencia de acción por incumplimiento CCPT

Sentencia 002-09-SAN-CC / caso 0005-08-AN.

Sentencia de acción extraordinaria de protección CCPT

Sentencia 055-10-SEP-CC / caso 0213-10-EP.
Sentencia 012-09-SEP-CC / caso 0048-08-EP.

Sentencias de consulta de norma Primera Corte Constitucional

Sentencia 048-13-SCN-CC / caso 0179-12-CN.
Sentencia 001-13-SCN-CC / caso 0535-12-CN.

Dictamen de procedimiento de reforma constitucional CCPT

Sentencia 001-11-DRC-CC / caso 0001-11-DRC.

Resolución de la Corte Constitucional del Ecuador

Resolución publicada en el *Suplemento del Registro Oficial*, No. 451 de 22 de octubre de 2000.



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR**
Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica de nuevo tipo, creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional, tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración, y el papel de la Subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal forma parte del Sistema Andino de Integración. Fue creada en 1985 por el Parlamento Andino. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú). La Universidad tiene especial relación con los países de la UNASUR.

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año la Universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, ratificado posteriormente por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad del Ecuador en recibir un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Adolescencia, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Migraciones, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Agrarios, Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.



Derecho y Sociedad

TÍTULOS PUBLICADOS

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador ▪ Corporación de Estudios y Publicaciones

- 1 Jhoel Escudero Soliz
Crisis bancaria, impunidad y verdad
- 2 María Elena Jara Vásquez
Tutela arbitral efectiva en Ecuador
- 3 Pablo Alarcón Peña
Una metodología comparativa crítica aplicada al sistema constitucional ecuatoriano
- 4 Sebastián López Hidalgo
Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador

ACCEDA A TODA LA INFORMACIÓN JURÍDICA A TRAVÉS DE UN CLIC



Es un software legal completo de la Legislación Ecuatoriana, enriquecido con concordancias, titulación de artículos, etc., que ayudan a la mejor comprensión de la norma jurídica, así mismo, cuenta con novedosos y sencillos motores de búsqueda que le facilitan el poder acceder con agilidad y certeza a la información necesaria.

El Cepwep ofrece una disponibilidad oportuna de la información legal emitida diariamente en el Registro Oficial.

Es actualizado on-line, permitiendo al usuario verificar los cambios desde su ordenador en forma inmediata.

Accede a un demo de Cortesía
ingresando a:

www.bit.ly/registrocep



Acuña E2-02 y Agama
Téls. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694 / 2232-696
Fax (593-2) 2226-256 Apartado 172100186

www.cep.org.ec ▪ ventas@cep.org.ec

Este libro tiene por objeto contribuir al debate sobre la denominada dificultad u objeción contramayoritaria atribuida a los jueces. Intenta construir una respuesta satisfactoria en términos democráticos respecto de la actividad desplegada por el órgano de revisión judicial de constitucionalidad. Para ello, la investigación aporta con un análisis de las ideas más relevantes en torno a la crítica contramayoritaria y apuesta por una defensa contextual de la revisión judicial que permita sortear las críticas más incisivas. También analiza el tema de la interpretación constitucional y cómo los jueces han de asumir dicha tarea, de manera que se justifique su intervención en el marco de una democracia. En este contexto, se plantea una aproximación a la aplicación del principio de proporcionalidad en la Corte Constitucional ecuatoriana como un instrumento jurídico que puede resultar relevante a efectos de evidenciar un grado de intervención racional y controlable del órgano jurisdiccional sobre la obra del legislador y del ejecutivo, poniendo a prueba esa especial relación entre los principales actores del juego democrático. Se cierra esta investigación con la discusión acerca de si existe o no una debida articulación entre participación ciudadana, democracia y justicia constitucional en la Constitución ecuatoriana de 2008, y en la corriente de pensamiento que la impulsó.

P.V.P.: USD 25.00

ISBN: 978-9942-10-433-5



9789942104335



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

