



(Des)equilibrios: explorando la relación entre tribunales constitucionales y democracia*

(Im)balances: Exploring the Relationship Between Constitutional Courts and Democracy

(Des)equilíbrios: explorando a relação entre tribunais constitucionais e a democracia

Carlos Mateo Palacio Bailón**

* Me gustaría agradecer a Mauricio Maldonado Muñoz y Catherine Ricaurte por las recomendaciones y la guianza. Y a MB, IG y PT por su eterna paciencia.

** <https://orcid.org/0009-0003-7286-7906>. Universidad San Francisco de Quito, Ecuador. mpalacio@estud.usfq.edu.ec

Recibido: 12/03/2025. Enviado a pares: 14/05/2025
Aceptado por pares: 17/08/2025. Aprobado: 1/09/2025

DOI: 10.5294/dika.2025.34.1.15

Resumen

Este ensayo explora la relación entre los tribunales constitucionales y la democracia, con énfasis en la legitimidad de la intervención de estos en decisiones tomadas por mayorías democráticas. A través de un análisis del constitucionalismo y la democracia, se examina cómo los tribunales, al actuar como órganos contramayoritarios, equilibran la protección de los derechos fundamentales con el control del poder estatal. El análisis se desarrolla desde dos enfoques: uno sustantivo, centrado en los derechos, y otro procedimental, enfocado en los aspectos formales. Asimismo, se busca justificar la legitimidad de los tribunales constitucionales en el marco del constitucionalismo contemporáneo, para luego analizar la objeción contramayoritaria y su impacto en la relación entre los tribunales y las mayorías democráticas.

Palabras clave

Tribunal constitucional; legitimidad democrática; constitucionalismo; democracia; dificultad contramayoritaria.

Abstract

This essay explores the relationship between constitutional courts and democracy, with a focus on the legitimacy of these courts' intervention in decisions made by democratic majorities. Through an analysis of constitutionalism and democracy, the study examines how courts, acting as counter-majoritarian bodies, balance the protection of fundamental rights with the control of state power. The analysis is developed from two perspectives: a substantive approach, focused on rights, and a procedural approach, centered on formal aspects. Additionally, the essay aims to justify the legitimacy of constitutional courts within the framework of contemporary constitutionalism, before analyzing the counter-majoritarian objection and its impact on the relationship between courts and democratic majorities.

Keywords

Constitutional court; democratic legitimacy; constitutionalism; democracy; counter-majoritarian difficulty.

Resumo

Este ensaio explora a relação entre os tribunais constitucionais e a democracia, com foco na legitimidade da intervenção desses tribunais em decisões tomadas por maiorias democráticas. Por meio de uma análise do constitucionalismo e da democracia, o estudo examina como os tribunais, ao atuarem como órgãos contramajoritários, equilibram a proteção dos direitos fundamentais com o controle do poder estatal. A análise é desenvolvida a partir de duas abordagens: uma abordagem substancial, focada nos direitos, e outra procedimental, centrada nos aspectos formais. Além disso, o ensaio busca justificar a legitimidade dos tribunais constitucionais no contexto do constitucionalismo contemporâneo, para então analisar a objeção contramajoritária e seu impacto na relação entre tribunais e as maiorias democráticas.

Palavras-chave

Tribunal constitucional; legitimidade democrática; constitucionalismo; democracia; dificuldade contramajoritária.

Sumario: Introducción. 1. Constituciones y constitucionalismo. 2. Derechos, democracia y justicia constitucional. 2.1. Una visión ético-sustantiva. 2.2. Una visión procedimentalista. 3. (Pretendida) Objeción Contramayoritaria. 3.1. Historia y fundamentos. 3.2. Una visión ético-sustantiva. 3.3. Una visión procedimentalista. 4. Colofón. Bibliografía.

El guardián se agacha profundamente, pues la disparidad de las estaturas ha aumentado muchísimo. '¿Qué pretendes ahora?', dice el guardián; 'eres insaciable', 'Todos se esfuerzan por la Ley', dice el hombre.

Ante la Ley (Franz Kafka)¹

Introducción

Muchas de las discusiones sobre el contenido de los derechos fundamentales –que están en la base de un ordenamiento constitucional moderno– se resuelven en los tribunales o cortes constitucionales. Las reivindicaciones de *lege ferenda* se han trasladado a otras tantas de *sententia ferenda*. Esto, teniendo en cuenta la especial posición que tienen estas cortes en los Estados constitucionales. Sin embargo, han surgido dudas sobre la legitimidad de las decisiones de estos tribunales, sobre todo porque se asume un concepto de democracia según el cual la *representación* –especialmente parlamentaria– debería ser el reflejo de una hipotética voluntad popular; voluntad que no debería estar –según quienes así argumentan– en manos de órganos que no serían representativos. Por tanto, es esta misma ausencia de “carácter representativo” lo que produce que el tribunal constitucional sea –siempre según dicha tesis– antidemocrático. Y, sin embargo, los tribunales y las cortes constitucionales tienen el poder de declarar inconstitucionales las normas adoptadas por vías formalmente antidemocráticas o cuyo contenido sea incompatible con la constitución democrática (aunque esto requiere un pronunciamiento, una interpretación, del propio órgano). A estos aspectos hace alusión la llamada objeción o *dificultad contramayoritaria*.

Un órgano contramayoritario es aquel que, por su composición y competencias, actúa o puede actuar de forma contraria a las mayorías. Esta cuestión resulta, al menos *prima facie*, problemática para la propia noción de democracia (entendida formalmente como el gobierno de la mayoría). Sin embargo, el Estado democrático moderno es el producto del encuentro de este con el Estado liberal.² De acuerdo con el ideario que subyace a este último, el poder del Estado debe estar limitado por el reconocimiento de una serie de derechos básicos, pero también por el equilibrio de poderes. De esta manera, el órgano contramayoritario se presenta en el Estado como un límite al resto de poderes.

1 Franz Kafka, *Ante la Ley*, trad. Jorge Luis Borges, 1938.

2 Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2009.

De ahí que surja la dificultad, ya que el órgano está facultado para invalidar todas aquellas decisiones que sean contrarias a las normas constitucionales (conforme son interpretadas por ese mismo órgano³).

En el presente ensayo se estudian los tribunales constitucionales con relación a la objeción contramayoritaria. A pesar de la posibilidad de estudiar la cuestión desde definiciones estándar de democracia y constitucionalismo (que a veces se presentan como antitéticas), también resulta posible reconducirla a otras nociones que no son necesariamente idénticas a estas. De cualquier modo, tanto los tribunales o cortes constitucionales, como la objeción, pueden estudiarse desde una doble dimensión: con un enfoque *sustantivo* y con otro *procedimental*.

Desde un aspecto sustantivo se explorará cómo los tribunales constitucionales desarrollan los contenidos de los derechos, teniendo en cuenta tanto los argumentos que defienden la necesidad de estos tribunales como aquellos que critican su impacto en materia de derechos. Por su parte, el aspecto procedimental implica revisar instituciones *ex hypothesi* democráticas, como la regla de la mayoría y su expresión en los tribunales constitucionales. Así también, es necesario analizar el diseño de algunos tribunales o cortes constitucionales, su funcionamiento y sus procedimientos. Hacia el final del ensayo se revisarán algunas propuestas que surgen como respuesta a la objeción contramayoritaria y a sus problemas de aplicación.

1. Constituciones y constitucionalismo

El concepto de constitución es, sin dudas, complejo. La noción clásica de constitución es solo formal: por constitución se entiende, simplemente, la forma de gobierno (la “estructuración de las magistraturas”). El concepto moderno de constitución es sustancial. Aquí la constitución es definida en los términos del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): en estos términos, una constitución no es solamente la forma de gobierno, sino que incluye un catálogo de derechos y el poder distribuido en funciones.⁴ En otras palabras, además de recoger elementos orgánicos (lo que incluye la separación de poderes), también recoge elementos dogmáticos, como el reconocimiento de derechos y los medios que los garanticen.⁵ Uno de estos medios es la implementación de la jurisdicción constitucional, aunque esta es, propiamente, una innovación del constitucionalismo contemporáneo.⁶ A partir de este punto surge la objeción contrama-

3 Ricardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008.

4 Mauricio Maldonado Muñoz, “Por una genealogía de la Constitución”, en *Diritto & Questioni Pubbliche* XX, n.º 2 (diciembre de 2020).

5 Luigi Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, Il Mulino, 2013.

6 Maldonado Muñoz, “Por una genealogía de la Constitución”, *op. cit.*, pp. 184-185.

yoritaria, puesto que las decisiones de los tribunales pueden ser contrarias a los intereses de las mayorías.⁷

Las constituciones reconocen una serie de derechos fundamentales (fundamentales en sentido técnico, o sea los derechos que *fundamentan* la validez material del resto de normas del sistema⁸). En estos catálogos extensos de derechos que son las constituciones contemporáneas, se cuentan también “nuevas generaciones, como las de los derechos colectivos o las de los derechos ambientales, e incluso nuevos sujetos de derechos, como los animales o [...] la naturaleza”.⁹ Así, los derechos adquieren un papel trascendental en la toma de decisiones; esto, *in primis*, porque los derechos son entendidos como un límite para los poderes públicos.¹⁰ Este límite puede ser explicado como una “posición de incompetencia” para las autoridades (en el sentido de que tienen el deber de no producir normas o decisiones que violen el contenido de los derechos).¹¹ Esta es una consecuencia, además, del principio de legalidad (material), por el cual la ley: “a) debe ser aprobada en las formas previstas por la constitución, b) debe regular dentro del ámbito material de competencia determinado por la Constitución, y c) no puede disponer nada en contraste con la Constitución”.¹² En tal sentido, bajo la noción material del principio de legalidad, el legislativo está sujeto a la constitución, se encuentra vinculado por ella, lo cual es el resultado de la rigidez de la carta (y de la transformación del principio de legalidad formal en principio de legalidad material¹³).

De esto surge que, si bien el poder legislativo tiene la potestad de crear normas y, en cierto sentido, tomar algunas decisiones respecto al contenido de los derechos, estas deben estar alineadas con el contenido de la constitución. Por lo tanto, el tribunal constitucional juega un papel crucial en la revisión de estas normas, producto de lo cual podría irse –al menos por hipótesis– contra las mayorías;¹⁴ ello, según se sostiene en la vereda opuesta, para asegurar que no se violen los derechos fundamentales, estableciendo así un equilibrio entre la autoridad mayoritaria y la protección de tales derechos. Encontramos ya

7 “Intereses” en el sentido de que se corresponden con un hipotético sentir o querer general respecto a una medida o materia determinada.

8 María Cristina Redondo, “Diritti umani ed esercizio legittimo dell’autorità”, en *Ragion Pratica* 34 (2010), pp. 158 ss; Riccardo Guastini, *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016; Mauricio Maldonado Muñoz, *Los Derechos Fundamentales: un estudio conceptual*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018; Mauro Barberis, *Ética para juristas*, Madrid, Trotta, 2008; Luigi Ferrajoli, “Sobre los derechos fundamentales”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 1, 15 (2006), pp. 113-36; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 524 ss.

9 Maldonado Muñoz, “Por una genealogía de la Constitución”, p. 184.

10 En este sentido, la Constitución busca impregnar a todo el ordenamiento

11 Véase, por ejemplo, María Beatriz Arriagada *et al.*, “Libertades fundamentales e igualdad ante la ley. La estructura de su protección constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho* 50 (2023), pp. 201 ss; Maldonado Muñoz, *Los Derechos Fundamentales: un estudio conceptual*, *op. cit.*

12 Guastini, *La sintaxis del derecho*, *op. cit.*, p. 138.

13 Riccardo Guastini, *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, Lima, Editorial Científica Peruana, 2014.

14 La democracia moderna supone que los representantes del pueblo, y específicamente los legisladores, tomen decisiones, justamente, como si fuesen ese pueblo (que ejerce el poder al menos mediante representantes). Tal es la noción mínima de democracia representativa. Véase Mauricio Maldonado Muñoz, *La Democracia a partir de Bobbio*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2019.

una (posible) colisión entre instituciones “democráticas” y “no democráticas”. Nótese, eso sí, que en el debate se entiende a la democracia prevalentemente como un mecanismo de adopción de decisiones por vía de la regla de mayoría; y, por otro lado, el constitucionalismo se entiende como una estructura con mecanismos institucionales para frenar a las mayorías. En ese sentido, según algunos autores,¹⁵ el constitucionalismo operaría como un mecanismo de limitación de la democracia, entre otros, por la garantía jurisdiccional de la constitución.¹⁶ Sobre esto hablaré en detalle más adelante.

Históricamente, el constitucionalismo propiamente dicho –o sea la doctrina institucional de los límites al poder por obra de la distribución del poder del Estado y del reconocimiento de los derechos fundamentales– es un producto posrevolucionario, y, por lo tanto, originalmente liberal.¹⁷ Para Greally esto supone pensar en la supremacía constitucional como una herramienta para garantizar un Estado limitado.¹⁸ No obstante, el propio concepto de raigambre liberal se ha enfrentado a otras tantas nociones ideológicas de constitucionalismo (socialdemócrata, republicana, conservadora).¹⁹ Y aunque este es un aspecto importante, aquí no lo trataré sino marginalmente.

Permaneciendo en el terreno de esta noción básica y posrevolucionaria de constitucionalismo que se mira bajo la lupa del liberalismo, este puede ser visto –según Comanducci– como fuerte o débil,²⁰ de los contrapoderes o de las reglas,²¹ reformista o revolucionario.²² Para efectos de este trabajo solo intere-

15 Estos autores –que son relevantes para la materia y discuten sobre este problema– son Guastini, Kelsen, Comanducci, Celano, Ferrajoli, Garzón Valdés. Por su parte, como críticos a estas teorías nos encontramos a Waldron, Gargarella, Tushnet.

16 Guastini propone algunos elementos de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos. En términos generales, estos son: 1) una constitución rígida, 2) la garantía jurisdiccional de la constitución, 3) la fuerza vinculante de la constitución, 4) la sobreinterpretación de la constitución, 5) la aplicación directa de las normas constitucionales, 6) la interpretación conforme de las leyes, 7) la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas. Riccardo Guastini, *Estudios sobre teoría constitucional*, México, Distribuciones Fontamara, 2001, p. 154.

17 Maldonado Muñoz “Por una genealogía de la constitución”, *op. cit.*, pp. 180 ss.

18 “A liberal political constitutionalist will not view legislative supremacy as synonymous with popular sovereignty rather, legislative sovereignty functions as a means for securing a liberal commitment to limited government”. Robert Greally, “Ideologies of Political Constitutionalism”, en *Oxford Journal of Legal Studies* 17 (2024), p. 16. Además, desarrolla el constitucionalismo como una ideología socialdemócrata: “democratic socialist political constitutionalists emphasise that the constitution should function as ‘a lubricant, rather than a barrier to social, economic and political change’. Any reforms that may endanger strong government are traditionally viewed as a threat” (p. 13), republicana: “distinguishes itself from the liberal reading, through its belief that the avoidance of domination requires prioritising ordinary democracy and the rejection of entrenchment and strong-form judicial review” (p. 17); y conservadora: “conservative political constitutionalists believe that majoritarianism is only truly acceptable under conservative governments” (p. 26). Si bien no se ahonda en estas tres últimas teorías, es importante tener en cuenta que el constitucionalismo moderno no se limita solo a una lectura liberal.

19 Nótese, sin embargo, que para autores como Bobbio hay una continuidad entre el Estado liberal y el Estado democrático; de modo que no hay democracias iliberales. Para Bobbio, o bien la democracia asegura también algunos derechos de libertad, o bien no se la puede entender como una democracia genuina. Norberto Bobbio, *Democracia y liberalismo*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2021.

20 Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho* 16 (2002), p. 91.

21 *Idem.*

22 *Ibid.*, p. 92.

san las dos primeras dicotomías. De ese modo, “el constitucionalismo fuerte [...] es la ideología que requiere una constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal”,²³ y “el constitucionalismo de los contrapoderes es la ideología que, a fin de limitar el poder y/o de garantizar los derechos fundamentales, propone un sistema institucional de *checks and balances*”.²⁴ Esto, como se ve, tiene su génesis en la transformación conceptual de la que ya se ha hablado (el paso de la constitución formal a la constitución sustancial).

Pues bien, los Estados constitucionales contemporáneos se componen de distintas instituciones.²⁵ En lo que aquí importa, una característica trascendental es la rigidez constitucional. Por “rigidez” se entiende la propiedad de una constitución documental por la cual el proceso de modificación constitucional es complejo, en el sentido de que tal proceso es distinto y reforzado respecto de aquel de las leyes (lo cual hace que la rigidez sea una cuestión de grado: hay constituciones más o menos rígidas según el proceso de reforma sea más o menos reforzado). Como dice Guastini, “una constitución puede ser más o menos rígida, más o menos flexible”,²⁶ lo que dependerá del diseño constitucional del caso. En los sistemas “más rígidos” los tribunales constitucionales juegan un papel crucial en la supremacía constitucional, pues al interpretar disposiciones que reconocen derechos y que incluyen principios, estos órganos tienen la última palabra sobre el contenido de la constitución (especialmente en el ámbito dogmático), lo que convierte al tribunal en órgano de cierre. En relación con el tema que nos ocupa, la calidad de órgano de cierre nos refiere al dilema del equilibrio de los poderes: el tribunal constitucional limita la voluntad democrática *ex profeso* de proteger la constitución. En este sentido, sobresale la dificultad contramayoritaria: en un primer momento por el equilibrio, pero también por la restricción del principio de autodeterminación.²⁷

2. Derechos, democracia y justicia constitucional

La democracia presupone la autonomía del individuo partiendo de “que el individuo, como persona moral y racional, es el mejor juez de sus propios intereses”.²⁸ Esta es la noción de autonomía personal, aunque la que se refiere estrictamente a la democracia es aquella de la llamada “autonomía social”,

23 *Ibid.*, p. 91.

24 *Idem.*

25 Guastini, *La sintaxis del Derecho*, op. cit., pp. 150, 167 ss.

26 *Ibid.*, pp. 169 ss.

27 Waldron considera: “It may not always be easy for legislators to see what issues of rights are embedded in a legislative proposal brought before them; it may not always be easy for them to envisage what issues of rights might arise from its subsequent application. So it is useful to have a mechanism that allows citizens to bring these issues to everyone’s attention as they arise. But this is an argument for weak judicial review only, not for a strong form of the practice in which the abstract question of right that has been identified is settled in the way that a court deems appropriate”. Jeremy Waldron, “The core of the case against judicial review”, en *The Yale Law Journal* 115 (2006), p. 1370.

28 Bobbio, *Teoría general de la política*, op. cit., p. 457.

que implica “la capacidad de los individuos de darse sus propias leyes (para sí o para la comunidad)”.²⁹ De acuerdo con Guastini, “la creación de normas por parte de órganos representativos responde, en fin, al principio democrático de autonomía, autodecisión o autodeterminación”.³⁰ Se plantea, entonces, que la democracia puede ser vista desde una posición ético-sustantiva y desde un enfoque procedimental (ello, con relación a los tribunales constitucionales como instituciones circunscritas a esta democracia constitucional).

2.1. Una visión ético-sustantiva

Sin dudas, estudiar la construcción de la democracia, los derechos y los tribunales constitucionales desde esta postura es una tarea sumamente extensa. Por este motivo, se asumen ciertos aspectos del constructo del concepto para enfocarnos en lo que nos compete.³¹ En primer lugar, en esta visión del Estado constitucional estamos hablando de aquel que cuenta con “una constitución escrita, rígida, garantizada y extensa”.³² Una constitución documental se dice *rígida*, como hemos visto, cuando tiene un procedimiento especial de reforma. *Garantizada* cuando las disposiciones expedidas por el legislativo están sujetas al control de constitucionalidad. *Extensa* cuando incluye no solo la disciplina de la forma de gobierno y del Estado, sino que reconoce un catálogo de derechos (a veces, como en el caso ecuatoriano, un catálogo muy amplio de aquellos).³³

Hablar de interpretación constitucional, y específicamente de la interpretación de las disposiciones que reconocen derechos, no siempre es algo pacífico. Piénsese, por ejemplo, en las divergencias que existen entre las posiciones de Atienza y Guastini,³⁴ e incluso en las discrepancias entre Guastini y Celano,³⁵ quien es un partidario de la llamada “lectura moral” de la constitución, de

29 Maldonado Muñoz, *La democracia a partir de bobbio*, op. cit., p. 75. El autor ahonda en el tema considerando que “para la tradición originariamente liberal (y luego, con ella, para la tradición democrática), hay dos formas de concebir a la libertad que corresponden a dos momentos distintos, siendo el segundo una extensión conceptual del primero: [...] De estos dos sentidos de libertad nace la idea del principio del daño como mecanismo de cierre del sistema de moral liberal. En este orden de cosas, las decisiones privadas no son solo aquellas íntimas (que no son accesibles al conocimiento público) sino todas las que no dañan a terceros: configurando, así, tanto un ámbito externo como uno interno de la privacidad (en suma, de lo privado como opuesto a lo público). Lo público, que corresponde a la comunidad (en el sentido, justamente, de república) y lo privado, que corresponde al individuo”.

30 Guastini, *Estudios sobre teoría constitucional*, op. cit., p. 70.

31 Pau Luque, *De la Constitución a la moral*, Madrid, Marcial Pons, 2014; Bruno Celano, *Los derechos en el Estado constitucional*, Perú, Palestra Editores, trad. Felix Morales Luna, 2017; Leopoldo Gama, *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

32 Celano, *Los derechos en el Estado constitucional*, op. cit., p. 165.

33 Maldonado Muñoz, “Por una genealogía de la constitución”, op. cit., p. 185.

34 Cfr. Manuel Atienza, *Interpretación constitucional*, Bogotá, Universidad Libre, 2016; Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, op. cit.

35 Riccardo Guastini, “Il ‘moral reading’ da Dworkin a Celano”, en Mauricio Maldonado Muñoz y Pau Luque (eds.), *Discutiendo con Bruno Celano*, vol. I, Madrid, Marcial Pons, 2019; Bruno Celano, “Distinguiendo troppo”, en Mauricio Maldonado Muñoz y Pau Luque (eds.), *Discutiendo con Bruno Celano*, vol. II, Madrid, Marcial Pons, 2019. Precisamente, Guastini considera que la interpretación propuesta por Celano no es tanto una lectura moral, sino, por el contrario, una lectura ideológica. Así, desarrolla que la teoría del significado de Celano es una teoría de interpretación.

impronta dworkiniana.³⁶ Para Celano, en materia de derechos, “la identificación del contenido (la comprensión) de las respectivas disposiciones, y su aplicación a casos genéricos o individuales, requiere, en algunas ocasiones, el recurso a consideraciones argumentativas morales sustantivas”,³⁷ lo que Guastini rechaza. En este trabajo no pretendo ocuparme de la cuestión. Solo subrayar que si la posición de Celano es correcta, aquello incluye cierto nivel de incertidumbre respecto de la “moral” que ha de aplicarse a efectos de la interpretación, y de los desafíos que ello implicaría respecto de la identificación, aplicación y desarrollo de sus contenidos en el ámbito del legislativo. El legislador realizaría una interpretación de la constitución para desarrollar sus contenidos, pero esto podría generar controversias respecto de la interpretación del tribunal constitucional, que –se asume– evita o debería evitar la erosión de los derechos y los principios a partir de interpretaciones que se alejen de los contenidos constitucionales (aunque sea el propio tribunal el que decide sobre la interpretación del texto constitucional).³⁸

De cualquier modo, la teoría presupone, justamente, que los procesos deliberativos democráticos que se dan en el legislativo encuentran un límite material en estos contenidos. Dworkin ha sido un gran precursor de esta visión, aunque no el único. Su teoría se ilustra de la siguiente manera: “los derechos son los contenidos valorativos abstractos delineados en la Constitución. Su fin es imponer límites al poder mayoritario”.³⁹ Ocurren dos situaciones: en primer lugar, se impone un límite como tal al poder del legislativo para desarrollar el contenido de los derechos. Este se presenta en la llamada “esfera de lo indecible” de Ferrajoli,⁴⁰ y en el ámbito del “coto vedado” de Garzón Valdés, “en el que han de resguardarse los derechos fundamentales no negociables, como condición necesaria de la democracia representativa”.⁴¹ Ambos autores lo postulan como elementos presentes en la democracia constitucional. Nótese, sin embargo, que dicha esfera podría o debería extenderse también a los tribunales constitucionales, pues no podrían reducir el contenido o fallar en contra de este “coto”. ¿Pero quién decide tal cosa? El problema es serio, tanto teórica como prácticamente. Más adelante volveré sobre este tema.

Y, sin embargo, si la democracia incluye necesariamente una “esfera de lo indecible”, tal debería operar también contras las mayorías. Si esto es así, tiene sentido abogar por la necesidad de un órgano que se oponga o pueda oponerse

36 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 350 ss.

37 Celano, “Distinguendo troppo”, *op. cit.*

38 Y, sin embargo, en este sentido el tribunal constitucional aparece como una figura que orienta las interpretaciones de otros agentes (abogados, jueces ordinarios, académicos) hacia una aplicación coherente y sistemática de los principios.

39 Leopoldo Gama, *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 36.

40 Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris: teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., 2012, p. 773.

41 Ernesto Garzón Valdés, “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 12 (2000), p. 20.

a los poderes mayoritarios, y que garantice contenidos no negociables de las constituciones democráticas. Para Bobbio, justamente, los derechos pueden ser entendidos como “derechos contra la mayoría”.⁴² En esta posición, ciertos derechos –quizás todos– son necesariamente contramayoritarios; es decir, se oponen o pueden oponerse a los intereses de las mayorías.

Estos derechos deben ser desarrollados como cualquier derecho. Ahora bien, resulta complejo pensar que un órgano político como el legislativo desarrolle estos derechos siempre de modo que las minorías resulten tuteladas, pues sería necesario que las minorías logren mayorías democráticas (lo que puede suceder, pero es contingente),⁴³ o que las mayorías aboguen por derechos sin representación democrática (por ejemplo, los derechos de la naturaleza). La intervención de los tribunales constitucionales encontraría su justificación, en este contexto, en frenar a las mayorías y asegurar una realización efectiva de estos derechos. Y aunque esta es la justificación teórica (basada en necesidades democráticas) que se adopta, el problema del juez de cierre persiste: *Quis custodiet ipso custodes?*

De acuerdo con Bobbio, “la amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como un territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario”.⁴⁴ Hay que anotar que Bobbio es partidario –como Przeworski o Schumpeter– de una teoría minimalista de la democracia.⁴⁵ Pero incluso en esta posición el ejercicio de los derechos de libertad implica, o podría implicar, ir en contra de los intereses de las mayorías. La tutela de los derechos de libertad, en este sentido, se extiende más allá de los órganos que son caracterizados como democráticos en cuanto mayoritarios; de modo que se vuelve relevante pensar en la tutela de estos derechos por parte de un órgano distinto (por parte, se entiende, de la jurisdicción constitucional).

De esta manera, el legislativo representa a las mayorías, pero los derechos no son o deberían ser vistos como esencialmente “mayoritarios” en el sentido bobbiano. Y, por ello, el desarrollo de los contenidos de los derechos en los Estados constitucionalizados requiere de “una estructura constitucional en la cual ciertas decisiones se aparten de la esfera de decisión. Es decir, la democracia rectamente entendida exige un conjunto de reglas constitucionales

42 Mauricio Maldonado Muñoz, “Democracia, derechos y regla de mayoría: una mirada a partir de la teoría de Norberto Bobbio”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 44 (2016), p. 150, precisamente, “dada la unión democracia-liberalismo, en el sentido ya explicado en este trabajo, los derechos propios de dicha concepción son calificados como ‘inviolables’: son inviolables no porque no puedan serlo en sí mismos, no tendría sentido prescribir algo contra una regla invariable; lo son, empero, en cuanto su violación está prohibida, por una parte, por las normas del sistema y, por otra, por la relevancia de tales derechos para que el sistema mismo sea posible (no ficticio, no simulado) aun en una concepción mínima”.

43 Bobbio, *Teoría general de la política*, op. cit., pp. 462 ss.

44 Maldonado Muñoz, “Democracia, Derechos y regla de mayoría: una mirada a partir de la teoría de Norberto Bobbio”, op. cit., p. 151.

45 *Idem*.

atrincheradas: situadas más allá del alcance de las manos ciudadanas”.⁴⁶ Lo mismo sostiene J. L. Rodríguez: “en términos generales, para las concepciones sustantivas, el Estado de derecho debe implementar un mecanismo institucional para la *protección de ciertos derechos fundamentales*”.⁴⁷ Sucede, pues, que existe un delicado equilibrio de poderes, donde concurren dos cosas a la vez: 1) un tribunal que debe garantizar sustantivamente el contenido de los derechos frente a los excesos de las mayorías, y 2) un tribunal que debe preservar las instituciones democráticas de restricciones excesivas a la voluntad popular. Tal equilibrio, sin embargo, no es fácil.

En otras palabras, la “lucha por los derechos” no se limita a las instituciones democráticas (mayoritarias), sino que se da también –y quizás principalmente– en la esfera del propio tribunal constitucional. Este es el caso, algo frecuente, de ciertos derechos que surgen de casos concretos complejos como el aborto, el matrimonio igualitario o la eutanasia.⁴⁸ Contemporáneamente, muchos de tales derechos son reivindicados frente a las cortes y los tribunales constitucionales (como decía al inicio, las reivindicaciones de *sententia ferenda* han tendido a sustituir a aquellas *de lege ferenda*⁴⁹). Llegados a este punto, se pueden evidenciar motivos sustantivos que indicarían la potencial legitimidad de las decisiones de los tribunales constitucionales. Por otro lado, existe un argumento genético: el tribunal constitucional es la “viva intención” del constituyente, ya que “el intérprete constitucional requiere tener voluntad de ‘Constitución’ [...] para que la Carta Fundamental adquiera y conserve su realización práctica”.⁵⁰ Sin embargo, y como ya se dijo, esto requiere afrontar el problema de la interpretación de la constitución, y la propia posibilidad de que exista algo como la “intención del constituyente”.⁵¹ En cualquier caso, el desarrollo preciso y extenso de esos temas rebasa los intereses de este trabajo, por lo que solo realizaré algunos apuntes más adelante.

En el ideal de la separación de poderes, “a diferencia del legislador, el juez constitucional no crea nuevo derecho, sino que se limita a aplicar derecho (constitucional) preexistente. Al contrario que el legislador, sus decisiones son motivadas, y lo son precisamente como decisiones que aplican (no crean)

46 Gama, *Derechos, democracia y jueces: modelos de filosofía constitucional*, op. cit., p. 39.

47 Jorge Luis Rodríguez, *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 522.

48 No solo es el caso de Ecuador –como se evidencia en las sentencias 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), 67-23-IN/24 (eutanasia) y 34-19-IN/21 (aborto)–, sino que es una fórmula usual que se reivindicuen estos derechos a través de los tribunales constitucionales. Por ejemplo, el C-233 de 2021 de la Corte Constitucional colombiana que desarrolla el derecho a la eutanasia.

49 Maldonado Muñoz, *Los derechos fundamentales: un estudio conceptual*, op. cit., p. 83 ss.

50 Humberto Nogueira Alcalá, “Las mutaciones de la Constitución producidas por vía interpretativa del tribunal constitucional. ¿El tribunal constitucional poder constituido o poder constituyente en sesión permanente?”, en *Estudios Constitucionales* 7 (2009), p. 393.

51 Véase, por ejemplo, lo que se señala en la última parte del trabajo de Mauricio Maldonado Muñoz, “De nuevo sobre el matrimonio igualitario en el Ecuador: algunas perplejidades argumentativas”, en Christian Alexander y Paula Aguirre et al. (coords.), *Matrimonio igualitario en Ecuador: un camino a la igualdad*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2024.

normas (constitucionales) ya dadas”.⁵² Sin embargo, el propio Guastini hace dos aclaraciones (*realistas*) respecto de las decisiones de los jueces constitucionales: 1) cuando niegan la aplicación de una norma (legislativa) preexistente o –todavía más claramente– cuando la anulan, no se limitan a decir el ‘derecho’, sino que lo modifican, ya que sustraen normas del conjunto de las normas existentes o aplicables⁵³ y “no se limitan a desaplicar o anular normas preexistentes, sino que –mediante algunas sofisticadas técnicas decisorias– añaden al ordenamiento nuevas normas (las así llamadas sentencias ‘aditivas’) y/o sustituyen normas preexistentes (las así llamadas sentencias ‘sustitutivas’)”.⁵⁴ En este sentido, las decisiones de los tribunales constitucionales son una realización de la constitución y reconfiguración del ordenamiento jurídico (como muestra de la dinámica del ordenamiento).⁵⁵

Entonces, ¿crea el juez constitucional derecho al delimitar el derecho existente? Una postura formalista sostiene que no; una postura escéptica radical sostiene que todo el derecho es de creación judicial. Sin embargo, entre estas posturas extremas caben posibilidades intermedias, como la de Hart⁵⁶ o la del propio Guastini ya citada. Estas posturas admiten, aunque de distintos modos, que el juez participa en la creación del derecho: “no es su mero aplicador, ni es su entero creador”.⁵⁷ Y este es un rasgo inevitable de los sistemas jurídicos. Es innegable que el juez constitucional aporta al desarrollo del ordenamiento, en consecuencia, de su rol interpretativo.⁵⁸

52 Guastini, *La sintaxis del derecho*, op. cit., p. 309.

53 *Idem*.

54 *Idem*.

55 Cabe añadir que sobre este punto existe una extensa discusión, como puede verse en el debate Kelsen-Schmitt. En este, Schmitt defiende un modelo centrado en el jefe de Estado y limita las funciones del Tribunal Constitucional. Mientras que Kelsen aboga por la independencia del tribunal constitucional y lo postula como un legislador negativo por su facultad de anulación de la ley, buscando así la supremacía de la norma. Véase Yandri Vladimir Chinga Aspiazú, “La Corte Constitucional del Ecuador. ¿El sexto poder del Estado?”, en *Iuris Dictio* 30 (2022), pp. 25-40; Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la constitución: (la justicia constitucional)*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

56 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

57 Mauricio Maldonado Muñoz, “El realismo jurídico (apuntes para una introducción)”, en *Iuris Dictio* 25 (2019), pp. 13-25.

58 Alchourrón y Bulygin consideran, bajo el supuesto de que el juez puede modificar el derecho, que “el juez modifica primero el sistema, integrándolo con una nueva norma que soluciona el caso de la laguna, y luego, una vez delimitada la laguna, procede conforme a lo que establece el nuevo sistema”. Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Sistemas normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 224. De la misma manera, se puede tomar en consideración lo expuesto por Celano, en Maldonado Muñoz y Luque, sobre la nomodinámica, “Il diritto, in altri termini, un aspetto nomodinamico: che cosa sia diritto dipende, in parte, da norme – esse stesse norme giuridiche – che attribuiscono poteri, che istituiscono autorità: poteri normativi, ossia poteri conferiti e disciplinati da norme di produzione o applicazione di norme”. Mauricio Maldonado Muñoz y Pau Luque, “Recordando a Bruno Celano. En torno a algunos contrastes”, en *Analisi e Diritto* 2 (2022), p. 15. Así, el derecho depende de normas que atribuyen poderes normativos a autoridades y se regulan por normas de producción que, en este caso en concreto, pueden encontrarse en la Constitución. Viendo más allá la cuestión, Celano aboga también por una paradoja de la nomodinámica, la que puede entenderse como “altri termini ancora, le decisioni interpretative giuridicamente riconosciute –anche se, nel merito, sbagliate– avranno effetti giuridici. Anche la loro invalidazione, di regola, richiedono un organo competente, e l'esecuzione della procedura appropriata. Se vi siano o no criteri sostanziali di correttezza di una decisione interpretativa diventa tendenzialmente (mai del tutto: la questione sostanziale si ripropone indefinitamente, come abbiamo visto) irrilevante”. Enrico Diciotti, “Il rigore passato in giudicato fa stato fra le squadre (ovvero, il paradosso della nomodinamica)”, en Mauricio Maldonado Muñoz y Pau Luque (eds.), *Discutendo con Bruno Celano*, vol. II, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 71.

Y, sin embargo, es deseable que el rol interpretativo de los tribunales constitucionales sea, de algún modo, limitado. Ello se halla en el mismo ideal de las democracias modernas que nacieron para distribuir y para limitar el poder.⁵⁹ Se observan, en este sentido, ciertos elementos particulares que son una suerte de garantías democráticas que previenen, o al menos limitan, abusos por parte de los tribunales constitucionales. Por ejemplo, algunas figuras que se incluyen son las siguientes: “audiencias públicas, *amicus curiae*, sentencias exhortativas, acciones ciudadanas de inconstitucionalidad, respuestas legislativas a las sentencias de inconstitucionalidad, la publicidad de la deliberación al interior de la jurisdicción constitucional”.⁶⁰

Esto atenúa, pero no resuelve, el problema del desbalance de poderes que crea o puede crear cualquier autoridad última.⁶¹ De cualquier modo, es importante destacar que además de las medidas citadas, algunos tribunales constitucionales adoptan la llamada “cultura del precedente”; es decir, que “aquellas razones (que hacen parte de la sentencia) que expone un juez para sustentar la decisión judicial (la *ratio decidendi*) son tomadas por otro juez u otro operador jurídico para aplicarlas a un nuevo caso”,⁶² lo que vale usualmente también de modo horizontal, o sea para el mismo tribunal, a menos que se aleje argumentadamente de sus decisiones precedentes. Esto sirve –al menos por hipótesis– para que los tribunales constitucionales mantengan coherencia en su jurisprudencia (y la propicien “hacia abajo”), además de que reduce las decisiones basadas únicamente en las creencias de los jueces.⁶³

2.2. Una visión procedimentalista

La constitución es la que permite al legislativo dictar derecho,⁶⁴ aplicando la regla de la mayoría. Esta regla puede justificarse en términos de “valores fundamentales, como la libertad y la igualdad”.⁶⁵ Sin embargo, la regla de la mayoría no está limitada a órganos democráticos (en el sentido de mayoritarios), sino que también se la encuentra en la práctica de los tribunales constitucionales.⁶⁶ Entonces, si bien el poder legislativo, a través de la regla, desarrolla el contenido de los derechos, no es el único sujeto a un sistema de votación por mayorías. Lo que caracteriza al legislador es que se asume que sus mayorías

59 Waldron, “The core of the case against judicial review”, *op. cit.*

60 Ignacio Giuffré, “Constitucionalismo fuerte y Democracia deliberativa: inconsistencias en Rawls, Dworkin, Alexy”, *International Journal of Constitutional Law*, 21, n.º 5 (2023), p. 1277.

61 Maldonado Muñoz, “El realismo jurídico (apuntes para una introducción)”, *op. cit.*

62 David Sierra Sorockinas, “El precedente: un concepto”, en *Revista Derecho del Estado* 6 (2014), p. 253. Esta es una de las formas de comprender al precedente, por supuesto que la discusión es más compleja e implica una revisión de la idea del precedente desde distintos supuestos.

63 Por su puesto, esta figura también está sujeta a problemas, como se evidencia en la Corte Suprema de Estados Unidos, que últimamente se está alejando de precedentes por su composición actual, por ejemplo, el fallo *overruled*, el caso *Chevron v. Natural Resources Defense Council*, o también en *Roe v. Wade*.

64 En cuanto incluye normas de competencia que instituyen poderes normativos a cargo de tal órgano.

65 Bobbio, *Teoría general de la política*, *op. cit.*, p. 466.

66 Como es el caso de la Corte Constitucional del Ecuador.

son una expresión de la voluntad (mayoritaria) de los electores de quienes los legisladores son representantes. Nótese, sin embargo, que la composición de los sistemas parlamentarios modernos es o debe ser proporcional (de modo que no estarían representadas solamente las mayorías). De cualquier modo, el legislador está llamado a tutelar los derechos dentro del marco preestablecido por la constitución, como se evidenció previamente. No obstante, la actividad legislativa es particular porque –como ha mostrado Maldonado Muñoz– da lugar a la creación de textos normativos a través de procesos de negociación y coaliciones,⁶⁷ de modo que podrían imperar intereses de grupos que, a su vez, podrían invadir el ámbito de los derechos fundamentales reconocidos por la constitución. Lo que requeriría un “guardián de la constitución”.⁶⁸

De acuerdo con Bobbio, la regla de la mayoría no es exclusiva ni necesariamente democrática.⁶⁹ Los “derechos contra la mayoría” de Bobbio suponen, obviamente, que estos son inviolables (también para el legislador). Tal inviolabilidad “consiste [...] en la imposibilidad de su limitación o supresión con base en el principio de mayoría”.⁷⁰ También, sostiene Maldonado Muñoz, que “si ha de considerarse a la regla de mayoría como un mecanismo democrático, esta ha de estar sujeta a ciertos límites *necesarios*”.⁷¹ Por lo tanto, la regla no es absoluta y debe hallar su coto en las salvaguardas que protegen los derechos. Sin embargo, otro desafío para las mayorías políticas son su contraparte: las minorías. En palabras de Garzón Valdés, “una de las características de toda minoría políticamente relevante es una actitud de disenso con respecto a las medidas adoptadas mayoritariamente”.⁷² Estos disensos políticos son esenciales para la construcción del derecho democrático, en tanto se presentan como moralmente justificados;⁷³ ello, ya que proporcionan espacios de cuestionamiento a las decisiones mayoritarias. La democracia moderna no es un mero régimen de mayoría. El disenso es un resultado ineludible de la actividad democrática. De ahí que el tribunal constitucional deba actuar como moderador en la relación de las mayorías y minorías, buscando que la regla de la mayoría se aplique sin transgredir a las minorías.⁷⁴

67 Mauricio Maldonado Muñoz, “Construir el Derecho (Entre juegos cooperativos y no-cooperativos)”, en *USFQ Law Review* 6 (2019) pp. 149-62. El autor precisa que el derecho, en este tipo de instituciones, se construye a través de juegos cooperativos, donde se busca conformar mayorías.

68 Sin embargo, de acuerdo con el mismo Maldonado Muñoz, pasa algo similar con los “juegos cooperativos” de los jueces de cierre. *Idem*.

69 Bobbio, *Teoría general de la política*, *op. cit.* (véase más).

70 Maldonado Muñoz, “Democracia, Derechos y regla de mayoría: una mirada a partir de la teoría de Norberto Bobbio”, *op. cit.*, p. 148.

71 *Ibid.*, p. 152.

72 Garzón Valdés, “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, *op. cit.*, pp. 15-16.

73 *Ibid.*, p. 17. Garzón Valdés considera que no todo disenso se encuentra moralmente justificado, menciona por ejemplo la “cuestión judía” y su respectiva solución. En este caso, queda claro que el disenso carente valor moral, también carece valor procedimental, al menos para el presente estudio. Aun así, sobre moralidad, democracia y decisiones existe mucha doctrina que se puede visitar.

74 Lina Marcela Escobar Martínez, “Las minorías en la democracia constitucional –el caso español–”, en *Universitas* 54 (2005), pp. 583-619.

De ese modo, es importante comprender la manera en que los tribunales constitucionales están estructurados, a efectos de llevar a cabo esta función protectora. Aunque el método de control suele variar, los tribunales constitucionales utilizan normalmente la regla de la mayoría para adoptar sus decisiones. Aquí no estamos ante la misma mayoría democrática que se encuentra en el poder legislativo; nos encontramos, más bien, con una mayoría de un conjunto de jueces que puede revertir las decisiones de estas mayorías, lo que introduce un nuevo nivel de complejidad al proceso decisional. Las decisiones mayoritarias se invalidarían mediante otra forma de decisión mayoritaria: aquella que es el producto de los que –en términos de la teoría de juegos– son juegos cooperativos interpretativos de los jueces de cierre.⁷⁵

De cualquier manera, desde una postura procedimental, el tribunal constitucional encuentra su legitimación teórica en su diseño como un medio –de los tantos que se pueden postular– para garantizar que el ejercicio de la regla de la mayoría legislativa encuentre sus límites.⁷⁶ Pero, por otro lado, un tribunal constitucional puede hallar justificación dogmática en una postura normativa “comprometida con la defensa de los valores consagrados en la constitución y orientada a guiar interpretaciones sistemáticas coherentes con el desarrollo de los principios constitucionales”.⁷⁷

Examinemos ahora el funcionamiento del cuerpo colegiado, las decisiones tomadas en conjunto por los jueces constitucionales. Como ejemplos paradigmáticos por su importancia, hablaré del Tribunal Constitucional Federal Alemán y de la Corte Constitucional Italiana (se trata de las primeras cortes constitucionales de la posguerra).

Primero, el Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán se integra por dos salas o senados, cada uno conformado por ocho jueces. Las decisiones se adoptan “por mayoría de los miembros de la Sala que participan en la resolución; la Sala tiene capacidad para tomar acuerdos cuando, de los 8 Magistrados, al menos están presentes seis”.⁷⁸ El proceso deliberativo de un proyecto de sentencia está dividido en dos fases, que pueden ser vistas así: 1) “‘deliberación especializada’, los esfuerzos se dirigen hacia la construcción de la primera postura que los demás miembros del colegiado adoptarán en cuanto al asunto que

75 Maldonado Muñoz, “Construir el Derecho (Entre juegos cooperativos y no-cooperativos)”, *op. cit.*

76 Norberto Bobbio, “Quale giustizia, quale legge, quale giudice”, 1971, pp. 2-8.

77 Rodríguez, *Teoría analítica del derecho*, *op. cit.*, p. 23.

78 Albrecht Weber, “La jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 7 (2003), p. 524. En el caso de Sudamérica, nos encontramos con un amplio espectro del funcionamiento del tribunal constitucional, pues depende de las competencias asignadas por la Constitución, los requisitos para ser juez, la temporalidad del cargo, la forma de designación, etc. Véase más en Andrés Fernando Mejía Restrepo y Liliana Damaris Pabón Giraldo, “¿Quién Juzga? Una aproximación al diseño de los Tribunales de Decisión Constitucional en Suramérica”, en *Revista Derecho del Estado* 58 (2023), pp. 91-119.

ha sido preparado por el juez ponente”;⁷⁹ 2) “la ‘deliberación de lectura’, en pocas palabras consiste en trasladar el resultado de la fase previa en el papel y llegar a un documento consolidado por consenso”.⁸⁰ En este sentido, dentro del proceso deliberativo del TCF se busca un mayor consenso entre los jueces; por este motivo, primero se construye lo que será la decisión, para después plasmarla en el papel. Además, se debe tener en consideración que los jueces del TCF cuentan con una suerte de asesores o asistentes especializados para el desarrollo de los proyectos, sus funciones “dependen, en definitiva, del estilo de trabajo que cada juez establece en su equipo, aunque lo cierto es que ese apoyo implica actividades jurisdiccionales o sustanciales”.⁸¹

Una característica llamativa de las decisiones del TCF es que usualmente son vistas como teniendo “un enfoque académico”.⁸² Así, de acuerdo con Von Bogdandy y Pari: “está más cerca de ser un ensayo de derecho constitucional que una decisión judicial tradicional, proporcionando una visión general y completa de los límites establecidos por la Constitución. La decisión final del caso es presentada como la aplicación de este amplio razonamiento”.⁸³

El TCF adopta sus decisiones en torno a la inconstitucionalidad de un acto normativo después de un extenso análisis en el cual el Tribunal “solamente determina [...] la nulidad de leyes inconstitucionales (teoría de la nulidad), si bien no invalida la ley con carácter retroactivo (doctrina de la anulabilidad)”.⁸⁴ Además, la designación de los jueces del TCF implica un complejo diseño institucional, donde participan distintas instituciones, órganos y electores, que garantizan la legitimidad tanto democrática como federal.⁸⁵

Pasemos a revisar la Corte Constitucional italiana. A diferencia del Tribunal alemán, “todas las decisiones deben ser deliberadas en *Camera di Consiglio*. Las sentencias se aprueban por mayoría absoluta de los votantes, teniendo el presidente voto de calidad en caso de empate”.⁸⁶ Respecto de esta Corte, me gustaría señalar que la selección de los jueces que la conforman implica un proceso tripartito que busca reflejar un equilibrio entre los diferentes poderes estatales: Legislativo, Judicial y Ejecutivo (para que sean los propios poderes que podrían ser controlados los que participen de la designación de los

79 Armando Salas Cruz, “Lübbe-Wolff, Gertrude, ¿Cómo funciona el Tribunal Constitucional Federal alemán?, trad. de Jorge L. León Vásquez, Lima, Palestra, 2019”, en *Cuestiones Constitucionales* 45 (2021), p. 530.

80 *Ibid.*, p. 534.

81 *Ibid.*, p. 531.

82 Armin Von Bogdandy y Davide Pari, “La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional Federal alemán”, en *Revista Derecho del Estado* 43 (2019), p. 16

83 *Idem*.

84 Weber, “La jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania”, *op. cit.*, p. 525

85 *Ibid.*, pp. 495 ss.

86 José Antonio Estrada Marún y Yessica Esquivel Alonso, “La designación de los jueces de la Corte Constitucional italiana”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 154 (2019), p. 51.

miembros de la Corte).⁸⁷ En otras palabras, esta forma de “construir” la Corte garantiza que los jueces no provengan de una única nominación, permitiendo una composición diversa y *–ex hyphotesi–* equilibrada.

La forma institucional de los tribunales constitucionales debería garantizar que su actuación se encuentre limitada, tal como en el caso del procedimiento de doble fase del TCF, o como aquel del requerimiento de una mayoría absoluta con voto de calidad del caso italiano. Sin embargo, esto no resuelve por completo el problema de la legitimidad de las decisiones de tribunales constitucionales, ni tampoco resuelve la dificultad contramayoritaria en sí misma. Y no lo hace porque, a pesar de su estructura y de su nominación (a veces directa, a veces indirecta) por parte de autoridades democráticas, la preocupación de los críticos persiste: ¿quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos directamente representativos en la toma de decisiones democráticas?⁸⁸

3. (Pretendida) objeción contramayoritaria

3.1. Historia y fundamentos

Ahora es necesario examinar la dificultad y las objeciones relacionadas con la revisión judicial. En *La rama menos peligrosa*, Bickel habla del problema que nos ocupa (no se puede negar que las dudas respecto de la legitimidad de la revisión judicial estuvieron presentes desde el principio). Sostiene Bickel: “la revisión judicial es la facultad para interpretar y aplicar la Constitución, en las cuestiones de mayor trascendencia, en contra de los deseos de una mayoría legislativa, que, a su vez, carece de poder para afectar la sentencia judicial”.⁸⁹

En la misma línea, manifiesta que “con el tiempo, la revisión judicial puede, en un sentido más amplio, tener la tendencia a debilitar seriamente el proceso democrático”.⁹⁰ No hace falta advertir –dice– acerca de “un posible sesgo antidemocrático”, haciendo referencia a “la autonomía política en el actuar de los tribunales”, siendo que estos no “se sujeten a ningún tipo de escrutinio electo”.⁹¹ De acuerdo con esto, la autonomía política de los tribunales entra en conflicto con la democracia (al menos con la noción de democracia que la crítica presupone), planteando así una crítica significativa sobre las decisiones contramayoritarias.

87 *Ibid.*, p. 70.

88 Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2013, p. 683.

89 Alexander Bickel, *La rama menos peligrosa: la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, trad. Mario A. Zamudio Vega, 2020, p. 35.

90 *Ibid.*, pp. 36-37.

91 Gisselle de la Cruz Hermida, Ana Elizabeth Ramírez Gómez y Rafael E. Valenzuela Mendoza, “El debate contramayoritario. Aproximaciones teóricas en Estados Unidos e Hispanoamérica”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 12 (2021), pp. 57-77, p. 63.

Como considera Nino, la objeción se basa, también, en que los derechos son vistos como límites a los intereses mayoritarios, pero no necesariamente a las decisiones mayoritarias, añadiendo que “es cierto que siempre hay un riesgo grande de que las decisiones mayoritarias favorezcan a los intereses mayoritarios, pero ese riesgo no se remedia desplazando esa decisión a una minoría, con lo que se corre el riesgo peor de que se favorezcan los intereses minoritarios”.⁹² Sin embargo, este argumento se encuentra con otro particularmente relevante –y el mismo Nino lo advierte–; esto es, el problema de la legitimidad democrática de la constitución.⁹³ Dice Nino: “la Constitución tiene aún mayor legitimidad democrática que la ley, y los jueces que la hacen prevalecer sobre esta última no están interponiendo su propia autoridad y capacidad epistémica, sino la que la Constitución refleja”.⁹⁴

El argumento se fortalece si se piensa en los casos en que una constitución es refrendada, es decir, cuando una constitución entra en vigencia solo después de haber contado con su aprobación mayoritaria. Si la constitución es, a su vez, democrática, entonces la función de una corte constitucional es la de hacer lo que la propia carta le ordena, ser su custodio o guardián. Sin embargo, este argumento tiene un problema: la interpretación de las constituciones contemporáneas suele ser extensiva.⁹⁵ Las críticas a las cortes constitucionales por ejercer (supuestamente) un reemplazo del constituyente, no siendo ya guardianes de la constitución, están siempre presentes.⁹⁶

3.2. Una cuestión ético-sustantiva

Si es correcto afirmar que se puede justificar al tribunal constitucional como institución necesaria para garantizar los derechos, esto implicaría aceptar que “los jueces tengan la última palabra acerca del contenido y alcances de los derechos, privándose así a los ciudadanos del derecho de reflexionar libremente sobre ello”.⁹⁷ Sin embargo, un aspecto importante de la problemática de las decisiones contramayoritarias reside en la forma de resolución de los casos. No todos los problemas relacionados con los derechos tienen una resolución sencilla, al menos si se distinguen los casos problemáticos (anómalos) de los casos fáciles (comunes).⁹⁸

De esta forma, aunque la mayoría de los planteamientos de inconstitucionalidad que llegan a los tribunales serían –*ex hypothesi*– problemáticos, eso no

92 Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, 687.

93 *Ibid.*, p. 688.

94 *Idem.*

95 Guastini, *La Sintaxis del Derecho*, pp. 180 ss.

96 Francisco J. Campos Zamora, “Who killed the lawmaker?”, en *Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie* 108 (2022), pp. 270-287.

97 Jorge Luis Rodríguez, *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 536.

98 Rodríguez, *Teoría analítica del derecho*, pp. 534 ss.

hace sino demostrar que el mecanismo del resguardo constitucional de derechos básicos funcionaría al menos en los casos fáciles.⁹⁹ Entonces, las cosas no son siempre como parecen: bien pueden existir casos en donde las cortes o tribunales constitucionales no se dirigen necesariamente contra las mayorías. Esto parecería conducirnos a un punto importante del debate: la objeción contramayoritaria surge, en realidad, en los casos problemáticos en donde el alcance que el tribunal otorga a los derechos tiene unas implicaciones significativas para la sociedad, ya sea por la controversia de la cuestión, o bien por la polarización de la opinión pública en torno al asunto puntual.

Sin embargo, el problema y las críticas persisten. En esta línea, Gargarella sostiene: “para quienes asumimos que todos somos fundamentalmente iguales –y que nadie tiene, por tanto, el derecho de arrogarse el poder de decidir en nombre de otro u otros– las expresiones más directas de la voluntad ciudadana tienen más valor que aquellas otras que se encuentren más mediadas institucionalmente”.¹⁰⁰

Este argumento cuestionaría, en esencia, que las decisiones de los tribunales se consideran desvinculadas de la voluntad democrática. Por lo tanto, en este contexto, es necesario que ciertas discusiones sobre los derechos se mantengan en manos de la sociedad y no de los jueces (incluso si se asumiera la existencia de un improbable juez Hércules como el de Dworkin¹⁰¹). ¿Pero es esta una teoría solo ideal de la democracia y del constitucionalismo? La cuestión no se puede resolver de un plumazo.¹⁰²

Niembro Ortega visualiza al ciudadano como un individuo presente y activo en el debate político. Según esta perspectiva, “se requiere de los ciudadanos

99 *Idem.*

100 Roberto Gargarella, “Constitucionalismo vs. democracia”, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, México, Universidad Nacional Autónoma de México, ed. Jorge Luis Fabra Zamora y Ezequiel Spector, 2013. Ahora bien, se podría profundizar en los trabajos de Roberto Gargarella respecto a la justicia constitucional dialógica, donde el autor aboga por un proceso político con una interferencia menor de los tribunales constitucionales, “en defensa de la garantía del proceso político podría decirse que para su aplicación correcta las materias del conocimiento de la justicia constitucional deben reducirse o modificarse; por ejemplo, sustrayendo del ámbito de competencia de los tribunales constitucionales la resolución de casos sobre derechos sociales o contra la corrupción, por mencionar algunos”. Sin embargo, esto trae una serie de problemas a los diseños de los actuales tribunales constitucionales en la región. Roberto Niembro Ortega, “Dos lecturas de la teoría de la justicia constitucional de Roberto Gargarella”, en *Revista Derecho del Estado* 49 (2021), p. 166.

101 Dworkin, *Los derechos en serio*, pp. 190 ss. Por lo demás, la propia noción del juez Hércules es problemática, como lo es la noción de “única respuesta correcta”. Véase Aulis Aarnio, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, en *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho* 8 (1990), p. 32. Respecto del problema en el ámbito específico de los derechos, Maldonado Muñoz ha sostenido que tal tesis “implica sostener que hay un contenido ‘verdadero’ (‘correcto’, ‘objetivo’, ‘justo’, ‘razonable’) de cada derecho y de los derechos en general [...], aunque plantea serios problemas: ¿cómo es posible acertar al contenido ‘objetivo’ de los derechos sin caer en inevitables subjetivismos? Y, de otra parte, aun si se siguiera un procedimiento determinado y aparentemente objetivo, ¿sería posible estar seguros de que se ha llegado a ese contenido del todo ‘correcto’ y ‘verdadero’?”. Maldonado Muñoz, *Derechos y conflictos*, op. cit., p. 32. Para Maldonado Muñoz, la respuesta a estas preguntas es desgraciadamente negativa.

102 Para Bobbio, por ejemplo, la contracara del Estado total es el individuo total: la deliberación total y completa de los asuntos democráticos podría minar algunas de las bases de la propia democracia (como sistema de “derechos contra la mayoría”). Véase Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, op. cit.

un deber de civilidad, es decir, que los ciudadanos puedan explicarse unos a otros cómo las políticas y los principios por los que abogan pueden fundarse en los valores políticos de la razón pública”.¹⁰³ Cabe señalar, sin embargo, que esta idea no está exenta de problemas. Esta posición parte de algunas suposiciones: por ejemplo, asume una sociedad de personas fundamentalmente iguales (aunque las sociedades reales no estén hechas de individuos iguales) y de un ciudadano consciente plenamente de las circunstancias alrededor de los derechos y principios constitucionales. Resulta difícil aceptar llanamente esta postura sin una revisión más exhaustiva, en especial de la democracia. No puede ignorarse, además, que la determinación de los derechos es una cuestión compleja¹⁰⁴ y sujeta a controversias frecuentemente insalvables, al menos en las materias más candentes, como aquellas referidas a algunas libertades (como la eutanasia o el matrimonio igualitario) o al alcance de determinados derechos sociales (por ejemplo, ¿cuál ha de considerarse el contenido preciso del derecho a la vivienda o del derecho al trabajo?).¹⁰⁵

No obstante, no se pueden ignorar las propuestas del llamado “constitucionalismo dialógico” (piénsese en Gargarella o Tushnet). Tushnet construye el concepto de la revisión dialógica desde una doble dimensión. Para él, la revisión dialógica, sustantivamente, “es una cláusula de limitación general aplicable a todos los derechos constitucionales”.¹⁰⁶ Aunque no sea evidente a primera vista, el autor sostiene que esto debilita un control fuerte de constitucionalidad. En especial, el tribunal constitucional se encuentra “obligado” a dialogar con el legislativo, siguiendo este modelo: 1) el tribunal constitucional declara inconstitucional una ley, 2) la legislatura reenvía al tribunal observando lo que señaló como problema inconstitucional.¹⁰⁷

Así, la construcción del derecho no se encuentra solo en manos del legislativo o el tribunal constitucional, sino que es el producto de una especie de diálogo constante entre las distintas formas de poder. Gargarella añade que “las soluciones dialógicas prometen terminar con las tradicionales objeciones democráticas a la revisión judicial [...] o en el riesgo de que, al ‘imponer la última palabra’, afecte el sentido y objeto de la democracia constitucional”.¹⁰⁸ De esta manera, se evita el atrincheramiento de los derechos en ciertas instituciones, y se muestra que las limitaciones a los poderes públicos son una cuestión que no está sujeta a una cláusula absoluta. Estos diálogos propuestos tienen distintos modelos, como puede verse, sobre todo, en la obra de Waldron.¹⁰⁹

103 Niembro Ortega, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, p. 92.

104 Celano, *Los derechos en el estado constitucional*, p. 215.

105 Riccardo Guastini, *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, 2013.

106 Mark Tushnet, “Revisión judicial dialógica”, en Roberto Gargarella (coord.), *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, p. 105.

107 *Ibid.*, p. 109.

108 Roberto Gargarella, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en *Por una justicia dialógica*, op. cit., p. 122.

109 Waldron, en *Contra el gobierno de los jueces*, expone una serie de modelos que pueden usarse para emplear un sistema dialógico entre el tribunal constitucional y demás instituciones. Jeremy Waldron, *Contra el gobierno*

Sin embargo, en mi opinión, estas propuestas no resuelven definitivamente el problema de la objeción contramayoritaria. Sigue presente, pues, que la reivindicación de ciertos derechos requiere de instituciones que actúen contra las mayorías, ya que el diálogo interinstitucional (y, antes aún, ciudadano) por sí solo no puede ser suficiente para el desarrollo de estos derechos, pensando también en los grandes problemas de determinación que se presentan en tal ámbito. No hay un acuerdo universal sobre qué derechos han sido efectivamente reconocidos, al menos si se piensa en las cuestiones de detalle, ni hay un acuerdo acerca de las precisas garantías que requieren algunos derechos (todavía más si el problema nos enfrenta a derechos con mayor grado de indeterminación).¹¹⁰

3.3. Una cuestión procedimental

Considerando la *dificultad* en su relación con el desarrollo de los derechos, Celano sostiene que –aunque sin limitarse al tema de este ensayo–¹¹¹ “el derecho transforma, o tiende indefinidamente a transformar, todo problema sustantivo en una cuestión de procedimiento”.¹¹² Este enfoque procedimentalista de la dificultad ha sido desarrollado por diversos autores. Bayón, por ejemplo, reflexiona sobre la justicia de los procedimientos y sus resultados:

La justicia de un procedimiento (del cómo se decide) es distinguible de la justicia de sus productos (del qué se decide). Desde el primer punto de vista, un procedimiento posee un mayor o menor valor intrínseco; desde el segundo, un mayor o menor valor instrumental, que dependerá de la mayor o menor probabilidad de que los productos que arroje su funcionamiento sean justos.¹¹³

De ahí que una decisión adoptada por el legislativo pueda tener –por hipótesis– un mayor valor intrínseco por la participación democrática para arribar a dicha decisión, aunque un menor valor instrumental, ya sea porque sus decisiones no se encuentran debidamente motivadas, o porque la toma de decisiones es demorada y en algunos casos insuficiente. En cambio, la decisión adoptada en un tribunal constitucional puede que tenga un mayor valor instrumental por la necesidad de motivar sus decisiones, pero un menor valor moral por no ser una institución propiamente democrática (al menos en los términos del debate tantas veces explicado).

de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2019, pp. 209-236.

110 Sobre la diferencia entre derechos reivindicados, derechos reconocidos y derechos protegidos, véase Maldonado Muñoz, *Los derechos fundamentales: un estudio conceptual*, op. cit.

111 Véase Celano, *Los derechos en el Estado constitucional*, op. cit.

112 *Ibid.*, p. 209.

113 Juan Carlos Bayón, “Derechos, democracia y constitución”, en *Discusiones: derechos y justicia constitucional* 1 (2000), p. 85.

Una última precisión sobre este argumento procedimentalista radica en que ver la dificultad solamente como una cuestión de procedimientos es algo exiguo. Por este motivo, Bayón sostiene que “si toda regla última de decisión colectiva ha de ser estrictamente procedimental, entonces a través de cualquiera de ellas es posible tomar válidamente decisiones con cualquier contenido, lo que equivale a decir que todas son falibles”.¹¹⁴ De esto se desprende que tanto las decisiones de los tribunales constitucionales como las del legislativo podrían ser erradas en alguna medida bajo el enfoque procedimentalista. No habría mayor garantía para resolver el problema si nos decantamos por una u otra.

Waldron también se ha referido a la idea de que un tribunal constitucional tiene los mismos problemas deliberativos que un congreso o una asamblea. Precisamente, postula que los mismos problemas presentes en la regla de la mayoría en el legislativo, con sus consensos y disensos, están presentes en las decisiones de los tribunales. El autor considera que “ambas utilizan el principio de mayorías para decidir. La diferencia tiene que ver con su método de elección y con su responsabilidad política”.¹¹⁵

Como se observó previamente, la deliberación dentro de un tribunal constitucional puede estar sometida a la regla de la mayoría. En este sentido, Waldron busca una justificación de la utilización de la regla de la mayoría (él la trata como decisión de la mayoría, igual que Hannah Arendt) en los tribunales constitucionales. Tal justificación se puede resumir en cuatro líneas posibles:¹¹⁶

Argumentos de eficiencia: en esta línea el autor postula que existen otros procedimientos igual de útiles para llegar a una decisión, “podríamos arrojar una moneda al aire cuando se presenta una apelación ante un tribunal colegiado”.¹¹⁷ Argumentos epistémicos: “cuando cinco presuntos expertos se alinean contra cuatro presuntos expertos en una cuestión [...] ¿quién sabe dónde está la verdad?”.¹¹⁸

Argumentos de imparcialidad: la presenta con una doble dimensión, primero es informal “porque, a pesar de haber perdido en esta ocasión, pueden ganar en el próximo ciclo político”.¹¹⁹ Segundo, formalmente como una decisión con “una opción binaria, y cada uno de sus miembros vota de una manera u otra”.¹²⁰

Argumento híbrido de Rick Hills: los jueces de los tribunales constitucionales son políticamente iguales entre sí, y además cada juez “representa al derecho y lo hace de igual manera que el resto”.¹²¹

114 *Ibid.*, p. 72.

115 Waldron, *Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el congreso y en los tribunales*, op. cit., p. 19.

116 *Ibid.*, pp. 171-188.

117 *Ibid.*, p. 171.

118 *Ibid.*, p. 179.

119 *Ibid.*, p. 180.

120 *Idem.*

121 *Ibid.*, p. 186.

Sin duda, Waldron aporta argumentos interesantes para dudar sobre la regla de la mayoría en los tribunales constitucionales (respecto de la regla en el legislativo). Aunque se deben hacer ciertas precisiones adicionales. Bajo el argumento de la eficiencia, de nuevo, puramente procedimentalista, es acertado afirmar que el desarrollo del contenido de los derechos no requiere solo una simple votación: sin adentrarse en la discusión, relativamente, los jueces elaboran el contenido de los derechos teniendo en cuenta que estos son normalmente ponderados con otros derechos o bienes públicos.¹²² La determinación requiere equilibrios reflexivos y, también, el control de las decisiones del legislativo, o sea de las normas que emana tal órgano. La propia institución del tribunal constitucional –como lo entendió inicialmente Kelsen¹²³– era uno de los requisitos de la supremacía de la constitución en el sistema. La alternativa prekelseniana era la constitución flexible en la que el legislativo no estaba estrictamente vinculado por la constitución.¹²⁴ Si algo justifica a los tribunales constitucionales –más allá de las comprensibles críticas contramayoritarias–, esto tiene que ver con el mantenimiento de la estructura del constitucionalismo contemporáneo.¹²⁵ Más todavía si, como se ha dicho, se trata de preservar el principio de legalidad material (no solo formal), propio de una constitución rígida y garantizada (además de refrendada).

Por otra parte, el argumento de imparcialidad formal hace creer que un tribunal constitucional, al momento de emitir una decisión sobre inconstitucionalidad, solo tiene dos opciones de voto: a favor o en contra, excluyendo terceras posibilidades. Sin embargo, en la práctica, las decisiones de los jueces constitucionales resultan más complejas que un sí o un no. Además de su debida motivación, los jueces cuentan con una serie de opciones, como los votos concurrentes o los votos salvados.

Waldron propone resolver la dificultad cambiando el diseño de la regla de la mayoría por un enfoque supermayoritario, en el que se requiera una decisión de 6-7 en cortes de 9 jueces, o de 7-8 en tribunales de 11.¹²⁶ Similar a lo que ocurre en el TCF o la Corte Constitucional italiana. En este sentido, Waldron se deshace del disenso, y obliga a los jueces a construir el derecho a través de coaliciones con las opiniones mayoritarias. Sin embargo, a este diseño se le pueden señalar al menos dos problemas. Primero, en palabras de Bayón, “la regla de decisión por mayoría reforzada es tan falible como cualquier otra re-

122 Maldonado Muñoz, *Derechos y conflictos: conflictivismo y anticonflictivismo en torno a los derechos fundamentales*, op. cit., p. 38. Esta forma de ver el contenido esencial de los derechos se entiende como relativa o móvil, es decir, que se caracteriza por un examen de proporcionalidad previo para el desarrollo del contenido.

123 Hans Kelsen, “Judicial review of legislation under the Austrian Constitution of 1920”, en *The American Political Science Review* 28 (1934), pp. 185 ss.

124 Guastini, *Las fuentes del derecho: fundamentos teóricos*, pp. 226 ss.

125 Maldonado Muñoz, “Por una genealogía de la Constitución” (apartado “La constitución de los contemporáneos”).

126 Véase más en Waldron, *Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los Tribunales*, op. cit.

gla de decisión colectiva”.¹²⁷ No se resuelve de este modo la falibilidad de las decisiones del tribunal. Segundo, emitir una decisión implicaría, para el tribunal, fases más largas de negociación de las condiciones de las decisiones y de los términos impuestos por los jueces a los que se sujetan las negociaciones. Lo anterior implicaría agregar al tribunal constitucional las mismas falencias que se encuentran en instituciones democráticas. La figura está presente en otros tribunales, como la Corte Suprema mexicana,¹²⁸ la cual, según Rivera León, aporta un ejemplo de “supermajority failure decisions”.¹²⁹

Finalmente, es crucial considerar fallas en los diseños de ciertos procedimientos de tribunales constitucionales o altas cortes más allá de la simple aplicación de la regla de la mayoría. Por ejemplo, en la Suprema Corte de Estados Unidos, donde existe un proceso de designación influenciado fuertemente por la polarización política y el mandato vitalicio de los jueces. Sin embargo, el problema de la integración de una corte está siempre presente, aunque el caso no sea tan claro como aquel en que hay designación política y cargos vitalicios. Todo esto, por la razón banal de que la calidad de las decisiones de un tribunal (pensando en el contenido convencional de algunos derechos que están en la base del sistema democrático¹³⁰) depende no solo de la existencia de tal corte, sino de los jueces que la componen y de su capacidad de ser imparciales decisores de complejas controversias sociales.¹³¹

4. Colofón

La tensión entre los tribunales constitucionales y la democracia, en el contexto de debate, parece ser apremiante. De esta forma, no solo encuentra fundamento la dificultad contramayoritaria, sino que hasta la propia figura del tribunal resultaría, a primera vista, sospechosa. Aun así, el constitucionalismo contemporáneo parecería no poder prescindir de los tribunales constitucionales (e incluso parecería resistirse a algunas propuestas ideales que, aunque atractivas, generarían otros tantos problemas). Después de todo, la necesidad del tribunal constitucional nació aparejada de la urgencia de controlar al legislativo, que había nacido previamente para controlar al ejecutivo. El tribunal constitucional, como un órgano de cierre, sin embargo, parecería despojar a las instituciones democráticas del goce de su autodeterminación

127 Bayón, “Derechos, democracia y constitución”, *op. cit.*, p. 73.

128 En las conclusiones de un nuevo trabajo, Rivera León considera lo siguiente: “However, recognizing problems within supermajorities does not necessarily invalidate their worth as valid models. Simple majority systems, too, come with their set of shortcomings, yet judicial review has not abandoned them” (p. 160). En este trabajo explora, a través de métodos empíricos, las falencias del diseño supermayoritario de la Suprema Corte mexicana. Mauro Arturo Rivera León, “Control and paralysis? A context-sensitive analysis of objections to supermajorities in constitutional adjudication”, en *International Journal of Constitutional Law* 22 (2023), pp. 134-160.

129 *Ibid.*, p. 142.

130 Maldonado Muñoz, *La democracia a partir de Bobbio*, *op. cit.*

131 Bobbio, “Quale giustizia, quale legge, quale giudice”, *op. cit.*

en los casos complejos o problemáticos, pero –al menos por hipótesis– para salvaguardar los derechos de las decisiones mayoritarias. Y, sin embargo, los procedimientos y el funcionamiento de un tribunal constitucional podrían llegar a ser igual de falibles que aquellos presentes en las instituciones formalmente democráticas. Pero en este punto se debe volver al apunte anterior, al aspecto sustantivo; esto es, que la jurisdicción constitucional tiene una fundamentación basada en el control del legislativo porque los derechos deben ser entendidos como “contra la mayoría”. Se trata de una vía que recorremos de ida y vuelta, y en cuyo camino hallamos problemas a un lado y al otro. *Oscilamos entre Escila y Caribdis*.

Referencias

- Aarnio, Aulis, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, en *DOXA Cuadernos de Filosofía el Derecho* 8 (1990), pp. 23-38, <https://doi.org/10.14198/DOXA1990.8.01>
- Alcalá, Humberto Nogueira, “Las mutaciones de la Constitución producidas por vía interpretativa del tribunal constitucional. ¿el tribunal constitucional poder constituido o poder constituyente en sesión permanente?”, en *Estudios Constitucionales* 7 (2009), pp. 389-427, <https://doi.org/10.4067/s0718-52002009000200016>
- Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, *Sistemas normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2a ed., Buenos Aires, Astrea, 2012.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Arriagada, María Beatriz, Carla Iuspa, Claudio Agüero y Luis Villavicencio, “Libertades fundamentales e igualdad ante la ley. La estructura de su protección constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, 50 (2023), pp. 193-221, en <https://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/64821>
- Atienza, Manuel, *Interpretación constitucional*, Bogotá, Universidad Libre, 2016.
- Barberis, Mauro, *Ética para juristas*, Madrid, Trotta, 2008.
- Bayón, Juan Carlos, “Derechos, democracia y constitución”, en *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional* 1 (2000), pp. 65-94. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2000.2378>
- Bickel, Alexander M., *La rama menos peligrosa: la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, trad. Mario A. Zamudio Vega, 2020.

- Bobbio, Norberto, *Democracia y liberalismo*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2021.
- Bobbio, Norberto, *Teoría General de la Política*, Madrid, Trotta, trad. Antonio De Cabo y Gerardo Pisarello, 2009.
- Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1986. <https://doi.org/10.22201/fcpys.24484903e.1986.2.60044>
- Campos Zamora, Francisco J., "Who killed the lawmaker?", en *Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie* 108 (2022), pp. 270-287, <https://doi.org/10.25162/arsp-2022-0014>
- Celano, Bruno, *Los derechos en el Estado constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2017.
- Chinga Aspiazu, Yandri Vladimir, "La Corte Constitucional del Ecuador. ¿El sexto poder del Estado?", en *Iuris Dictio* 30 (2022), pp. 25-40, <https://doi.org/10.18272/iu.i30.2523>
- Comanducci, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis meta-teórico", en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 16 (abril de 2002), pp. 75-98, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=917609>
- Diciotti, Enrico, "Il rigore passato in giudicato fa stato fra le squadre (ovvero, il paradosso della nomodinamica)", en Mauricio Maldonado Muñoz y Pau Luque (eds.), *Discutendo con Bruno Celano*, Vol. II, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 62-75
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989.
- Escobar Martínez, Lina Marcela, "Las minorías en la democracia constitucional: el caso español", en *Universitas* 54 (2005), pp. 583-619, <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14715>
- Estrada Marún, José Antonio y Yessica Esquivel Alonso, "La designación de los jueces de la Corte Constitucional italiana", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 1 (2019), p. 39, <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2019.154.14137>
- Ferrajoli, Luigi, *Dei diritti e delle garanzie: Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, Il Mulino, 2013.
- Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris: teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, 2012.

- Ferrajoli, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 1 (2006), pp. 113-136, <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2006.15>
- Gama, Leopoldo, *Derechos, democracia y jueces: modelos de filosofía constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2019. <https://doi.org/10.2307/ij.27976094>
- Gargarella, Roberto, "Constitucionalismo vs. Democracia", en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, en Jorge Luis Fabra Zamora y Ezequiel Spector (eds.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, pp. 1991-2010.
- Gargarella, Roberto, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos", en Roberto Gargarella (ed.), *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, pp. 119-158.
- Garzón Valdés, Ernesto, "El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías", en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 12 (2000), pp. 7-34. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i12.562>
- Giuffré, C. Ignacio, "Constitucionalismo fuerte y democracia deliberativa: inconsistencias en Rawls, Dworkin, y Alexy", en *International Journal of Constitutional Law* 21 (2023), pp. 1273-1301, <https://doi.org/10.1093/icon/moad071>.
- Greally, Robert, "Ideologies of political constitutionalism", en *Oxford Journal of Legal Studies*, (2024), pp. 1-30, <https://doi.org/10.1093/ojls/gqae028>
- Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, 2013.
- Guastini, Riccardo, *Estudios sobre teoría constitucional*, México, Distribuciones Fontamara, 2001.
- Guastini, Riccardo, "Il 'moral reading' da Dworkin a Celano", en Mauricio Maldonado Muñoz y Pau Luque (eds.), *Discutendo con Bruno Celano*, Vol. I, Madrid, Marcial Pons, 2019.
- Guastini, Riccardo, "Distinguiendo troppo", en Maldonado Muñoz, Mauricio y Luque, Pau (eds.), *Discutendo con Bruno Celano*, Vol. II, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 15-41.
- Guastini, Riccardo, *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016. <https://doi.org/10.2307/ij.2322021>
- Guastini, Riccardo, *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, Lima, Editorial Científica Peruana, 2014.
- Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i29.236>

- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Kafka, Franz, *Ante la Ley*, traducido por Jorge Luis Borges, 1938, <https://emakbakea.wordpress.com/2018/10/25/ante-la-ley/>.
- Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución: (la justicia constitucional)*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016. <https://doi.org/10.22201/ij.9683695272e.2016>
- León Rivera, Mauro Arturo, "Control and paralysis? A context-sensitive analysis of objections to supermajorities in constitutional adjudication", en *International Journal of Constitutional Law* 22 (2023), pp. 134-160, <https://doi.org/10.1093/icon/moad074>
- Lübbe-Wolff, Gertrude, "¿Por qué el Tribunal Constitucional Federal alemán es un tribunal deliberante, y por qué esto es positivo? Un análisis comparativo", en *Pensamiento Constitucional* 25 (2020), pp. 149-176, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/24582/23325>.
- Maldonado Muñoz, Mauricio, "Construir el Derecho (Entre juegos cooperativos y no-cooperativos)", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 41 (2018), pp. 43-62, <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.02>
- Maldonado Muñoz, Mauricio, "De nuevo sobre el matrimonio igualitario en el Ecuador: algunas perplejidades argumentativas", en Christian Alexander, Paula Aguirre, Silva Cajas, Rafael Mateo Ruales Espinosa, Jorge Hernán Baeza Regalado y Eduardo López Rivera (eds.), *Matrimonio igualitario en Ecuador: un camino a la igualdad*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2024.
- Maldonado Muñoz, Mauricio, "Democracia, derechos y regla de mayoría: una mirada a partir de la teoría de Norberto Bobbio", en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 44 (2016), pp. 127-162. <https://doi.org/10.5347/44.2016.67>
- Maldonado Muñoz, Mauricio, *Derechos y conflictos: conflictivismo y anticonflictivismo en torno a los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- Maldonado Muñoz, Mauricio, "El realismo jurídico (apuntes para una introducción)", en *Iuris Dictio* 25 (2019), pp. 13-25. <https://doi.org/10.18272/ii.v25i25.1803>
- Maldonado Muñoz, Mauricio, *La democracia a partir de Bobbio*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2019.
- Maldonado Muñoz, Mauricio, *Los derechos fundamentales: un estudio conceptual*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018.

- Maldonado Muñoz, Mauricio, "Por una genealogía de la Constitución", en *Diritto e Questioni Pubbliche*, XX (2020).
- Maldonado Muñoz, Mauricio y Pau Luque, "Recordando a Bruno Celano. En torno a algunos contrastes", en *Analisi e Diritto* 2 (2022), pp. 13-20, <https://doi.org/10.4454/analisediritto.v22i2.500>
- Niembro Ortega, Roberto, "Dos lecturas de la teoría de la justicia constitucional de Roberto Gargarella", en *Revista Derecho del Estado* 49 (2021), pp. 159-178, <https://doi.org/10.18601/01229893.n49.09>
- Niembro Ortega, Roberto, Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2019. <https://doi.org/10.2307/jj.27976066>
- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- Nogueira Alcalá, Humberto, "La sentencia del tribunal constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas", en *Estudios Constitucionales* 8 (2010), <https://doi.org/10.4067/s0718-52002010000100004>
- Redondo, María Cristina, "Diritti Umani ed Esercizio Legittimo Dell'autorità", en *Ragion Pratica* 34 (2010), pp. 151-172, <https://doi.org/10.1415/31852>
- Restrepo, Andrés Fernando Mejía y Liliana Damaris Pabón Giraldo, "¿Quién juzga? Una aproximación al diseño de los tribunales de decisión constitucional en Suramérica", en *Revista Derecho del Estado* 58 (2023), pp. 91-119, <https://doi.org/10.18601/01229893.n58.04>
- Rodríguez, Jorge Luis, *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- Salas Cruz, Armando, "Lübbe-Wolff, Gertrude. ¿Cómo funciona el Tribunal Constitucional Federal alemán?", trad. de Jorge L. León Vásquez, en *Cuestiones Constitucionales* 45 (2021), pp. 529-535, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932021000200529&lng=es&nrn=iso. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.45.16676>
- Sierra Sorockinas, David, "El precedente: un concepto", en *Revista Derecho del Estado* 16 (2014), pp. 249-269, <https://doi.org/10.18601/01229893.n36.09>
- Tushnet, Mark, "Revisión judicial dialógica", en Roberto Gargarella (ed.), *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, pp. 105-118.
- Von Bogdandy, Armin y Davide Pari, "La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional Federal alemán", en *Revista Derecho del Estado* 43 (2019), pp. 5-24, <https://doi.org/10.18601/01229893.n43.02>

Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2019.

Waldron, Jeremy, "The core of the case against judicial review", en *The Yale Law Journal* 115 (2006), pp. 1346-1406, <https://doi.org/10.2307/20455656>

Weber, Albrecht, "La jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 7 (2003), pp. 495-538.