



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPIRITU SANTO

FACULTAD DE POSTGRADO

TÍTULO:

ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA NORMATIVA DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES COMO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN Y SU
INCIDENCIA EN LA SUPREMACÍA JUDICIAL A TRAVÉS DE LA
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR
ENTRE 2015 - 2020

Trabajo de titulación que se presenta como requisito previo a optar el grado de
Magíster en Derecho Constitucional

AUTORES:

JOSÉ LUIS MONAR HOYOS
OSMAC STEVEN CARVAJAL CUEVA

TUTOR:

MAG. SANTIAGO ALEJANDRO ORTEGA GOMERO

SAMBORONDÓN, 27 DE NOVIEMBRE DE 2022

Resumen

Los derechos positivos que requieren que el estado tome medidas a menudo son criticados porque dan lugar a un problema de justiciabilidad: los tribunales, en lugar de las legislaturas democráticas, deciden sobre su alcance y contenido. Este trabajo argumenta que esta objeción democrática contra los derechos positivos es errónea. El control de constitucionalidad admite grados. El conflicto entre las competencias de la legislatura y los tribunales puede resolverse mediante un ejercicio de equilibrio cuyos aspectos relevantes se analizan en esta investigación. El modelo de control de constitucionalidad en equilibrio se explica más adelante con un análisis de caso que se basa en el derecho a un mínimo de subsistencia digno.

Está ampliamente aceptado que cualquier intento de limitar la dimensión positiva de los derechos a ciertos tipos o categorías de derechos es inútil. Más bien, literalmente, todos los derechos pueden imponer consecuencias negativas también como obligaciones positivas de las autoridades. Así, el *status positivus* en el sentido del erudito alemán Georg Jellinek tiene potencialmente una aplicabilidad muy amplia. La dimensión positiva de los derechos se debate principalmente con respecto a los derechos socioeconómicos o sociales como la educación, la salud, la vivienda, el agua. Sin embargo, la dimensión positiva no se limita en modo alguno a los derechos sociales. Todos los derechos liberales clásicos de la primera generación de derechos pueden tener una dimensión positiva, mientras que los derechos sociales y socioeconómicos también protegen un *status negativus*. De ello se deduce que los derechos liberales no pueden distinguirse de los derechos socioeconómicos en la dicotomía positivo-negativo. Esta es la razón por la cual esta investigación emplea el término 'derecho positivo' de una manera que abarca la dimensión positiva de los derechos, sin importar de qué generación proviene el derecho.

Palabras clave: Derechos Fundamentales, Supremacía Judicial, Mandato de Optimización, Dimensión Positiva de Derechos

Abstract

Positive rights that require the state to take action are often criticized because they give rise to a problem of justiciability: courts, rather than democratic legislatures, decide on their scope and content. This paper argues that this democratic objection against positive

rights is wrong. The control of constitutionality admits degrees. The conflict between the powers of the legislature and the courts can be resolved through a balancing exercise whose relevant aspects are analyzed in this research. The balanced constitutionality control model is explained later with a case analysis that is based on the right to a decent minimum subsistence.

It is widely accepted that any attempt to limit the positive dimension of rights to certain types or categories of rights is futile. Rather, literally all rights can impose negative consequences as well as positive obligations on the authorities. Thus, status positivus in the sense of the German scholar Georg Jellinek potentially has very wide applicability. The positive dimension of rights is discussed mainly with respect to socioeconomic or social rights such as education, health, housing, water. However, the positive dimension is by no means limited to social rights. All the classical liberal rights of the first generation of rights can have a positive dimension, while social and socioeconomic rights also protect a negativus status. It follows that liberal rights cannot be distinguished from socioeconomic rights in the positive-negative dichotomy. This is why this research uses the term 'positive law' in a way that encompasses the positive dimension of rights, no matter what generation the law comes from.

Keywords: Fundamental Rights, Judicial Supremacy, Optimization Mandate, Positive Dimension of Rights.

Introducción

Los derechos positivos dan lugar a una serie de problemas graves que se pueden categorizar bajo los cuatro encabezados de justificación, contenido, estructura y competencia. El problema de la justificación se refiere a cuestiones políticas como si los derechos positivos deben incluirse en un catálogo y en qué medida. Esto equivale a establecer que las funciones positivas del Estado son una cuestión de derechos, más que de política o de moral. Además, el problema de la justificación se refiere a cuestiones de interpretación jurídica, respecto de si una determinada constitución contiene derechos positivos. El problema de la justificación fue virulento, por ejemplo, en el período inicial de la Constitución brasileña de 1988, cuando no quedó claro durante más de una década si las normas socioeconómicas de la constitución establecían derechos positivos o meras

normas programáticas. El Supremo Tribunal Federal concluyó que debate con una serie de decisiones importantes sobre el derecho a la salud. Otros ordenamientos jurídicos siguen siendo reacios a la idea de establecer derechos positivos como títulos constitucionales en lugar de resolución política. Ejemplos de esta última posición, bastante escéptica, son el Reino Unido, donde la inclusión de los derechos sociales en una futura Declaración de Derechos es cuestionada por razones democráticas, y los Estados Unidos.

El segundo grupo de problemas se refiere al contenido de los derechos positivos. Aun cuando se responda afirmativamente al problema de la justificación, puede haber desacuerdo sobre el alcance exacto de las obligaciones positivas del Estado y sobre los medios que deben emplearse. El alcance preciso de la protección debe definirse frente a intereses en conflicto como los recursos financieros disponibles para el estado y los derechos de los demás. Cualquier acción protectora trae consigo costos, que pueden medirse en dinero o en libertad, o en ambos. Cualquier solución a los problemas de justificación y de contenido depende de una clara comprensión de la estructura de los derechos positivos, que representa el tercer grupo de problemas. La investigación reciente ha logrado cierto progreso en la comprensión de esta estructura, en particular con respecto a la relación entre los derechos positivos y el test de proporcionalidad. A continuación la diferencia lógica entre una estructura disyuntiva y conjuntiva del test de proporcionalidad muestra diferencias importantes cuando se aplica a derechos positivos en lugar de derechos negativos. El cuarto y último problema es el tema de la competencia o justiciabilidad. Se trata del papel adecuado de los tribunales para hacer efectivos los derechos positivos, papel que debe aclararse frente a la competencia del legislador. A menudo, los dos niveles de cuestiones materiales y de la competencia para decidir sobre ellas están mezclados. Esto se puede ver, por ejemplo, en la conocida objeción democrática contra los derechos positivos. Esta objeción confunde el problema de la justificación y el problema de la competencia. Se sostiene que debe hacerse una distinción clara entre un nivel material y uno formal.

Esta investigación se centra en el problema de la competencia, pero los hallazgos también influyen en las soluciones a los otros problemas. Por ejemplo, la objeción democrática que con frecuencia se toma como razón para responder rotundamente negativamente al problema de la justificación, puede de hecho incorporarse a una solución del problema de la competencia, como se demostrará más adelante. En consecuencia, la

objeción democrática no se opone a la justificación de los derechos positivos. Para permitir un enfoque claro sobre el problema de la competencia, partiremos sin más argumentos de un concepto particular de derechos positivos. Asumiremos que los derechos positivos son normas legalmente vinculantes que otorgan derechos subjetivos de carácter *prima facie*.

Marco Teórico

El problema de la competencia no se da sólo con los derechos positivos. Más bien, representa el 'dilema básico de la adjudicación de derechos humanos: por un lado, permitir que el poder judicial tome decisiones finales sobre la interpretación de los derechos humanos implica inevitablemente permitirles hacer juicios de valor impugnados. Esto va en contra del ideal democrático de que, si no todas, al menos todas las decisiones importantes deben ser tomadas por el pueblo, en lugar de jueces no elegidos e irresponsables. Por otro lado, la toma ilimitada de decisiones por parte de los representantes electos puede interferir con los derechos humanos, por lo que es necesario imponer límites a los poderes electos. Los derechos humanos son estos límites, pero sin un poder judicial que ejerza control sobre estos límites no son efectivos.

Este dilema está presente en la adjudicación de derechos humanos independientemente de si están en juego derechos positivos o negativos. El debate está parcialmente empañado por el hecho de que algunos académicos, en el contexto de la justiciabilidad de los derechos positivos, plantean cuestiones que cuentan en contra de cualquier control judicial en los derechos humanos en general. Aun así, el dilema es particularmente vital para los derechos positivos.

Podría decirse que el problema de la competencia es el aspecto más controvertido de la jurisprudencia de los derechos positivos. Difícilmente se puede sobrestimar su relevancia, tanto por razones prácticas como teóricas. En cuanto a la relevancia práctica, en los últimos años se ha visto un aumento significativo en la adjudicación de derechos positivos en varias jurisdicciones. El ejemplo más llamativo es Brasil, donde los estudios empíricos han demostrado tasas de aumento notables en el número de demandas relacionadas con la salud, con respecto a la provisión gratuita de medicamentos y tratamientos. Las tasas de aumento van del 505 % al 1412 % en los años 2006 a 2009, en comparación con 2002, mientras que, al mismo tiempo, la tasa de éxito de los

demandantes superó con creces el 80 %. Esta explosión se conoce comúnmente como la “judicialización” de los derechos.

En cuanto a la importancia teórica, el problema de la competencia es una objeción central contra el reconocimiento de los derechos positivos exigibles. Estas preocupaciones prevalecen especialmente en la literatura estadounidense, pero también se plantean en los sistemas legales que reconocen los derechos positivos. Hay dos variantes de esta objeción, llegando a los límites de la pericia judicial y la legitimidad, respectivamente. La variante de experiencia argumenta que los tribunales generalmente están mal equipados para tratar asuntos complejos de alto impacto político. A diferencia de la legislatura, los tribunales no están respaldados por grandes burocracias que construyen y procesan información en una variedad de temas y disciplinas. Solo tienen una experiencia limitada en teoría ética y política.

La variante de legitimidad de la objeción de competencia niega a los jueces cualquier papel significativo en la aplicación de los derechos sociales, ya que no son ni elegidos ni responsables. El poder real en el estado se desplazó del proceso político y los representantes elegidos democráticamente hacia los tribunales. Esto resultó en la transformación del estado legislativo parlamentario en un estado adjudicativo constitucional. Esta transformación, continúa el argumento, solo puede evitarse negando a los tribunales cualquier competencia para revisar los derechos positivos. Esta crítica se estableció de manera paradigmática en el voto disidente de la primera decisión de aborto de la FCC: la competencia del Tribunal Constitucional para anular las decisiones del Parlamento requiere un uso moderado para evitar un cambio de peso entre los poderes constitucionales. La idea del autocontrol judicial [...] es particularmente relevante cuando la revisión constitucional impone estándares para el arreglo positivo del orden social sobre la legislatura legitimada democráticamente, en lugar de asegurar la defensa contra las infracciones por parte de las autoridades estatales. Tratándose de derechos positivos, el Tribunal Constitucional no debe sucumbir a la tentación de cumplir la función del legislador [...].’

Las respuestas dadas al problema de la competencia en los diferentes sistemas constitucionales son bastante diversas. El espectro va desde simplemente negar al poder judicial cualquier papel significativo en la aplicación de los derechos positivos hasta permitir una revisión judicial fuerte. Un ejemplo del primer enfoque es la constitución irlandesa, que incorpora "principios de seguridad social" positivos, pero explícitamente

los excluye de la justiciabilidad. Este último enfoque fue adoptado en la adjudicación brasileña sobre el derecho a la salud y en las constituciones posautoritarias posteriores a la caída del comunismo en Europa Central y Oriental. Entre esos dos polos hay enfoques intermedios, para lo cual la revisión de razonabilidad sudafricana y la interacción dialógica entre los tribunales y la legislatura en Canadá pueden servir como ejemplos. Esta imagen triple encaja bien con una tipología útil de revisión judicial proporcionada recientemente por Young. De acuerdo con su tipología triádica, el rol las concepciones de los tribunales que revisan los derechos positivos siguen una comprensión distanciada, comprometida o supremacista. Un tribunal independiente empleará un enfoque deferente, dando “crédito a la autoridad democrática y la superioridad epistémica de [...] los poderes legislativo y ejecutivo”. El tribunal independiente dejará la aplicación de los derechos positivos en gran medida a los poderes elegidos. Un tribunal comprometido, por el contrario, está preparado para involucrar activamente a las partes interesadas de un caso para trabajar en una solución. Esta coordinación reflexiva que emplea métodos de la nueva gobernanza pública va de la mano con una mayor evaluación de la acción gubernamental. El enfoque de "compromiso significativo" desarrollado por la Corte Constitucional de Sudáfrica representa un ejemplo. Por último, la corte supremacista está preparada para tomar decisiones sustantivas detalladas por sí misma y emplear un escrutinio aún más riguroso de la política o legislación gubernamental. Este enfoque es adoptado, por ejemplo, por la Corte Constitucional de Colombia, que ha sido descrita como “quizás la corte más activista del mundo”.

Por intrigante que sea la tipología de Young, deja abierta una pregunta decisiva: ¿cómo se determina cuál de los tres enfoques se debe aplicar en un sistema constitucional específico? ¿De qué criterios normativos disponen los propios tribunales para decidir si deben emplear uno u otro estándar de revisión? Un relato descriptivo de los diferentes modelos de roles de los tribunales es un punto de partida útil, pero en sí mismo no permite una guía normativa. La tipología de Young, por lo tanto, debe complementarse con una teoría sobre cómo determinar cuál de los tres enfoques (separado, comprometido, supremacista) se debe aplicar en un caso dado. El objetivo principal de este artículo es presentar tal teoría.

Este punto tiene una implicación para el gran proyecto del constitucionalismo global de desarrollar una gramática común para el análisis jurídico. Lo que se necesita es una teoría general que nos permita reconstruir críticamente la calidad normativa en toda

la variedad de prácticas judiciales en diferentes sistemas legales. Podemos ver que necesitamos tal teoría cuando nos damos cuenta de que la asignación de tribunales particulares a una u otra de las categorías de Young a menudo será impugnada, ya que en la mayoría de los casos existen decisiones divergentes del mismo tribunal, cada una a favor un enfoque diferente. Los tribunales a menudo manejan su concepto de rol de manera flexible y también lo cambian con el tiempo. Por lo tanto, la categorización fija conlleva el riesgo de un diagnóstico erróneo de todos modos. Cualquier tribunal tiene, independientemente del marco institucional, la totalidad gama de opciones a su disposición teórica. La pregunta decisiva, entonces, es cómo justificar racionalmente la elección de un enfoque de revisión en particular. Se afirma que, en lugar de decidir entre esos tres modelos en abstracto y ceñirse estrictamente a esa decisión, es preferible un modelo flexible de revisión judicial que permita toda la gama de opciones, dependiendo de las circunstancias del caso concreto.

Los tres enfoques de Young en cuanto al papel de los tribunales deben entenderse en el contexto de dos problemas que cualquier tribunal debe afrontar: los problemas de la usurpación judicial y la abdicación judicial. La usurpación judicial “ocurre cuando el poder judicial interpreta y aplica los derechos de tal de una manera que asume el control del sistema político [...] desplazando [...] a los poderes elegidos democráticamente”. Waldron ha formulado la crítica clásica de tal activismo judicial. La abdicación judicial, por el contrario, ocurre cuando los tribunales se abstienen de proteger adecuadamente los derechos positivos. Por ejemplo, la revisión de razonabilidad de la Corte Constitucional de Sudáfrica ha sido criticada por ser demasiado deferente y ofrecer una protección demasiado baja de los derechos positivos. La usurpación judicial da como resultado demasiado control, mientras que la abdicación da como resultado muy poco control. En la primera situación, los derechos se protegen a un costo demasiado alto del lado del principio de la democracia, mientras que en la última situación, el tribunal se reduce a la función de un mero espectador de las fallas legislativas o ejecutivas. Como resultado, el principio democrático se protege a un costo demasiado alto para la aplicación del derecho positivo. Entonces los tribunales no aseguran que las autoridades estatales motiven adecuadamente su decisión, rol que sin embargo es necesario para la legitimidad de todo poder público.

Las dos situaciones de usurpación y abdicación no representan un antagonismo estricto. Más bien, son una cuestión de grado. Ambos representan los extremos opuestos

de un continuo de diferentes formas de revisión judicial. Nos queda la tarea, entonces, de encontrar el equilibrio correcto entre los dos polos de usurpación y abdicación, provocando la correcta intensidad de control. Para esta tarea es útil distinguir entre tres grados diferentes de deferencia.

Para describir con mayor precisión las diferentes intensidades de control empleadas por los tribunales, nos gustaría introducir una escala triádica que distingue tres grados diferentes de deferencia. Se afirma que estos tres grados diferentes de deferencia coinciden exactamente con la tipología triple de Young de una corte comprometida y supremacista. Young, sin embargo, niega explícitamente que su tipología vaya de la mano con una escala de revisión débil a fuerte. Una ligera intensidad de control, equivalente a un alto grado de deferencia, se caracteriza porque el tribunal solo busca errores obvios cometidos por el principal responsable de la toma de decisiones. La Corte Suprema de los EE. UU., por ejemplo, revisa la legislación social solo en busca de errores legislativos claros que tienen que ser "tan claros que no estén abiertos a cuestionamientos racionales". La Corte Constitucional de Sudáfrica, en el período inicial de su jurisprudencia, había empleado una ligera intensidad de revisión. El Tribunal Constitucional Federal alemán emplea un control ligero con su "control de errores evidentes" en decisiones legislativas que interfieren con los derechos positivos.

Una intensidad de control moderada o intermedia, que conduce a un grado moderado de deferencia, se puede observar en la segunda decisión de aborto de la Corte Constitucional Federal Alemana. El tribunal delegó al legislador la tarea de determinar en detalle los medios y el alcance de la protección de la vida por nacer. Sin embargo, el tribunal revisará si la protección prevista fue adecuada y efectiva y se basó en una investigación exhaustiva y cuidadosa de los hechos, así como en valoraciones justificadas.

Por último, una gran intensidad de control, sinónimo de un pequeño grado de deferencia, había sido empleada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su primera decisión sobre el aborto, dieciocho años antes. El Tribunal entonces había enfatizado su papel para hacer cumplir el derecho a la vida incluso contra la mayoría democrática, las supuestas necesidades políticas o una opinión predominante en la sociedad. También se empleó una revisión seria en los primeros años del Tribunal Constitucional húngaro, lo que provocó el comentario de que la Corte Constitucional estaba a todos los efectos dirigiendo el país.

Un punto principal del presente artículo es que la elección entre estos tres grados de deferencia no debe hacerse en abstracto, de una vez por todas, dentro de un sistema legal dado. Más bien, la intensidad de control correcta debe elegirse en cada caso particular, dependiendo de las circunstancias fácticas y normativas. El modelo flexible se opone claramente a otras versiones que intentan establecer un cierto estándar de revisión y deferencia en general. Solo el modelo flexible puede garantizar que se logre el equilibrio correcto entre los polos de demasiado y demasiado poco control en todos los casos.

Podría objetarse que la previsibilidad de cierto estándar de revisión es importante para el estado de derecho, lo cual es ciertamente cierto. La pregunta central, entonces, es cómo podemos tener flexibilidad en los grados de deferencia y al mismo tiempo mantener su previsibilidad. La respuesta está en reconstruir el control judicial como un conflicto de competencias que puede resolverse mediante un procedimiento de ponderación.

El problema institucional del control judicial puede reconstruirse como un conflicto de competencias. El conflicto radica entre la competencia del legislador para decidir en materia de derechos positivos, por un lado, y la competencia de la corte constitucional para controlar estas decisiones, por el otro, una competencia es una capacidad legalmente establecida para cambiar la situación normativa mediante un acto institucional.

Nos gustaría afirmar que las competencias son un tipo específico de normas, a saber, principios, en oposición a las reglas. La teoría de los principios distingue entre principios materiales y formales. Las competencias son principios formales. Establecen quién está a cargo de tomar decisiones materiales y describen la dimensión autoritativa en un sistema legal. Como principios las competencias son requisitos de optimización. En ese sentido no hay diferencia entre principios formales y materiales. Ambos requieren que algo se realice en la mayor medida posible, dadas las posibilidades fácticas y jurídicas. Las posibilidades jurídicas, que importan aquí, están definidas por principios contrapuestos.

Esta explicación teórica de principios coincide en gran medida con el problema de la revisión judicial. Las constituciones modernas tienen como objetivo proteger la competencia de la legislatura elegida democráticamente, pero también se esfuerzan por proteger los derechos a través de una competencia de control ejercida por los tribunales. Ambas competencias son principios constitucionales y, por tanto, deben realizarse en la

mayor medida posible. Por lo tanto, la pregunta no es si el poder judicial debe determinar el alcance de las obligaciones positivas del estado o, alternativamente, esta es la tarea de la legislatura. El problema de la revisión judicial no es una cuestión de uno u otro, sino una cuestión de grado.

Si es cierto que el problema institucional del control judicial es un conflicto de principios formales, más que de reglas, entonces la solución de ese problema no se encuentra en la interpretación de las normas de competencia. Más bien, se debe emplear un procedimiento de equilibrio.

Equilibrar las competencias en conflicto permite conjugar la obligación constitucional de convertir los derechos positivos en realidades concretas, respetando al mismo tiempo la autoridad de los poderes legislativo y ejecutivo. Permite comprender el papel del poder judicial en la aplicación de los derechos positivos que proporciona una cierta intensidad de control de las otras ramas, pero aún permitirá una discrecionalidad sustancial de esta última. El objetivo de un modelo equilibrado de revisión judicial es proteger los derechos positivos de una manera que reduce el riesgo de injerencia indebida en el autogobierno democrático.

La función principal de equilibrar las competencias es superar el enfoque de "o esto o lo otro" de otorgar al poder judicial o al legislativo la máxima autoridad o prioridad estricta e independiente del caso. La "competencia institucional relativa" de los tribunales es una cuestión de combinar los pesos relativos de la judicatura y la legislatura. Esta combinación debe lograrse con respecto a las circunstancias de casos concretos, más que por medio de un ejercicio de equilibrio puramente abstracto. La intensidad correcta de la revisión judicial siempre será sensible a las circunstancias no solo del sistema jurídico particular, sino también del caso particular. Como nos ha recordado Sadurski, 'dicho cálculo no puede hacerse en abstracción' y las competencias legislativas o ejecutivas depende mucho más de una serie de circunstancias sensibles al contexto de lo que generalmente se ha aceptado en el discurso público y teórico.

Sin embargo, Tushnet ha argumentado en contra de tal distinción. Según él, en un modelo flexible "la revisión judicial puede degenerar en un regreso a la supremacía parlamentaria o escalar en una revisión de forma fuerte". En marcado contraste con este argumento, el presente artículo sostiene que los mecanismos descritos por Tushnet, si bien son ciertos en sustancia, representan la mayor ventaja, en lugar de cualquier

detrimento, de un modelo equilibrado de revisión judicial. Asegura la flexibilidad necesaria para lograr una correcta intensidad de la revisión judicial en cada caso.

Adjudicar casos de derechos positivos no se trata solo de determinar el equilibrio correcto entre los principios materiales en conflicto, como la protección del derecho y la estabilidad financiera del presupuesto nacional. Se trata tanto de establecer el equilibrio correcto entre principios formales en colisión. Nos gustaría afirmar que la pretensión de corrección, planteada por cualquier decisión judicial, abarca tanto la corrección material, que requiere un equilibrio entre los intereses sustanciales, como la corrección formal, que requiere un equilibrio entre las competencias en juego. La pretensión de corrección formal también puede describirse en términos de Raz como "la pretensión de autoridad de la ley".

El reclamo de corrección implica un reclamo de justificabilidad. Por lo tanto, tenemos que determinar qué tipo de razones deben dar los tribunales para justificar su autoridad para controlar las otras ramas en un caso dado. Una investigación sobre estas razones depende de la comprensión de la estructura de la ponderación.

La estructura de la ponderación se desprende claramente de la (primera) ley de la ponderación, que dice: "Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro". Originalmente, Alexy pretendía que esta ley de proporcionalidad cubriera el equilibrio de los principios materiales. Sin embargo, se afirma que también es aplicable al equilibrio de principios formales, es decir, competencias. El balance de competencias, entonces, puede desglosarse en tres pasos. El primer paso consiste en establecer el grado de insatisfacción de una primera competencia. En el segundo paso, se establece la importancia de satisfacer la competencia en competencia. Finalmente, en el tercer paso se establece si la importancia de satisfacer esta última competencia justifica la no satisfacción de la primera.

Como en el caso de los principios materiales de ponderación, se puede emplear una escala triádica para determinar el peso concreto de una competencia. Esta escala consta de las etapas leve, moderada y grave. Por lo tanto, el peso de la competencia de un tribunal constitucional para controlar la legislatura podría, en un caso determinado, ser leve, moderado o grave, según las circunstancias. Por el contrario, la competencia del legislador para decidir sobre la protección de los derechos positivos también puede ser leve, moderada o grave. Dependiendo de qué valores se asignen a las competencias en

conflicto, el tercer paso de la ponderación establecerá una preferencia de cualquiera de las dos competencias.

La ley de la ponderación determina la estructura interna de las competencias de la ponderación. Cualquier decisión sobre un conflicto de competencias que siga esta estructura interna está internamente justificada. Mucho depende, sin embargo, de justificar la evaluación de los pesos de las competencias por medio de la escala triádica. Esta llamada justificación externa debe hacerse con respecto a las circunstancias específicas de un caso concreto. Depende de argumentos externos a la propia ponderación, en cuanto al peso concreto de una injerencia en una competencia.

El peso concreto tanto de la competencia del legislativo para decidir como de la competencia del tribunal constitucional para controlar puede determinarse por medio de una variedad de factores. La siguiente lista de cinco factores no pretende ser exclusiva. Bien puede complementarse con otros factores. La discusión aquí, sin embargo, será suficiente para demostrar cómo el proceso de justificación externa puede funcionar.

Un primer factor que influye en el peso de la competencia del principal decisor es la calidad de la decisión. Cuanto mejor sea la calidad de la decisión primaria, más peso se asignará a la competencia del tomador de decisiones, y más grave será cualquier interferencia con esa competencia por medio de la revisión judicial. La calidad de la decisión primaria se puede evaluar, por ejemplo, evaluando los argumentos dados para su justificación. Cuanto más extensos y convincentes sean esos argumentos, mejor será la calidad de la decisión. Este factor está presente, por ejemplo, en la jurisdicción de la Corte Constitucional de Sudáfrica en relación con el derecho a una vivienda adecuada, como se protege en la sec. 26 de la Constitución de Sudáfrica. En un caso en el que el estado solicitó una orden de expulsión o desalojo que podría dejar a las personas sin hogar, el tribunal tuvo en cuenta si las autoridades se habían comprometido con esas personas para llegar a un entendimiento mutuo. El concepto de "compromiso significativo", impone al Estado el deber de consultar con las personas afectadas por sus decisiones políticas es, por lo tanto, bastante relevante para la calidad de la decisión primaria. Si ese deber ha sido cumplido, entonces el peso de la competencia de las autoridades para decidir es tan alto que el tribunal se abstendrá de ejercer un escrutinio minucioso. En contraste, un caso diferente donde la calidad de ese compromiso fue insuficiente, la falta de compromiso significativo y "grandes fallas en la comunicación" por parte de las autoridades estatales indicaron que el tribunal puede estar preparado para participar en una revisión más

estricta, es decir, para evaluar el peso de su competencia para controlar más seriamente. Detrás de esta adjudicación en realidad se encuentra una escala, que va desde el mero compromiso y el compromiso razonable hasta compromiso significativo. Se afirma que a lo largo de esta escala la calidad de la decisión principal puede aumentar y disminuir, respectivamente. Además, el proceso seguido por las autoridades estatales y la calidad de la información recopilada son importantes para la calidad de la decisión. Además, para evaluar la calidad de la decisión principal, se podría considerar cualquier experiencia específica del tomador de decisiones principal. Tal pericia fortalece presumiblemente esta cualidad y, por ende, el peso de la competencia para decidir. Este factor es familiar del federalismo estadounidense. Se reconoce con frecuencia en la literatura.

Por último, la calidad y eficacia del sistema legal particular en su conjunto también pueden influir en la evaluación de la calidad de la decisión primaria. Cuanto mejor sea el desempeño del sistema legal en general, más peso se asignará al principal tomador de decisiones. Reglas de procedimiento claras y consistencia en el establecimiento de objetivos políticos, por ejemplo, pueden ser indicativos aquí. Por el contrario, si el ordenamiento jurídico presenta un alto grado de disfunción legislativa o administrativa, se fortalece el peso de la competencia de control del tribunal.

Un ejemplo de esta última situación fue la situación en Colombia luego de la adopción de la Constitución en 1991. La Corte Constitucional empleó una revisión judicial muy estricta, transformando significativamente la estructura de financiamiento de la salud en el país.

Un segundo factor que influye en los pesos concretos relativos de las competencias legislativa y judicial es la confiabilidad epistémica de las premisas argumentativas utilizadas para una decisión. Cuanto mayor sea la falta de fiabilidad epistémica de las premisas, más peso se asignará a la competencia de la institución que tiene autoridad especial para resolver esta falta de fiabilidad o decidir a pesar de ella.

La falta de confiabilidad epistémica puede ocurrir tanto en las premisas normativas como empíricas de una decisión. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, por ejemplo, ha decidido que el peso de la competencia de la legislatura se ve reforzado por la falta de fiabilidad empírica, ya que su tarea es ante todo decidir en situaciones de incertidumbre:

Cuando el legislador tiene la obligación constitucional de emplear medios efectivos y suficientes para la protección de un bien jurídico, goza de discrecionalidad de evaluación y elección política. El alcance de esta discrecionalidad depende de una variedad de factores diferentes, incluyendo [...] las posibilidades de formarse una opinión suficientemente confiable, especialmente sobre desarrollos futuros como las consecuencias de una norma legal [...].

En la Unión Europea, la falta de consenso científico fortalece la competencia nacional para decidir, frente a la competencia de control del TJCE. También se acepta un peso especial de la competencia del legislador en situaciones de incertidumbre normativo-epistémica, que se presenta respecto de cuestiones políticamente controvertidas pues cuanto más puramente política [...] sea una pregunta, más apropiada será para una resolución política y menos probable que sea un asunto apropiado para una decisión judicial. Cuanto menor será, por tanto, el papel potencial del tribunal. Corresponde a los órganos políticos y no judiciales resolver las cuestiones políticas. Por el contrario, cuanto mayor sea el contenido legal de cualquier asunto, mayor será el papel potencial de la corte, porque según nuestra constitución y sujeto al poder soberano del Parlamento, es función de las cortes y no de los órganos políticos resolver cuestiones legales.

Importa para esta línea de pensamiento si hay o no consenso sobre las premisas normativas de la decisión: cuanto más consenso haya sobre cuestiones normativas, menos peso se asignará a la discrecionalidad legislativa y mayor será la importancia de ejercer el control. por un tribunal. Por el contrario, si una cuestión normativa es muy controvertida, esto aumentará el peso de la competencia de la legislatura, ya que es el principal foro de debate en una democracia. Este aspecto está muy considerado en el sistema legal del Reino Unido, donde los jueces enfatizaron que las cuestiones de política social o económica, donde las opiniones pueden diferir razonablemente en una sociedad democrática y donde las decisiones en nombre del país como un todo se dejan apropiadamente al gobierno y a la legislatura.

Por otro lado, la preeminencia del legislador para decidir en situaciones de falta de fiabilidad no debe utilizarse para escudarse simplemente en el mero supuesto de falta de fiabilidad. En consecuencia, los tribunales tienen al menos el deber de controlar si existe alguna falta de fiabilidad y si la decisión dentro de un margen se tomó sobre bases racionales y debido procedimiento.

La legitimidad democrática de una decisión figura como un tercer factor para determinar el peso concreto de una competencia. Cuanto mayor es la legitimidad democrática de una competencia, más importante es esta competencia. La legitimidad democrática admite grados. En el Reino Unido, la legitimidad democrática del parlamento se utiliza para prestar mayor deferencia a una ley del parlamento que a una decisión del ejecutivo o una medida subordinada.

La legitimidad democrática, sin embargo, no siempre cuenta puramente a favor de la competencia de la legislatura, frente a la corte constitucional. Como han demostrado Dixon y Fredman, los tribunales bien pueden cumplir una función democráticamente sostenible. La revisión judicial puede ayudar a contrarrestar las fallas de inclusividad y capacidad de respuesta en el proceso político que Dixon denomina “puntos ciegos” y “cargas de inercia”. En la medida en que un tribunal cumple esa función, el factor de legitimidad democrática fortalece su competencia para controlar. La competencia del legislativo para decidir, por el contrario, está respaldada por el factor de legitimidad democrática sólo a condición de que el proceso legislativo no adolezca de puntos ciegos y cargas de inercia.

Otro factor es la importancia de los principios materiales en juego. Cuanto más intensamente interfiere una decisión legislativa con un principio material, un derecho humano o un bien colectivo, menos importante es la competencia de la legislatura para decidir autónomamente, y más importante es la competencia de la corte para controlar esa decisión. La intensidad de la interferencia con la competencia de la legislatura por la revisión judicial corresponde directamente con la intensidad de la interferencia con un principio material por una decisión legislativa. Si los principios materiales no se ven afectados en absoluto, la importancia de la competencia legislativa es muy alta y la importancia de la competencia de revisión judicial es bastante baja.

Por último, según la experiencia inglesa, existe un escrutinio más estricto de la revisión judicial, en particular en los casos en que está en juego la protección de las minorías frente a la mayoría democrática. En esta perspectiva, es necesario determinar qué está en juego para los derechos fundamentales para decidir sobre los pesos concretos de las competencias en colisión. Para esta tarea, la categorización de Wesson puede ser de alguna ayuda. Se afirma que sus tres aspectos de una posición desventajosa del reclamante en la sociedad, la urgencia de las necesidades del reclamante y las intersecciones entre el derecho positivo y otros derechos pueden interpretarse como

señales de una mayor relevancia material de una decisión, dando lugar a una mayor importancia de la competencia de control del tribunal. En estas situaciones, entonces, se justificaría presumiblemente una intensidad más estricta de la revisión judicial.

El último factor que se considerará aquí es la función específica que desempeña la competencia pertinente en un sistema de división adecuada del trabajo entre tribunales y legislaturas. La infracción de una competencia es tanto más grave cuanto más se afecta la función específica de esa autoridad. Por ejemplo, la función específica de los tribunales de conocer casos y proporcionar un proceso en el que las personas tengan la oportunidad de impugnar decisiones y de que sus reclamos de derechos sean considerados de manera constante y seria, puede fortalecer la competencia del tribunal para controlar un caso particular. En caso distinto, en cambio, el peso de la competencia legislativa puede verse reforzado si, por ejemplo, la decisión trata de la materia de la defensa del reino.

Es de suma importancia para el enfoque de la presente investigación que ninguno de los cinco factores considerados anteriormente sea determinante *per se*. Más bien, todos ellos tienen que ser considerados para determinar adecuadamente el peso de las competencias en colisión. Dado que se requiere un procedimiento de equilibrio cuidadoso y elaborado, el modelo propuesto aquí no resuelve el problema de la justiciabilidad de forma abreviada. Por el contrario, demuestra la complejidad del argumento necesario para emplear la revisión judicial de manera equilibrada. Los tribunales deberían esforzarse mucho más en justificar explícitamente la intensidad de la revisión elegida por ellos en un caso determinado. Están bastante acostumbrados a justificar su decisión en lo que respecta al equilibrio de los principios materiales. Sin embargo, la mayoría de las sentencias carecen de un argumento transparente y elaborado sobre la importancia exacta que el tribunal asigna a su propia competencia de control.

Estado del Arte

Hemos presentado un enfoque al conflicto de competencias que tiene en cuenta las circunstancias de los casos concretos. Podría objetarse que este enfoque estaba dando lugar a demasiada flexibilidad. Esto podría poner en peligro el estado de derecho, en el ámbito de las competencias y el derecho formal, ya que la previsibilidad de qué competencia prevalecerá, la del tribunal de revisión o la del legislativo, era baja. Tushnet

ha señalado precisamente este punto al argumentar en contra de lo que él llama revisión judicial de forma débil que, según él, puede ser inestable en la práctica.

Sin embargo, un modelo de equilibrio de competencias es capaz de contrarrestar esta objeción por medio de dos elementos separados. Ambos elementos demuestran cómo es posible cierto grado de estabilidad en un modelo de control judicial flexible y equilibrado. En primer lugar, un sistema constitucional no se limita a ordenar competencias caso por caso únicamente. Más bien, también puede considerar la relación entre competencias en un nivel más abstracto. Esto se puede lograr teniendo en cuenta los pesos abstractos de las competencias, además de los pesos concretos. El peso abstracto de un principio formal es el peso que tiene este principio formal en relación con otros principios formales, pero independientemente de los casos concretos. Sabemos por el equilibrio de principios materiales cómo funciona esto en detalle y qué efectos puede tener la inclusión de pesos abstractos. Se afirma que estos mecanismos también pueden trasladarse al equilibrio de competencias.

Los pesos abstractos de las competencias se adaptan perfectamente para representar diferencias más abstractas entre varios sistemas constitucionales, en lo que respecta a la revisión judicial. Por ejemplo, un sistema que asigna generalmente más peso a la competencia de la legislatura, en lugar del tribunal constitucional, como el Reino Unido, podría dar un mayor peso abstracto a esa competencia. Por el contrario, un sistema que depende de una mayor importancia del control judicial, es decir, cuando el orden constitucional se encuentra en situaciones de transición que dependen en gran medida de un papel activo del poder judicial, puede asignar un mayor peso abstracto a la competencia de control del tribunal. Para esta última situación, el orden constitucional colombiano y las constituciones posautoritarias redactadas después de la caída del comunismo en Europa central y oriental pueden servir como ejemplos. Esto no quiere decir que siempre existan diferencias entre los pesos abstractos de las ramas.

Sin embargo, la principal diferencia entre esta cuenta de equilibrio y una ordenación más estricta e inflexible entre competencias es que la asignación de un mayor peso abstracto a una u otra de las competencias en conflicto no determina de inmediato el resultado del procedimiento de equilibrio. Más bien, esto último seguirá dependiendo también de los pesos concretos, que se derivan de las circunstancias del caso particular. Así, la diferenciación entre los pesos abstractos de las competencias produce un ordenamiento *prima facie* de las competencias únicamente. Esta fuerza *prima facie* aún

puede anularse si los pesos concretos tienen suficiente peso en casos particulares. Aun así, las diferencias abstractas entre varios sistemas de revisión judicial pueden mapearse de esta manera. Mediante pesos abstractos es posible que una u otra competencia entre en la ponderación de competencias con margen ganador. Lo que importa aquí es que este margen ganador provoca efectos que aportan más estabilidad al modelo.

Un segundo medio de contrarrestar la objeción de demasiada flexibilidad se deriva de la ley de principios en competencia de Alexy. Esta ley fue formulada para principios materiales, pero es aplicable también a principios formales. Este mecanismo también integra una cierta cantidad de estabilidad en el sistema de revisión judicial. Con el tiempo, se desarrolla un complejo canon de precedentes que permite cierta persistencia sin ceder a la inelasticidad de un orden basado puramente en reglas. De esa manera, los aspectos de seguridad y previsibilidad jurídica y de hacer justicia al fondo de cada caso particular se combinan de la mejor manera posible.

Otra posible objeción contra el modelo de equilibrio de la revisión judicial se centra en la noción de razones excluidas. Waldron argumenta que la revisión judicial es ilegítima ya que fue democráticamente ilegítima. Privilegia el voto de la mayoría entre un pequeño número de jueces no elegidos y que no rinden cuentas, priva de derechos a los ciudadanos comunes y deja de lado los preciados principios de representación e igualdad política. Waldron ve la legitimidad democrática como una razón protegida o una razón de exclusión. Por lo tanto, no debe equilibrarse con razones contradictorias, como el resultado o la confiabilidad epistémica de la revisión judicial. La legitimidad democrática, argumenta Waldron, es una razón de segundo orden, que excluye por completo las razones de primer orden.

El modelo equilibrador de revisión judicial presentado en esta investigación podría ser vulnerable a esta objeción. Para contrarrestar esta objeción, no es suficiente afirmar que en este modelo las consideraciones epistémicas y la legitimidad democrática no se equilibran directamente entre sí, ya que ambas nociones funcionan simplemente como factores para determinar los pesos concretos de las competencias en colisión y solo las últimas se están sopesando porque la objeción podría sostener que existía algún efecto equilibrador indirecto entre una razón excluida y la legitimidad democrática.

Sin embargo, la objeción es inverosímil por tres razones. En primer lugar, viola el postulado del discurso racional general de que todos los aspectos relevantes deben ser

considerados. El argumento de Waldron corta por completo todos los demás aspectos de la competencia aparte de la legitimidad democrática. Tendría que demostrar que las razones excluidas no cuentan para el peso de los principios en conflicto, es decir, que no son relevantes. Esta es una carga argumental muy alta. ¿Podemos realmente decir que, por ejemplo, la calidad de la decisión de la legislatura no tiene impacto sobre su competencia para decidir libremente sobre el asunto?

En segundo lugar, no hay necesidad de proteger la competencia de la legislatura por medio de razones excluidas. Porque sólo hay dos posibilidades: o la competencia del legislador tiene un peso superior a las razones que cuentan a favor de la revisión judicial, en un caso particular, o al revés. En la primera alternativa, la competencia de la legislatura tendrá el peso adecuado en el procedimiento de ponderación y, por lo tanto, prevalecerá. Es muy posible, dentro de un modelo de equilibrio y en un sistema legal particular, que la competencia de la legislatura sea 'tan fuerte que rara vez la superan otras consideraciones'. En la segunda alternativa, parece que es imposible presentar la afirmación de que la competencia de la legislatura debe prevalecer, aunque no tenga mayor peso en un caso particular. El argumento de Waldron de las razones excluidas, sin embargo, estaría comprometido con la última e inverosímil afirmación. Tendría que demostrar que la competencia del legislador siempre debe prevalecer, independientemente de las circunstancias del caso.

En tercer lugar, el mismo Waldron ha renunciado a su posición de razones excluidas. Porque en un artículo posterior, acepta que su argumento no es absoluto o incondicional y que puede haber algunos casos en los que la legitimidad democrática puede sopesarse frente a otras consideraciones.

Planteamiento del problema

Los derechos fundamentales son normas de máxima jerarquía y de máxima protección, generalmente incorporadas en las Constituciones, estas normas tienen características estructurales marcadamente diferentes a las demás normas del sistema jurídico pues son normas *prima facie*, es decir, normas derrotables. Eso significa que, en alguna medida, los derechos fundamentales son aplicables de manera *gradual* en tanto mandatos de optimización. El reconocimiento de los derechos fundamentales como mandatos de optimización tiene importantes efectos no sólo normativos, sino también institucionales

pues por sus características estructurales este tipo de normas adquieren su significado jurídico como resultado de un proceso interpretativo realizado por alguna autoridad.

Por ello, el problema de la presente investigación es de naturaleza causal pues determinará y evaluará el impacto de los derechos fundamentales como mandatos de optimización en la consolidación de la supremacía judicial expresada en la jurisprudencia de las Cortes Constitucionales. Conforme al desarrollo de la jurisprudencia constitucional observamos que la aceptación de los derechos fundamentales como normas *prima facie* ha tenido un impacto institucional cuyos efectos aún no se han valorado adecuadamente pues si bien resulta ampliamente aceptado en nuestro Estado Constitucional que la creación judicial es un mecanismo de tutela de los derechos, habitualmente, se reflexiona sobre esta característica de la justicia constitucional a partir de las cualidades e ideologías representadas por los jueces. No obstante, la condición necesaria de posibilidad para la creación judicial del derecho, la supremacía y el activismo judicial no es de naturaleza subjetiva, sino, fundamentalmente, de naturaleza estructural y está en asumir que los derechos fundamentales, como entidades lingüísticas, tienen un significado derivado de la interpretación otorgada por la autoridad judicial.

Análisis

En esta parte de la investigación es importante concentrar la atención en la jurisdicción de la Corte Constitucional comparada, en especial, un caso interesante como el derecho a un mínimo de subsistencia digno. En particular, dos decisiones más recientes emitidas por la Corte Constitucional alemana. Ambas decisiones representan ejemplos paradigmáticos del enfoque flexible de la FCC hacia su propia competencia para controlar los actos legislativos. La FCC estableció un grado diferenciado de deferencia, en cuanto a la cuantificación del nivel básico de las cantidades de subsistencia, por un lado, y los métodos y procedimientos de cálculo, por otro.

En cuanto a la cuantificación exacta, la Corte demostró un alto grado de deferencia. Únicamente empleó una intensidad de control leve que etiquetó como “revisión de falla evidente”. Esta intensidad de control es además caracterizada por la Corte como “restringida” y “reservada”. Por lo tanto, la revisión material en cuanto al resultado se restringe a si los beneficios son evidentemente insuficientes. Por el contrario, en cuanto a los procedimientos y métodos que emplea el legislador para determinar el nivel exacto de los montos de subsistencia, la Corte está dispuesta a aplicar una revisión

más estricta. Es importante analizar esta diferencia en las intensidades de revisión que pueden justificarse por los principios que se han expuesto anteriormente. En primer lugar, la diferenciación entre las dos intensidades de revisión demuestra que el conflicto entre las competencias de la legislatura y la corte constitucional puede resolverse de manera diferente en diferentes circunstancias normativas y fácticas. En este caso, en cuanto al resultado de la deliberación legislativa, la Corte asignó un mayor peso a la competencia del legislador, lo que genera una ligera intensidad de revisión solamente. En cuanto a los métodos y procedimientos, por el contrario, la Corte asignó un mayor peso a su propia competencia, lo que provocó una intensidad de revisión claramente diferenciada y moderada.

En segundo lugar, considerando los factores introducidos anteriormente, el mayor peso de la competencia del legislador en cuanto al resultado de la decisión parlamentaria puede justificarse al señalar la falta de confiabilidad epistémica de la cuantificación exacta de los montos de subsistencia. Especificar estos montos requiere la recopilación y el procesamiento de conocimientos de expertos y datos empíricos sobre los costos de vida en circunstancias particulares y en un momento particular. La corte carece de esta experiencia, mientras que el parlamento elegido democráticamente tiene a su disposición la burocracia necesaria. La legislatura está, en situaciones de desconfianza, principalmente a cargo de minimizar la desconfianza y de decidir a pesar de las desconfianzas remanentes.

Las valoraciones implican que en este caso existen desconfianzas normativo-epistémicas que, según el factor de desconfianza epistémica, fortalecen la competencia del legislador, más que del tribunal. Al mismo tiempo, el factor de los principios materiales no fortalece suficientemente el peso de la competencia de control de la corte, pues si sólo se trata de la cuantificación exacta de la subsistencia, de todos modos, se ofrece al menos alguna protección del derecho material. Mucho depende de las circunstancias concretas aquí. Cuanto menor sea el monto de subsistencia establecido por la legislatura, más el factor de los principios materiales fortalece la competencia del tribunal de control. Por último, en lo que respecta al factor de la calidad de la decisión primaria, este factor, por definición, no puede fortalecer la competencia del tribunal en cuanto al resultado, y no al proceso, de la decisión legislativa sobre el mínimo de subsistencia.

Si estas consideraciones, en su conjunto, justifican otorgar un mayor peso a la competencia del legislador que a la de control de la corte constitucional, en lo que se refiere a la cuantificación exacta del mínimo de subsistencia, se sigue que la ligera intensidad de control, aplicada por medio de una revisión, de fracaso evidente, está ciertamente justificada.

Vale la pena señalar, sin embargo, que esta revisión de fracaso evidente no equivale a una ausencia total de revisión, como bien podrían argumentar algunos críticos. La Corte enfatiza, por ejemplo, que la legislatura tiene discreción en cuanto a la selección de los medios concretos aplicados para asegurar el mínimo de subsistencia. Sin embargo, y esto es lo que importa aquí, la discrecionalidad de selección de medios de la legislatura tiene límites, que son controlados por la Corte Constitucional. No permite regular el mínimo de subsistencia únicamente en la ley no estatutaria. Más bien, la legislatura debe garantizar el mínimo de subsistencia por medio de un estatuto parlamentario que contiene un reclamo de beneficio concreto por parte del ciudadano hacia la institución de beneficio competente. Este límite de la discrecionalidad de selección de medios puede explicarse por medio de la importancia de los principios materiales en juego, lo cual se establece claramente en la sentencia. El factor de los principios materiales también puede explicar que la competencia de la legislatura para decidir sobre las cantidades de subsistencia se reduce si está en juego la existencia física, en lugar de los aspectos más amplios de la vida social. Este margen difiere en su alcance: es más estrecho en la medida en que el legislador concreta lo que se necesita para asegurar la existencia física de una persona, y más amplio en cuanto a la naturaleza y el alcance de la posibilidad de participar en la vida social.

Dado que la importancia del derecho a un mínimo de subsistencia digno es mayor cuando se trata de la existencia física del titular de los derechos que de su participación en la vida social, el factor de los principios materiales juega de manera diferente sobre el peso de la competencia del legislador para decidir en ambos aspectos, provocando así una diferencia en el alcance del margen. En otras palabras, la competencia de control de la Corte Constitucional es de mayor importancia cuando se afecta la existencia física.

Que incluso la ligera intensidad de la revisión de errores evidentes puede ser decisiva para el resultado del caso se puede demostrar con la ayuda de la segunda decisión de la FCC sobre los beneficios en efectivo pagados de acuerdo con las Leyes de Beneficios para Solicitantes de Asilo. En este caso, la FCC identificó un error evidente y,

en consecuencia, los beneficios se consideraron inconstitucionales. Los beneficios en efectivo eran “evidentemente insuficientes”, ya que no se habían modificado desde 1993 “a pesar de los considerables aumentos de precios”. Además, en comparación con los beneficios pagados de acuerdo con la ley general de bienestar social, los beneficios pagados a los solicitantes de asilo mostraron una diferencia considerable del 35%. Como consecuencia, la FCC ordenó una regla de transición, en lugar de permitir que las disposiciones inconstitucionales permanecieran en vigor hasta que la legislatura corrigiera el error. Esta última solución se había aplicado en la primera decisión:

Debido a la discrecionalidad del legislador en cuanto a su campo de acción, el Tribunal Constitucional Federal no está facultado para determinar un monto específico de beneficio por sí mismo sobre la base de sus propias apreciaciones y valoraciones. Por lo tanto, las disposiciones inconstitucionales siguen siendo aplicables hasta que la legislatura adopte nuevas disposiciones.”

Por el contrario, en el caso del beneficio para solicitantes de asilo, la FCC declaró que era necesaria una regla de transición por parte del tribunal debido a la importancia existencial de los beneficios básicos. Cuando el tribunal emite una regla de transición, la interferencia con la legislatura la competencia es más grave, en comparación con declarar un estatuto inconstitucional pero no nulo, mientras que proporciona a la legislatura un plazo dentro del cual debe cambiar la ley. Pero esta diferencia en las consecuencias jurídicas puede justificarse con el factor de los principios materiales, ya que en el caso de la Prestación para Solicitantes de Asilo la importancia de los principios materiales era aún mayor, dado que tenían un “significado existencial” inmediato. Esta alta importancia en este caso superó los factores de legitimidad democrática y falta de confiabilidad epistémica que respaldan la competencia de la legislatura, lo que permitió que la corte interfiriera más seriamente con esa competencia.

Hasta ahora hemos discutido la intensidad del control ejercido por la corte constitucional con respecto a la cuantificación del monto de la subsistencia. El siguiente análisis se enfoca en el proceso y los métodos que usa la legislatura para determinar estos montos. Aquí, la FCC aplica una mayor intensidad de revisión. Esta mayor intensidad es evidente en los estándares detallados que establece la FCC para el proceso de la legislatura. Por ejemplo, la FCC exige que la determinación parlamentaria del mínimo de subsistencia debe determinarse, coherentemente en un procedimiento adecuado,

transparente en cuanto a su contenido, y basado en necesidades reales y actuales, por lo tanto, medidas de manera realista.

Esta mayor intensidad de revisión también puede justificarse con la ayuda de los factores. La FCC justifica explícitamente los estándares establecidos por la Corte para el proceso de determinación de los montos al referirse al peso de los principios materiales en juego: El legislador debe revisar constantemente los montos 'porque' el derecho material a un mínimo de subsistencia digno solo puede ser satisfechos en el momento en que surge la necesidad elemental de la persona¹. La Corte también basa su argumentación en el principio del estado de bienestar social contenido en el art. 20.1 de la Ley Fundamental. Es además el peso abstracto del principio material en juego lo que importa para el mayor peso de la competencia de control de la FCC.

Nuestro punto aquí es que la mayor intensidad de revisión se justifica por medio de la importancia de los principios materiales. Al mismo tiempo, el factor de legitimidad democrática que fortaleció la competencia del legislador en cuanto a la cuantificación exacta no fortalece esta competencia en cuanto al proceso y los métodos. Esto es cierto porque el principio de la democracia no exige otorgar al poder legislativo una competencia para basar sus decisiones en fuentes empíricas poco sólidas o métodos incoherentes.

Además, el factor de la desconfianza epistémica, si bien justifica un margen de apreciación del legislador respecto de la determinación del resultado, no justifica el mismo margen en cuanto a los métodos y el proceso. Muy por el contrario: debido a que existe una desconfianza epistémica en cuanto al monto exacto requerido para garantizar un mínimo de subsistencia digno, las exigencias procesales y metodológicas impuestas al legislador por la corte son, en efecto, muy recomendables.

Por último, nos gustaría enfatizar que las dos diferentes intensidades de revisión no están totalmente separadas. Más bien, dependen unos de otros. Aceptar un margen de apreciación del legislador en cuanto a la cuantificación exacta depende en cierto modo de que el tribunal ejerza una revisión más estricta en cuanto a los métodos y el proceso. Esta conexión se puede explicar mediante el factor de la calidad de la decisión primaria. Este factor puede fortalecer la competencia de la legislatura en cuanto al resultado solo si la calidad de su decisión es alto. Esto, nuevamente, depende de seguir procesos y métodos racionales. Presuntamente, esta conexión se entiende cuando la FCC declaró que la

protección del derecho fundamental, por lo tanto, también comprende el procedimiento para determinar el mínimo de subsistencia porque la revisión de los resultados sólo puede llevarse a cabo de forma restringida por el estándar de este derecho fundamental.

De lo anterior se desprende que la competencia de control del tribunal constitucional tiene un peso superior a la competencia de decisión del legislativo en lo que se refiere al proceso y métodos de determinación de los montos del mínimo de subsistencia. En cambio, en lo que se refiere a la cuantificación de estos importes, la relación de preferencia entre las competencias en conflicto es a la inversa, justificando únicamente una ligera intensidad del control judicial.

En suma, he demostrado que el uso flexible de la intensidad de revisión utilizada por la FCC al controlar la determinación de los montos de subsistencia por parte de la legislatura puede justificarse por los factores que determinan los pesos de las competencias en conflicto.

Conclusiones

El problema de la justiciabilidad es una de las principales objeciones al reconocimiento de derechos positivos. En esta investigación se ha argumentado que esta objeción confunde el problema de la justificación y el problema de la competencia. El problema de la competencia no es una cuestión de uno u otro, sino una cuestión de grado. Siguiendo la taxonomía de revisión judicial desarrollada por Young, esta investigación ha explicado la idea de revisión judicial en equilibrio. Esta idea distingue tres grados diferentes de deferencia y apunta a determinar la intensidad correcta de la revisión judicial entre los dos polos de demasiado y muy poco control. El problema de la revisión judicial puede reconstruirse como un conflicto de competencias en conflicto que debe resolverse mediante el equilibrio. El ejercicio de equilibrar competencias se ha explicado con la ayuda de una teoría de principios formales. Se utilizan varios factores para determinar el peso de los principios en colisión. Estos incluyen la calidad de la decisión primaria, la confiabilidad epistémica de las premisas utilizadas, la legitimidad democrática y los principios materiales en juego. De acuerdo con el punto de vista desarrollado aquí, la intensidad correcta de la revisión judicial no debe determinarse en abstracto. Por el contrario, los tribunales siempre deben tener a su disposición toda la gama de intensidades de revisión, como lo demostró un análisis de casos de diferentes Tribunales Constitucionales. Los tribunales están obligados a determinar y justificar la intensidad

correcta en la escala triádica de revisión leve, moderada y grave con respecto a las circunstancias del caso concreto. Este modelo de revisión judicial no es vulnerable a la objeción de mucha flexibilidad, ya que algunos elementos de estabilidad garantizan la previsibilidad de la relación de preferencia entre las competencias en conflicto. Estos son los pesos abstractos de las competencias y el mecanismo que sigue la ley de colisión.

Para que el proceso de equilibrio de competencias pueda ocurrir abiertamente, necesitamos conocer la terminología y las premisas que los tribunales deben justificar cuando ejercen una cierta intensidad de revisión judicial. La justificación de una pretensión de una determinada autoridad jurídica se basa en el equilibrio de competencias. Se basa en un juego de dar y pedir razones y presupone participar en un discurso racional. Este discurso no debe limitarse al aspecto material de los derechos positivos. También debe abordar el aspecto formal de la justiciabilidad y las competencias de control. Es precisamente en este aspecto en que se ha concentrado la presente investigación.

Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (2008). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alvarado, J. (2015). Derechos fundamentales, interpretación proporcionalista y consecuencialismo. la relevancia jurídica de las teorías morales fundamentales. *Estudios Constitucionales*, 13(2), 391-417. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82043968013>
- Barak, Aharon (2020). *La aplicación judicial de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia.
- Bassa, J., Ferrada, J. C., & Viera, C. (2017). La interpretación institucional de los derechos fundamentales en un estado democrático de derecho. *Cuestiones Constitucionales*, (37), 265-291. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88553311008>
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los Derechos Fundamentales*. Universidad Externado del Colombia.
- Borowski, M. (2020). La Drittwirkung ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales. *Revista Derecho del Estado*, 45. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337662821001> DOI: 10.18601/01229893.n45.01

- Candia, G. (2017). El estado de derecho: ¿al servicio de los derechos fundamentales? *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXX (2), 181-201. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173753621008>
- De León, J., Azpeitia, H., & Lozano, F. (2016). Lo fundamental de los derechos fundamentales. *RICSH Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas*, 5 (10). <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503954317013>
- Friedman, B. (2020). The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy, 13 – 52. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.60449>
- Gardbaum, S. (2018) What Is Judicial Supremacy? En G. Jacobsohn & M. Schor (Ed.), *Comparative Constitutional Theory*. Elgar Publishing, pp. 16-39.
- Garrido, M. (2019). Los derechos fundamentales entendidos como responsabilidades de los estados. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, LII (155), 779-798. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2019.155.14948>
- Himma, K. (2015). ¿Cuál es exactamente el problema con la supremacía judicial? Estado de derecho, legitimación moral y la construcción del derecho constitucional. *Ratio Juris*, 10(20),141-177. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=585761327006>
- Linares, S. (2008). *La (I)legitimidad Democrática del Control Judicial de las Leyes*. Marcial Pons.
- López, S. (2019). Configuración de los derechos fundamentales y su contenido esencial en el constitucionalismo ecuatoriano. *Cuestiones Constitucionales*, (41), 221-247. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2019.41.13946>
- Mate, M. (2017), Judicial Supremacy in Comparative Constitutional Law. *Tulane Law Review*. 92 (2), 128 – 152. <https://ssrn.com/abstract=2955300>
- Rojas, A. (2019). El rol de la ley en la configuración de los derechos fundamentales. *Revista Facultad de Jurisprudencia*, (6), 71-97. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=600263450007>
- Rosario, M. (2011). La supremacía constitucional: naturaleza y alcances. *Díkaion*, 20(1),97-117. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72020030006>
- Sulbarán – Álvarez, H. (2019). Aproximación a una conceptualización de la Supremacía Constitucional a partir de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de los EEUU. *Justicia*, 35, 1-19. <https://doi.org/10.17081/just.24.35.3396>
- Tórtora, H. (2010). Las limitaciones a los derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales*, 8(2), 167-200. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82015660007>
- Uribe, E., & De Paz, I. (2015). Los efectos de los derechos fundamentales en el tiempo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLVIII (144), 1155-1196. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42741552008>
- Waldron, J. (2014). Judicial Review and Judicial Supremacy *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, 14-57. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2510550>

