Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Escepticismo ante las reglas y *pedigree* democrático de la dificultad contramayoritaria*

Rule-skepticism and the Democratic Pedigree of the Countermajoritarian Difficulty

Sebastián Reyes Molina

Autor:
Sebastián Reyes Molina
Universidad Austral de Chile
sebastian.reyes@uach.cl
https://orcid.org/0000-0002-6543-2168

Recibido: 16-7-2019
Aceptado: 1-4-2020

Citar como:
Reyes Molina, Sebastián, (2021). Escepticismo ante las reglas y *pedigree* democrático de la dificultad contramayoritaria Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 219-232. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.09

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



© Sebastián Reyes Molina

Resumen

La dificultad contramayoritaria es una de las principales críticas al control judicial de constitucionalidad de las leyes. Esta crítica es analizada desde la teoría del derecho a la luz de la distinción disposición/norma. El argumento central de este artículo es el siguiente: cuando el control de constitucionalidad tiene como efecto declarar inaplicable una ley a un caso concreto, el argumento de la dificultad contramayoritaria no es aplicable.

Palabras claves: Control judicial de las leyes; dificultad contramayoritaria; interpretación jurídica; escepticismo ante las reglas; indeterminación del derecho.

Abstract

The counter majoritarian difficulty is one of the main objections against the judicial review. In this paper, this objection is analyzed from the standpoint of the norm formulation/norm distinction. By stressing the distinction between norm formulations and norms, I claim that when judicial review prevents the application of a norm to an individual case the counter majoritarian difficulty objection does not hold.

Keywords: Judicial Review of Legislation; Countermajoritarian Difficulty; Legal Interpretation; Rule-skepticism; Legal Indeterminacy.

* Quiero agradecer a Brian Leiter (University of Chicago); Torben Spaak (Stockholm University); Álvaro Núñez Vaquero (Universidad Austral de Chile); Patricia Mindus (Uppsala University); Julieta Rábanos (Universidad de Génova); Donald Bello Hutt (KU Leuven); Pedro Caminos (Universiad de Buenos Aires); Alejandro Calzetta (Universidad Alberto Hurtado), y Victor García (Universidad Austral de Chile), por los comentarios realizados a versiones previas de este trabajo. Todos los errores en los que se ha podido incurrir son de mi responsabilidad.

1. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la autoridad final sobre materias constitucionales es una de las preocupaciones centrales del debate actual en justicia constitucional[1]. *Grosso modo*, la disputa recae sobre quien debe tener la autoridad final para decidir materias sobre el control constitucional de las leyes. Por una parte, hay quienes defienden que el legislador o *el pueblo* es quien debe tenerla. Por otra parte, hay quienes defienden que la autoridad final debe recaer en los jueces o un tribunal constitucional.[2] Esto presupone que el debate se haya centrado no ya en si es el control constitucional es algo bueno o deseable sino en cómo y cuando este control ha de ser ejercido.

Previo a exponer la tesis central de este trabajo, se distinguirá entre las dos tipos del control constitucional: a) el *legislador negativo* el cual supone la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico y b) la *inaplicabilidad* en un caso concreto de un precepto declarado inconstitucional. Ahora bien, estos modelos representan dos ejemplos del control de constitucionalidad de las leyes llevados a cabo, típicamente, por las cortes. Con esto no quiero decir que los sistemas jurídicos contemporáneos optan por un u otro. De forma general, en la práctica, típicamente se pueden encontrar modelos que combinan a) y b).

En este trabajo me enfocaré en una de las objeciones en contra de la tesis que sostiene que las cortes deben tener la autoridad final en materia constitucional. Esta objeción es la denominada *dificultad contramayoritaria*. En líneas generales la dificultad contramayoritaria se puede reconstruir como aquella objeción que sostiene que las cortes, al carecer de *pedigree* democrático, no deben controlar la constitucionalidad de las leyes *so pena* de dejar sin efecto los actos de instituciones con *pedigree* democrático. La preocupación de fondo a la que la dificultad contramayoritaria alude recae en la posibilidad de un gobierno de los jueces. Esta reconstrucción plausible pone énfasis en el *pedigree* –democrático y no democrático– de las instituciones que actúan en el proceso de control de constitucionalidad de las leyes. La noción de '*pedigree*' está relacionada con la idea de legitimidad. Un órgano será legítimo democráticamente si su *pedigree* es democrático y viceversa. La dificultad contramayoritaria será analizada a la luz de la distinción disposición /norma.[3] Para estos fines se adoptará una postura escéptica de la interpretación, en la línea de la escuela del realismo genovés,[4] y se sostendrá que, por medio de la distinción antes mencionada, la objeción examinada no es aplicable en los casos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Este trabajo es un ejercicio de reconstrucción de un debate contemporáneo en áreas como derecho constitucional, teoría y filosofía política pero desde un punto de vista de

1. Ver, por ejemplo: Tushnet, 2009; Kramer, 2004; Harel, 2014.
2. Una cuenta desde una perspectiva comparada sobre los tipos de cortes constitucionales es presentada ya en la primera mitad del siglo xx por Kelsen. Ver: Kelsen, 1942: 183-200.
3. Para ver el desarrollo y la historia de esta distinción: Ver Escudero y Pozzolo, 2011.
4. Para una cuenta general del realismo jurídico genovés ver: Barberis, 2011: 201-216; 2014: 13-25.

la filosofía del derecho. Es decir, se busca replantear los términos del debate con el fin de examinar sus temas centrales con el aparataje conceptual provisto por la filosofía del derecho. Como el lector observará, el artículo se concentra en la actividad interpretativa en sí misma, i.e., la adscripción de un significado a un texto, y no en técnicas de interpretación específicas. De este modo se busca presentar herramientas analíticas que permitan clarificar el hecho de que cuando una corte constitucional realiza un control de aplicación de una ley[5] lo que controla no es la voluntad popular - representada en este texto autoritativo- sino que una creación de un órgano estatal, i.e., los tribunales de justicia, que carecen de *pedigree* democrático.[6]

2. ESCEPTICISMO ANTE LAS REGLAS

Por escepticismo ante las reglas entiendo la tesis que postula que las normas jurídicas no permiten explicar ni justificar por sí solas las decisiones judiciales. En este sentido, distingo escepticismo ante las reglas de escepticismo interpretativo. La primera supone una tesis causal sobre las decisiones judiciales que en líneas generales sostiene que las disposiciones normativas no permiten explicar dichas decisiones. La segunda supone una tesis sobre la interpretación jurídica que sostiene que no existe una repuesta correcta en materias de interpretación del derecho. En §3, desarrollaré este segundo punto.

Esta forma de reconstruir el escepticismo ante las reglas ha sido asociado con los postulados del realismo estadounidense.[7] Los realistas estadounidenses sostenían que «las reglas y principios que los jueces recitan en sus fallos no revelan, o revelan de forma incompleta, las verdaderas razones y motivos de sus decisiones».[8] Se distingue entre lo que los jueces *dicen que hacen* de lo que los jueces *hacen* de hecho.

En líneas generales, los escépticos ante las reglas creen que pueden encontrar reglas *reales*, i.e., aquéllas enunciadas en las decisiones judiciales, detrás de las normas de *papel*, i.e*.,* aquéllas enunciadas en las fuentes formales del derecho.[9] De este modo, pareciera ser que existe una disociación entre un derecho *válido* por un lado y un derecho *vigente*, por otro.

El escepticismo ante las reglas reconoce una brecha entre el denominado *derecho en los libros*, i.e, la descripción de las normas jurídicas y *el derecho en acción*, el cual se relaciona con la respuesta a la multiplicidad de litigios y los medios de resolución de

5. Utilizo en este párrafo la fórmula «leyes» como plural de aquéllas normas jurídicas creadas por un órgano democrático de un determinado sistema, con pretensión de autoridad y de carácter general, abstracto, vale decir el «uso común» del plural de la palabra «ley». De aquí en más cada vez que se utilice la expresión «ley» o «leyes» será en este sentido salvo que expresamente me refiera a otro.
6. Al menos no en el mismo sentido que los representantes del poder legislativo o ejecutivo.
7. La cual a la postre es considerada como una de las «marcas de fábrica» del realismo jurídico en todas sus vertientes. Ver Schauer, 2013: 754.
8. Leiter, 2013: 954.
9. Núñez, 2011: 442.

conflictos, originados en el día a día de una sociedad.[10] En este sentido, distingue dos estadios o mundos jurídicos: el *real*, el cual supone cómo las normas, tanto aquéllas escritas en los códigos, como también aquéllas creadas por medio de la interpretación de esos textos autoritativos y/o precedentes, se ponen en práctica en los tribunales; y el *aparente*, el cual estaría representado por aquellos textos que encontramos en los compendios de leyes, sentencias judiciales, escritos de dogmática, etc.

Lo anterior contrasta con la visión clásica y recibida de cómo *es* la tarea de aplicación del derecho: el legislador crea la ley, el juez la aplica y el caso se resuelve.[11] Sin embargo, bajo una perspectiva escéptica de la interpretación, pareciera ser que el juez no aplica la ley, en tanto texto normativo emanado del legislador, al caso concreto, y, por otro lado, el significado de esa «ley» tampoco está dado, al menos de forma completa, por dicho texto normativo.[12] De este modo, hay una disociación entre la ley, i.e., documento normativo validado democráticamente, y la norma contenida en la decisión judicial, i.e., la emanada de los tribunales de justicia o del órgano a cargo de ejercer jurisdicción, que enuncia las consecuencias jurídicas del caso concreto. Esta disyunción es conocida como la distinción 'disposición/norma'.

3. REALISMO METODOLÓGICO: DISTINCIÓN DISPOSICIÓN Y NORMA

Con realismo metodológico me refiero a una tesis de la interpretación jurídica que «dicho de una manera muy simple [es] una teoría escéptica sobre la interpretación. En síntesis: la interpretación (…) es una actividad no cognitiva sino decisoria.»[13] Por interpretación[14] entiendo la adscripción de un significado a un texto y por interpretación jurídica entiendo la «atribución de sentido (o significado) a un texto normativo.»[15]

Ahora bien, si interpretar es una actividad decisoria y no cognitiva, ¿sobre qué estamos decidiendo? Previo a responder esta pregunta, me referiré brevemente a la distinción entre disposición y norma presentada en la sección anterior: un documento normativo[16] es un conjunto de enunciados del discurso prescriptivo.[17] El discurso prescriptivo contenido en un documento normativo es lo que se conoce como disposición

10. Ver en este sentido: Halpérin, 2011: 45-76.
11. En este sentido Jerome Frank echa luz sobre los «mitos» que afecta la concepción del derecho en cuanto sistema de reglas que regula la conducta de las personas como también de su aplicación. Ver: Frank, 1930.
12. Por ejemplo Guastini, 1997: 121-131.
13. Vale decir, no existe un significado único atribuible a una disposición normativa que el intérprete debe averiguar por medio de un ejercicio intelectual (quizá místico) sino que el intérprete elige que significado atribuir al texto interpretado (Guastini, 2014: 89).
14. Para ver las múltiples ambigüedades que sufre el vocablo interpretación en el ámbito jurídico: Guastini, 2011a: 157-179.
15. Guastini, 2011b: 133.
16. Aquél enunciado de las fuentes formales del derecho con pretensión de obligatoriedad y validez democrática.
17. El discurso prescriptivo es aquel utilizado con la finalidad (o pretensión de) modificar los comportamientos de las personas.

normativa. Por otro lado, la norma es el significado atribuido por el intérprete a una disposición, o a un fragmento de una disposición, o una combinación de disposiciones o una combinación de fragmentos de disposiciones, la cual es aplicada en el caso concreto con el fin de provocar determinadas consecuencias jurídicas.[18] Si bien la disposición normativa y la norma están unidas por la actividad del intérprete,[19] la tarea interpretativa presupone, de forma general, un reconocimiento previo de todos o al menos la mayoría de los significados posibles que pueden ser adscritos a una disposición normativa.[20]

El conjunto de significados posibles de una disposición normativa fue denominado por Kelsen como *el marco interpretativo*.[21] Luego, «el juez que aplica una norma general tiene ante sí un marco de significados (*i.e.*, normas) entre los que tiene que elegir para resolver el caso concreto.»[22] Ahora bien, no cualquier significado será parte del marco interpretativo de una disposición normativa. En líneas generales, y sin perjuicio de otros factores que puedan operar en este ámbito,[23] el uso de los criterios interpretativos aceptados generalmente por una comunidad determinada, i.e., criterio del uso común de la palabra, significado literal, voluntad del legislador, historia de la ley, etc., permite, más o menos, ensamblar un acervo de significados pertinentes al entorno *litigioso* o jurídico en el cual se desenvuelve la tarea interpretativa de los jueces. Dichos criterios interpretativos son variados y carecen de un orden de prelación que permita establecer jerarquías entre éstos.[24]

Ante la ausencia de meta-criterios interpretativos que permitan guiar la elección de alguno de los significados posibles contenidos en el marco interpretativo de una determinada disposición normativa o un conjunto de éstas, el proceso de adscripción de significado, que en última instancia dará lugar a la norma particular que resuelva el caso concreto, en el que incurre el intérprete es de naturaleza discrecional[25].

El intérprete se ve ante la posibilidad de elegir cualquiera de los significados contenidos en el marco interpretativo puesto que la inexistencia de meta criterios interpretativos que lo vinculen trae como consecuencia que todos los significados del marco estén en una suerte de *igualdad* de condiciones en el sentido de que ninguno tiene prioridad

18. Guastini, 2011b: 136.
19. Con la voz intérprete me refiero a todos aquéllos a quienes se encuentran facultados para realizar, en términos de Kelsen, la «interpretación auténtica»: la que puede provocar efectos jurídicos (la generalidad de los sistemas conceden estas facultades a los tribunales de justicia). Sobre la teoría de la interpretación de Kelsen ver: Núñez, 2014: 415-442.
20. En este sentido una disposición normativa tiene, por regla general, más de un significado posible. No existe una correspondencia biunívoca entre disposición y norma. A una disposición pueden adscribírseles varios significados (*i.e.*, normas). Ver: Guastini, 2011b: 144-5.
21. Una breve, pero completa referencia al marco interpretativo *kelseniano* se puede encontrar en Barberis, 2015: 232.
22. Núñez, 2012: 175.
23. Sólo a modo de ejemplo y de forma general: la propia moralidad de los intérpretes, el trabajo de los estudiosos del derecho, condiciones sociales, políticas, etc.
24. Guastini reconoce en la multiplicidad de criterios interpretativos el origen o al menos una de las fuentes de la indeterminación del derecho (en cuanto sistema jurídico). Ver: Guastini, 2012: 40.
25. Reyes, 2020: 393-4.

por sobre otro, *ergo*, todos son igualmente válidos aun cuando, eventualmente, los significados puedan conllevar a resultados opuestos.[26] En este sentido

> todo texto normativo admite interpretaciones (…) que sincrónicamente chocan entre sí y/o que son diacrónicamente cambiantes. Ello implica que muchas (tal vez no todas, pero si muchas) controversias y, más en general, muchas (tal vez no todas, pero sí muchas) 'cuestiones jurídicas' admiten soluciones diferentes en competición.[27]

La elección del significado que realice el intérprete será el resultado de un acto discrecional. Es una elección y en cuanto tal no puede ser predicado su verdad o falsedad. Vale decir, cuando el juez interpreta una disposición normativa, la norma resultante de dicha interpretación no es el producto de una actividad cognoscitiva, es decir, no se *descubre* un significado único pre-existente a la interpretación o «verdadero», sino que es la elección de uno de los diversos significados posibles que se le pueden adscribir a una determinada disposición normativa o un conjunto de disposiciones, o fragmentos de una disposición o fragmento de disposiciones.

Si bien la disposición normativa y la norma son lo mismo (ambos son enunciados),[28] éstos pertenecen a dos niveles de discurso. A saber «la disposición es un enunciado que constituye el objeto de la interpretación. La norma es un enunciado que constituye el producto o resultado de la interpretación.»[29]

4. SOBRE LA CORRESPONDENCIA BIUNÍVOCA ENTRE DISPOSICIÓN Y NORMA

La relación de correspondencia entre disposición y norma se enmarca dentro de la discusión sobre si el derecho está o no indeterminado. Si el derecho está o no indeterminado tiene relación con la posibilidad de conocer o no, las consecuencias jurídicas de las acciones realizadas en una determinada comunidad.[30] Si el derecho está determinado, entonces es posible conocer, de antemano, la «reacción» del sistema jurídico ante una determinada acción llevada a cabo por un miembro de dicha comunidad. Sostener esta tesis implica, en gran medida, sostener la tesis de una relación biunívoca entre disposición y norma: a cada disposición se le asigna un significado el cual es «correcto» y por

26. Vale decir si el intérprete se vale de un criterio determinado puede concluir que un significado determinado puede ser adscrito a una disposición normativa. Sin embargo, un criterio como el significado literal de las palabras puede obtener un resultado distinto al que se obtiene si se utiliza el de la voluntad del legislador. Como no existen meta criterios que ordenen jerárquicamente los criterios interpretativos, entonces el intérprete puede llegar a distintos resultados dependiendo de qué criterio interpretativo desee utilizar. Dicha decisión (sobre qué criterio se utilizará) es discrecional por lo que dos soluciones contrarias en un mismo caso pueden ser racionalmente justificadas y aplicadas por el intérprete.
27. Guastini, 2014: 91-2.
28. El primero es un enunciado del discurso de las fuentes. El segundo es un enunciado del discurso del intérprete quien entiende (o considera) a éste como sinónimo de la disposición. Ver: Guastini, 2011b:138.
29. Guastini, 2011b: 139.
30. Comanducci, 1998:101.

ende susceptible de ser aprehendido por el intérprete.[31] De esta forma interpretar es un ejercicio cognoscitivo el cual tiene por fin último «averiguar» el significado «único» y «correcto» de una determinada disposición normativa.[32] Al contrario, sostener que el derecho está indeterminado supone la negación a «la única respuesta correcta» y por ende a la relación biunívoca que existe entre disposición y norma.[33] Esta última tesis es la adoptada en el presente trabajo.

Por indeterminación del derecho entiendo la multiplicidad de normas que pueden ser adscritas a una disposición normativa.[34] Como se ha expuesto en el apartado anterior, de la interpretación de una disposición normativa pueden surgir diversas normas aplicables al caso concreto. La tesis más común sobre el origen de la indeterminación del derecho es aquella que sostiene que las fuentes del derecho están formuladas en el lenguaje natural y por ende están afectados de los vicios que éste conlleva. El lenguaje natural «…no está sujeto a reglas semánticas y sintácticas bien definidas. El significado de los enunciados del lenguaje natural, por tanto, es fatalmente indeterminado.»[35] Los defectos del lenguaje pueden ser reducidos a dos: la ambigüedad, una proposición puede contener más de un significado,[36] y la vaguedad, la imprecisión del lenguaje no permite establecer con claridad que *objetos* pueden ser incluidos en una determinada clase, vale decir hay casos que no se está claro si están cubiertos por una disposición normativa. Estos defectos son propios también del *lenguaje jurídico* por lo que la actividad del intérprete tiene por objeto, entre otros, reducir estos defectos al momento de aplicar el derecho.[37] Sin embargo, las fuentes de indeterminación del derecho no se agotan en la indeterminación del lenguage natural. Los códigos interpretativos contribuyen a la indeterminación jurídica en tanto proveen una pluralidad de directrices interpretatives las cuales pueden ser utlizadas para derivar multiples normas jurídicas. Puesto que esta fuente de indeterminación se encuentra en la estructura de los sistemas jurídicos, es posible hablar de una *indeterminación sistémica* del derecho[38].

La indeterminación del derecho[39] permite establecer las bases teóricas de la distinción disposición y norma. En este sentido, el documento normativo con *pedigree*

31. Dworkin es quizás uno de los defensores más importantes de esta tesis: Dworkin, 1986.
32. Para ver un desarrollo sobre la discusión: Atienza, 2009: 13-26; Aarnio, 1998: 23-38. Para una posición contraria ver Leiter, 2007.
33. No me detendré a desarrollar la indeterminación a fondo, más bien mi aproximación será general y con pretensión informativa. Para un desarrollo de la tema, ver, entre otros, a: Vila, 2006: 55-82; Leiter, 1995: 482-495; Kress, 1989: 283-337.
34. Reyes, 2020: 371.
35. Guastini, 1997: 121.
36. Es, en mayor medida, el problema de la ambigüedad que afecta el lenguaje el origen de la multiplicidad de significados de una disposición normativa.
37. No desarrollaré estos tópicos aquí. Ver con respecto a la vaguedad (o textura abierta) Hart, 2012: 123-154; Bix, 1991: 51-72. Para ambigüedad en el lenguaje jurídico ver: Nino, 2013: 259-305., Guastini, 1997: 125-129.
38. Reyes, 2020: 377-8.
39. Cabe hacer la observación de que la doctrina ha presentado diversos tipos de indeterminación cuyo núcleo central se enfoca en la imposibilidad general de conocer las consecuencias jurídicas de los actos. De este

democrático responde a la figura de la disposición normativa mientras que la regla aplicable al caso y la que en definitiva resolverá la controversia jurídica responde a la figura de la norma la cual es de creación de los jueces.

Una vez distinguido estos dos tipos de enunciados podemos, a su vez, identificar temporalmente su participación en la resolución de un conflicto jurídico. La disposición normativa en tanto fuente del derecho pre-existe al litigio, mientras que la norma es resultado de la interpretación de la/las disposición/disposiciones invocadas al caso concreto. Vale decir, la norma es coetánea a la controversia, en el sentido que se originará durante el litigio y en razón de este. Ya habiendo distinguido estos dos tipos de enunciado cabe preguntarse sobre cuál de éstos, disposición normativa o norma, recae el control judicial de las leyes.

5. CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA

La crisis de legitimidad que la dificultad contramayoritaria busca explicitar apunta a que un grupo de «elite» de personas no electas por el pueblo sustrae de la discusión pública y política temáticas centrales en el desarrollo de vida democrática de una sociedad.[40] De este modo,

> los tribunales se [convertirán] inevitablemente en un importante foro, sino el principal, para la revisión y adaptación de los derechos básicos a la luz de las circunstancias cambiantes y las controversias sociales (…) nuestro respeto por tales derechos democráticos se pone seriamente en peligro cuando se realizan propuestas de trasladar las decisiones acerca de la concepción y la revisión de los principios básicos del poder legislativo al judicial, del pueblo y de sus instituciones representativas, que reconocemos imperfectas, a un puñado de hombres y mujeres, supuestamente sabios, instruidos, virtuosos y de altos principios, los únicos en quienes sólo se puede confiar.[41]

La generalidad de los sistemas jurídicos modernos cuenta con mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes. A grandes rasgos esta clase de procedimientos tienen por objeto el escrutinio de las leyes con el fin de establecer su conformidad con el texto constitucional de un determinado sistema. Esto es, que haya sido creada en conformidad al procedimiento establecido en la constitución y que el contenido preceptivo de la ley no este en contra del texto constitucional. Si la ley en cuestión es declarada inconstitucional ésta puede ser o expulsada del ordenamiento jurídico, i.e., hipótesis

modo se representa una de las preocupaciones centrales del realismo jurídico estadounidense, la posibilidad de predecir las decisiones de los tribunales. Ver a modo de ejemplo Llewellyn 1930:448., Si bien puede ser tildado de *proto*-realista, el autor (quizás más reconocido) que impulsó esta inquietud fue Oliver W. Holmes en su discurso titulado «*the Path of Law*». Ver: Holmes, 2008.

40. Waldron, 2012: 1350.

41. Waldron, 2005: 302.

de legislador negativo, o no ser aplicada en un caso concreto susceptible de estar bajo el ámbito de aplicación de dicha ley.

La tarea de control generalmente es llevada por órganos que carecen de *pedigree* democrático, *i.e.*, corte suprema, tribunal constitucional o jueces ordinarios, lo cual genera un problema desde el punto de vista de la legitimidad democrática de sus decisiones sobre la constitucionalidad/inconstitucionalidad de las leyes que sí gozan de dicha legtimidad. Vale decir, un órgano con *pedigree* no-democrático tiene la competencia para invalidar un acto, *i.e.*, una ley, de un órgano con *pedigree* democrático en el marco de una democracia constitucional. Esta tensión es la que Bickel denominó «la dificultad contramayoritaria.»[42]

La generalidad de las democracias constitucionales prevén una garantía jurisdiccional de la constitución: los jueces tienen competencia y potestad para proteger a la constitución de «ataques» realizados por las leyes ordinarias. Si el contenido preceptivo de una ley vulnera un precepto constitucional ésta es susceptible de ser declarada inconstitucional por el órgano jurisdiccional.[43]

De esta idea se desprende un criterio dual de validez de las leyes. Uno formal: las leyes son válidas si son creadas por los procedimientos establecidos por leyes (normas) jerárquicamente superiores. Uno material: las leyes son válidas si lo dispuesto en esta no contrarían el texto constitucional.[44] En este último sentido es que los jueces o quienes estén a cargo del control de las leyes, adoptan un rol de garante del texto constitucional al tener la facultad de dejar sin efecto, ya sea por medio de la expulsión de la ley inconstitucional del ordenamiento jurídico o por la no-aplicación de ésta en casos que *ex ante* debía/procedía ser aplicada.

De lo anterior se desprende que según sea el tipo de control constitucional este afectará a una disposición normativa o a una norma. Así, el modelo del legislador negativo kelseniano tiene por objeto determinar la constitucionalidad de la disposición normativa. Por otro lado, el modelo estadounidense de inaplicabilidad recae en la norma, por ser ésta, en su calidad de resultado de la interpretación del juez, la cuál será aplicada al caso concreto. Desde este punto de vista la tensión entre el constitucionalismo[45] y la democracia se origina en la autoridad de jueces no responsables democráticamente versus representables elegidos por el pueblo que sí son responsables ante el electorado.[46] Vale decir, un órgano de *pedigree* no-democrático tiene poder para controlar los actos de un órgano con *pedigree* democrático.

---

42. Bickel, 1986: 16.
43. La garantía jurisdiccional de la constitución es uno de los elementos centrales del proceso de constitucionalización que las democracias occidentales vivieron después de la segunda guerra mundial. Ver en este sentido: Comanducci, 2009: 86.
44. La problemática de la validez de las normas jurídicas no será tratada en este artículo debido a que excede las pretensiones del mismo. Ver: Kelsen, 2012; Nino, 1999: 253-262; Troper, 2002: 43-57; Ferrajoli, 1988: 361.
45. La ideología que pregona (entre otros postulados) la constitución como norma directamente aplicable y de la supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico. Ver en este respecto: Pozzolo, 2011.
46. Bassok, 2012: 335.

6. *PEDIGREE*, DISPOSICIÓN Y NORMA

Una lectura plausible de la dificultad contramayoritaria se enfoca en el problema de *pedigree* democrática/o del órgano competente para ejercer el control de constitucionalidad. Sin embargo, antes de analizar éste tópico se debe realizar la siguiente distinción: a) el control de constitucionalidad que supone la expulsión de una determinada ley declarada inconstitucional del sistema jurídico de una comunidad determinada; b) el control de constitucionalidad que supone la inaplicabilidad del texto declarado inconstitucionalidad a un caso concreto.[47]

En este trabajo se sostendrá que el alcance de la dificultad contramayoritaria no es aplicable cuando se analiza el control de constitucionalidad por inaplicabilidad.[48]

A grandes rasgos es posible sostener que una de las nociones asociadas a la idea de «ley» es la de legitimidad democrática. La razón subyacente a esta asociación recae en el carácter representativo del órgano que ésta a cargo de la producción legislativa: el parlamento.[49] Desde un punto de vista de la distinción disposición/norma, la noción de «ley», que generalmente se emplea cuando hacemos referencia a los documentos autoritativos que siguen un determinado procedimiento de elaboración establecido en otros textos autoritativos determinados, es análoga a la voz «disposición normativa». Vale decir, una ley es una disposición normativa. La disposición normativa, entonces, se encuentra legitimada democráticamente por ser producto de la actividad de un órgano democrático como es el parlamento. Ahora bien, si el control de constitucionalidad por inaplicabilidad se enmarca en el contexto de un litigio entonces, primeramente, debemos localizar el rol que le cabe a la disposición normativa.

De acuerdo a la distinción disposición/norma, la disposición normativa no es objeto de aplicación por parte del juez sino que es el objeto de la interpretación de éste. Por 'aplicación' simplemente me refiero a la operación de subsubmir un caso concreto a una clase de casos contenida en la disposición normativa resultante en consecuencias jurídicas previstas por el ordenamiento.[50] El resultado de la interpretación es la norma que se aplicará al caso concreto tramitado en el litigio. En un esquema sencillo, tenemos por un lado un documento con *pedigree* democrático que pasa por el *filtro* interpretativo de un órgano con un *pedigree* no-democrático cuyo resultado es una norma específica para un caso concreto.

Una primera conclusión que se puede derivar de esto es que las disposiciones normativas invocadas en los textos litigiosos de los actores no son los enunciados jurídicos

47. A pesar de que ambos son una manifestación, en la clasificación de Waldron, de un «*strong judicial review*», este trabajo se enfocará en el segundo tipo y su relación (o falta de ésta) con la dificultad contramayoritaria. Ver: Jeremy Waldron, 2012: 1354.

48. Sin perjuicio de que sea posible mantener la crítica con respecto al modelo de legislador negativo. Sin embargo, una análisis sobre esta relación no será tratada en este trabajo.

49. Waldron, 2005: 152-3.

50. En este sentido me alejo de nociones de aplicabilidad como la defendida por Bulygin (Bulygin, 2012: 432-437) o Navarro, Orunesu, Rodríguez, Sucar (Navarro et all, 337-359).

que resolverán la cuestión litigiosa sino que, en el mejor de los casos, son las fuentes de las cuales «nacerán» las normas que sí resolverán la controversia. Bajo esta distinción, las disposiciones normativas son fuentes del derecho más no derecho en sí mismo.[51]

Por otro lado, la norma, i.e., enunciado resultante de la interpretación de una disposición normativa, si bien reconoce, generalmente,[52] su origen en la disposición normativa, ésta es el resultado de la utilización de criterios y técnicas interpretativas que, ocasionalmente, pueden escapar del ámbito jurídico.

En este sentido, la norma aplicada a un caso concreto es el resultado de la elección discrecional del intérprete de un *pool* de significados posibles *contenidos* en el *marco interpretativo* de la disposición normativa en cuestión obtenida por medio de las técnicas interpretativas y criterios de interpretación vigentes en una comunidad determinada. De este modo, la norma es un acto, no ya del parlamento sino del juez. En este sentido una segunda conclusión es posible: la norma no goza del *pedigree* democrático (al menos no directamente) que si goza la disposición normativa.

7. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR INAPLICABILIDAD

En líneas generales, el control de constitucionalidad por inaplicabilidad supone la declaración, por parte del juez constitucional, de la inconstitucionalidad de una ley aplicable a un caso concreto. El efecto de esta declaración será la «prohibición» de aplicar esa ley en *ese* litigo determinado en razón de que utilizarla producirá efectos jurídicos contrarios a los previstos en el texto constitucional.

Ahora bien, como ya se ha adelantado, lo que se aplica no es ya la disposición sino que la norma. De este modo, cuando se sostiene que la ley aplicada infringe la constitución lo que se está sosteniendo es que la norma resultante de la interpretación de la disposición normativa es contraria al texto constitucional. Por otro lado para saber a qué nos referimos con «texto constitucional» supone, en líneas generales, la identificación de un enunciado contenido en la constitución que consideramos susceptible de ser contrariado y su correspondiente significado, vale decir su interpretación. En este sentido, a grandes rasgos, estamos ante el cotejo de dos interpretaciones de textos autoritativos a los cuales, en tanto comunidad jurídicamente organizada, les hemos otorgado jerarquías distintas dentro de un ordenamiento específico.[53]

51. Guastini, 2014: 100.

52. En este sentido no me referiré a las normas resultado de la creación jurídica que también sirven para la resolución de conflictos jurídicos pero que no son resultado de una actividad interpretativa propiamente tal. Ver: Guastini, 2014: 93-96.

53. No me referiré a la interpretación de los enunciados constitucionales. Si bien son parte de la operación prevista en el control de constitucionalidad, me enfocaré sólo en la interpretación de disposiciones normativas de «rango legal» toda vez que la dificultad contramayoritaria apunta a la exclusión (del caso concreto o del ordenamiento jurídico) de la norma resultante de su interpretación. Tampoco me pronunciaré sobre el caso de las 'sentencias interpretativas' debido a que su análisis excede el objeto de este paper.

De este modo, el control de constitucionalidad por inaplicabilidad versa sobre normas y no sobre disposiciones normativas. Debido a la indeterminación que le asiste al derecho entonces los jueces constitucionales pueden (o al menos puede ser catalogado como un escenario plausible) declarar inconstitucional diversas normas (*i.e*, significados) emanados de una misma disposición normativa. Si la discusión recae en la *pedigree* del acto que se deja sin efecto entonces parece ser que, cuando se trata de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, la dificultad contramayoritaria pierde (y de forma significativa) su fuerza debido a que la norma carece de *pedigree* democrático en los términos que la crítica refiere.

En definitiva el control de constitucionalidad por inaplicabilidad es llevado a cabo por un órgano no democrático para evaluar la constitucionalidad de un acto llevado a cabo por otro órgano no democrático. En este escenario cualquier reclamo sobre legitimidad democrática pierde asidero.

8. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha tenido por objeto presentar distinciones relevantes en la discusión sobre la legitimidad democrática del control constitucional de las leyes. Se ha enfocado en el núcleo de la llamada dificultad contramayoritaria: órganos no elegidos e irresponsables democráticamente invalidan actos realizados por órganos democráticos.

La tensión presentada es analizada a la luz de la distinción disposición/norma. De su análisis es posible sostener que ésta parece ser aparente en los casos en que el control de constitucionalidad versa sobre la declaración de la inaplicabilidad de la ley en un caso concreto. Lo anterior es debido a que en los casos concretos no es la «ley» la que se aplica (*i.e*, disposición normativa) sino que la norma (el resultado de la interpretación de una disposición normativa).

La norma es el enunciado resultante de la interpretación de la disposición normativa. Dentro del reparto de competencias esta tarea recae (en la generalidad de los ordenamientos jurídicos occidentales) en los jueces (o tribunales constitucionales). Vale decir, la norma es el resultado de la actividad de un órgano no elegido democráticamente.

Una vez presentada la distinción disposición/norma podemos entender con mayor claridad que el enunciado declarado inconstitucional no es la disposición normativa sino la norma. La norma en tanto acto carente de *pedigree* democrático (en los términos a los que se refiere la dificultad contramayoritaria) escapa de la crítica esgrimida por la falta de ésta. Entonces, para el caso de control de constitucionalidad por inaplicabilidad, la dificultad contramayoritaria se ve debilitada considerablemente.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A., 1990: «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», *Doxa*, N° 8: 23-38.

Atienza, M., 2009: «Sobre la única respuesta correcta», *Jurídicas*, Vol. 6, N°2: 13-26.

Barberis, M., 2011: «Un poco de realismo sobre el realismo 'genovés'», en J. Ferrer y G. Ratti, *El realismo jurídico genovés*, Madrid: Marcial Pons: 201-216.

Barberis, M., 2014: «Genoa's Realism: A Guide for the Perplexed», *Revista Brasileira do Filosofia*, Vol. 240, año 62: 13-25.

Barberis, M., 2015: «Realismo Jurídico Europeo-Contintenal», en J. Fabra y Á. Núñez, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México D.F.: Universidad Autónoma de México: 227-240.

Bassok, O., 2012: «The Two Countermajoritarian difficulties», *Saint Louis University School of Law*, Vol. XXX: 333-382.

Bickel, A. 1986: *The Least Dangerous Branch*: *The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press.

Bix, B., 1991: «H.L.A. Hart and the Open Texture of the Language», *Law and Philosophy*, Vol. 10, N°1: 51-72.

Bulygin, E., 2012: «El problema de la validez en Kelsen», en G. Ramírez, *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*, Colombia: Universidad del Externado :424-438.

Comanducci, P. 1998: «Principios jurídicos e indeterminación del derecho», *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N°21, Vol.2: 89-104.

Comanducci, P., 2009: «Constitucionalización y neoconstitucionalismo», en P. Comanducci, M. A. Ahumada y D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neconstitucionalismo,* Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo: 85-122.

Dworkin, R., 1986: *Law's Empire*, Massachusets: Harvard University Press.

Ferrajoli, L., 1988: *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.

Frank, J., 1930: *Law and the Modern Mind*, Londres: Transaction Publishers.

Guastini, R., 1997: «Problemas de interpretación», *Isonomía*, N°7: 121-131.

Guastini, R., 2011a: «Introducción a la teoría de la interpretación: una formulación ambigua» en *Disposición vs. Norma*, en R. Escudero y S. Pozzolo, *Disposición vs. Norma*, Lima: Palestra Editores: 157-179.

Guastini, R., 2011b «Disposición vs. Norma», en R. Escudero y S. Pozzolo, *Disposición vs. Norma*, Lima: Palestra Editores: 133-156.

Guastini, R., 2012: «Escepticismo ante las reglas replanteado», *Discusiones*, N°11: 27-57.

Guastini, R., 2014: «Realismo jurídico redefinido», en Á. Núñez, *Modelando ciencia jurídica*, Lima: Palestra Editores: 87-114.

Halpérin, J., 2011: «Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change», *Maine Law Review*, Vol. 64, N°1: 45-76.

Harel, A., 2014: *Why Law Matters*, Oxford: Oxford University Press.

Hart, H.L.A., 2012: *The Concept of Law,* Oxford: Clarendon Law Series. Oxford University Press.

Holmes, O. W., 2008: *The Path of Law and the Common Law*, Nueva York: Kaplan.

Kelsen, H., 1942: «Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution», *The Journal of Politics*, Vol. 4, N°2: 183-200.

Kelsen, H., 2012: *Teoría Pura del Derecho,* 2° edición, Buenos Aires: Euedeba.
Kramer, L., 2004: *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford: Oxford University Press.
Kress, K., 1989: «Legal Indeterminacy», *California Law Review*, Vol. 77: 283-337.
Leiter, B., 1995: «Legal Indeterminacy», *Legal Theory*, N°1, V. 4: 482-495.
Leiter, B., 2007: *Naturalizing Jurisprudence; Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
Leiter, B., 2013: «Legal Realism: Old and New», *Valparaiso Law* Review, Vol. 47: 67-81.
Llewellyn, K., 1930: «A Realistic Jurisprudence: The Next Step», *Columbia Law Review*, Vol. XX, N° 4: 431-465.
Navarro, P.; Orunesu, C.; Rodríguez, J.L.; Sucar, G., 2004: «Applicability of Legal Norms» *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, XVII, n°2: 337-360.
Nino, C., 2013: *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires: Ariel Derecho.
Nino, C., 1999: «Some confusions surrounding Kelsen's concept of legal validity» en S. Paulson y B. Paulson, *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Theme,* UK: Oxford University Press: 253-262.
Núñez, Á., 2011: «El realismo jurídico de Brian Leiter», *Diritto e questioni pubbliche*: 438-456.
Núñez, Á., 2012: «Hans Kelsen: Preface. On Interpretation. Estudio introductorio», *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, N°1: 173-184.
Núñez, Á., 2014: «Kelsen en la encrucijada: Ciencia jurídica e interpretación del derecho», *Ius et Praxis*, año 20, N° 2: 415-442.
Reyes, S., 2020: «Judicial Discretion as the Result of Systemic Indeterminacy», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (2020), XXXII, n°2: 369-395.
Schauer, F., 2013: «Legal Realism Untamed», *Texas Law Review*, Vol. 91: 749-780.
Troper, M., 2002: «Ross, Kelsen et la validité», *Droit et Société*, N°50: 43-57.
Tushnet, M., 1999: *Taking the Constitution Away from the Courts*, New Jersey: Princeton University Press.
Vila, M., 2006: «La fuente de indeterminación del derecho: una aproximación filosófica», *Cuadernos de Derecho Público*, N°28: 55-82.
Waldron, J., 2005: *Derecho y desacuerdos*, trad. Jose L. Martí y Águeda Quiroga, Madrid: Marcial Pons.
Waldron, J., 2012: «The Core Case Against Judicial Review» *Yale Law Review*, Vol. 115:1346-1406.