

Tutela judicial colectiva, derechos fundamentales y democracia (entre balance y proporcionalidad) Autores/as



*Collective judicial protection, fundamental
rights and democracy (between balance and
proportionality)*

Recibido: 04 de marzo de 2025

Aceptado: 27 de mayo de 2025

Luiz Guilherme Marinoni^a

^aORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7891-3083>

Universidade Federal do Paraná, Brasil

Profesor titular de Derecho Procesal Civil en los cursos de pregrado, maestría y doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Paraná – UFPR. Profesor invitado en varias universidades de América Latina y Europa. Correo electrónico: guilherme@marinoni.adv.br

Cómo citar

Marinoni, L. G. Tutela judicial colectiva, derechos fundamentales y democracia (entre balance y proporcionalidad). Nomos: Procesalismo Estratégico, 2(4). Recuperado a partir de <https://revistanomos.uanl.mx/index.php/revista/article/view/37>

RESUMEN

Las acciones colectivas brasileras vienen produciendo decisiones que no raramente dejan de valerse de una fundamentación pautada en criterios jurídicos adecuados para, racionalmente, explicar la imposición de medidas concretas respecto de la falta de ley o contraposición a la ley.

La acción destinada a la tutela de los intereses difusos y colectivos que produce la cosa juzgada erga omnes y ultra partes frecuentemente impone medidas a partir de la invocación de un derecho fundamental no protegido por el legislador. En otras situaciones, aun invocándose un derecho fundamental y respecto de la falta de ley, se determina el cumplimiento de la medida de protección fáctica, como la construcción de una obra sin consideración del presupuesto. Y todavía hay casos en los que el juez, suponiendo poder libremente volver a hacer el balance entre derechos fundamentales ya realizados por el legislador, impone una medida de protección concreta al derecho inclusive contrariamente a lo que está previsto en ley.

PALABRAS CLAVE: Tutela judicial, derechos fundamentales, democracia, balance, proporcionalidad.

ABSTRACT

Brazilian class actions have been producing decisions that often fail to rely on a rationale based on adequate legal criteria to rationally explain the imposition of specific measures in respect of the lack of law or contradiction to the law.

The action aimed at protecting the diffuse and collective interests that produces res judicata erga omnes and ultra partes frequently imposes measures based on the invocation of a fundamental right not protected by the legislator. In other situations, even when a fundamental right is invoked and in respect of the lack of law, compliance with the factual protection measure is determined, such as the construction of a work without consideration of the budget. And there are still cases in which the judge, assuming to be able to freely re-establish the balance between fundamental rights already realized by the legislator, imposes a specific protection measure on the right even contrary to what is provided for by law.

KEYWORDS: Judicial protection, fundamental rights, democracy, balance, proportionality.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo, además de investigar los criterios impuestos al juez para proteger los derechos fundamentales en la ausencia de la ley y de la insuficiencia de la tutela legislativa – considerando el lugar de las opciones políticas y el problema del presupuesto – cuestiona la posibilidad de que el Poder Judicial pueda resolver colisiones entre derechos fundamentales en los casos de desacuerdos morales intensos, así como de realizar nuevamente el balance de los derechos fundamentales para corregir decisiones del legislador, situando la proporcionalidad, imprescindible para el control de la ley, como criterio que no debe ser confundido con el meta-balance.

Se analiza, inicialmente, el problema de lo contramayoritario, slogan destinado a insinuar la falta de legitimidad del control de constitucionalidad para que el desarrollo del discurso, consciente de la necesidad de un control material de la ley en nombre de la efectiva tutela de los derechos fundamentales, pueda diseñar la garantía de la prioridad de los derechos fundamentales sobre la ley dentro de límites que no afecten la democracia.

II. EL PROBLEMA CONTRAMAYORITARIO

El problema o dificultad del carácter contramayoritario trata sobre la circunstancia de que el control de constitucionalidad tenga como objeto un acto de poder, resultado de la manifestación de los representantes de la población. El tema fue puesto a la luz en el derecho estadounidense por Alexander Bickel, en su conocida obra *The least dangerous Branch*, que, en esencia, busca evidenciar que la gran dificultad del sistema en los Estados Unidos es de que el *judicial review* es una fuerza contramayoritaria. (Bickel, 1986) Bickel recuerda que Hamilton, en el Federalista 78, niega que el *judicial review* constituía una superioridad del Poder Judicial o sobre una materia electa, advirtiendo que el poder del pueblo se sobrepone a ambos, representando el *judicial review* la señal de que el Poder Judicial no puede permitir que la voluntad del legislador, declarada en la ley, se sobreponga a la voluntad del pueblo, expresada en la Constitución.¹ Pero ahí,

1 El argumento de que quien controla al pueblo no son los jueces, sino la Constitución – lo que significaría en

según Bickel, la palabra “pueblo” es una abstracción que oscurece la realidad, pues cuando la Suprema Corte declara inconstitucional un acto legislativo o del Ejecutivo, ella frustra la voluntad de los representantes del pueblo del presente y del ahora, constituyendo un control que no es hecho en nombre de la actual mayoría, pero contra ella, lo que le permite decir que el control de constitucionalidad no es democrático. (Bickel, 1986).

Aunque el problema del contramayoritarismo sea intensamente discutido en los Estados Unidos, probablemente porque el *judicial review* no esté instituido en la Constitución y la reacción contra éste haya surgido en la propia sociedad delante de los periodos “activistas” de la Suprema Corte,² eso no significa que, incluso en los países de tribunales constitucionales, el asunto no tenga importancia capital, pudiendo fugar de la atención de la doctrina y del campo de las preocupaciones teóricas, especialmente porque el desarrollo del tema es indispensable para la definición de los límites del control de constitucionalidad y de las decisiones constitucionales.

El legislador, normalmente, no actúa deliberadamente contra la Constitución o contra los derechos fundamentales, pero supone, al emitir la ley, que la Constitución está respaldándolo (Waldron J. , 1999). Es necesario percibir que la ley, cuando tiene su legitimidad material puesta en duda, muchas veces abre la posibilidad para confrontaciones entre interpretaciones de la Constitución y no, como puede parecer, una simple visualización de la ley frente a la Constitución. Así, como los representantes electos entienden que la ley está de acuerdo con la Constitución no habrá racionalidad en una minoría, destituida de legitimidad popular, para negar la decisión del Parlamento.

De manera más clara, por tanto, el real problema no está en la posibilidad de confrontarse la ley a partir de la Constitución, sino que reposa sobre la cuestión de quién tiene la última palabra sobre el significado de la Constitución. Subráyese que este también es el problema que afecta a la utilización del método de la ponderación como medio para la solución de conflictos entre derechos fundamentales e igualmente y de modo más intenso, la posibilidad

la crítica de John Hart Ely que el pueblo se autocontrola – se remonta al Federalista 78 de Hamilton y al voto del chief justice John Marshall en *Marbury vs. Madison* (ELY, John Hart, *Democracy and distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, pp. 9-10).

2 También son significativos los casos *Coppage vs. Kansas* (1915) y *Adkins vs. Children's Hospital* (1923).

de que el Poder Judicial pondere nuevamente los derechos fundamentales para controlar la constitucionalidad de la decisión parlamentaria.

La Constitución posee innumerables disposiciones que contienen lo que se llama “conceptos esencialmente controvertidos”, o sea, criterios normativos respecto de los cuales las personas pueden, racionalmente, estar en desacuerdo (Waldron J. , 1999). Además de eso, la Constitución al no delimitar el contenido de la mayoría de los derechos fundamentales, implícitamente los coloca en colisión frente a las opciones que pueden ser tomadas por el legislador y en los casos que deben ser solucionados por el juez. No hay duda que las personas, incluso los profesionales del derecho pueden discordar del significado de cualquier derecho fundamental y su prevalencia frente a otro, bien como respecto de cuál es el significado de una disposición constitucional en innumerables situaciones concretas.

Es importante percibir que el desacuerdo sobre los derechos y la interpretación de las disposiciones constitucionales no afecta apenas a los parlamentarios, sino, sobre todo, a las decisiones judiciales, particularmente cuando no son limitadas las funciones del juez frente al legislativo. John Hart Ely, en una de las grandes contribuciones para el tema del control de constitucionalidad y para la delimitación de las funciones de las Cortes, luego de resaltar que el problema central del *judicial review* está en que un órgano que no fue electivo y no está dotado de algún grado de responsabilidad política, puede decir a los representantes electos por el pueblo que no pueden gobernar como quieren, afirma la claridad que las corrientes que hacen apelo a las nociones que no pueden ser encontradas en la Constitución son particularmente vulnerables a la crítica a la crítica de incompatibilidad con la teoría democrática. (Ely, 1981)

Waldron, al analizar los argumentos de los defensores del control de constitucionalidad, en especial el de que los jueces constitucionales se limitarían a hacer valer un compromiso previo de la sociedad con los derechos advierte que eso podría ser verdadero cuando este compromiso protege claras arbitrariedades, pero nunca cuando tal compromiso pretende proteger delante de cambios de opinión o frente a algunos desacuerdos genuinos sobre lo que estaría definido en este compromiso (Waldron , J., 2018). Es por eso que para Waldron, cuando los hombres o sus representantes no están de acuerdo de cuáles son sus derechos, la conclusión de que su discordancia no puede ser resuelta por el parlamento pero que la última

palabra está en un pequeño número de jueces parece casi un insulto. Sería más insultante al percibirse que los jueces divergen entre sí exactamente sobre los mismos puntos que los ciudadanos y sus representantes, y que las Cortes Supremas y las Cortes Constitucionales también deciden mediante el voto de la mayoría. Por eso, si los hombres podrían imaginar que sus desacuerdos deben ser resueltos mediante conteo de votos, entonces sus votos o los de sus representantes son realmente los que deberían importar o ser contados. (Waldron ,. J., 2018)

Aunque el problema del contramayoritarismo merezca atención, las razones para el control judicial de constitucionalidad de la ley son relevantes y deben prevalecer sobre la “desconfianza” en términos democráticos en el Poder Judicial. El tema de lo contramayoritario es importante para el delineamiento o para la contención del poder de control de constitucionalidad, evitándose la sobreposición de los Tribunales sobre el Parlamento en situaciones conflictivas con la teoría democrática³. (Reis Novais, 2019)

III. LA REPROBACIÓN DE LAS LEYES QUE NIEGAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Es cierto que cuando la mayoría parlamentaria racionalmente entiende que la ley está de acuerdo con los derechos fundamentales, lo que realmente se puede decir es que la ley puede estar en contraste con lo que un grupo supone ser un derecho fundamental. O, en otras palabras, que cuando hay un desacuerdo profundo sobre el contenido de un derecho fundamental, la decisión de la mayoría no tiene cómo dejar de prevalecer ya que de otra forma la versión de alguien descontento con la ley siempre sería algo de invocar contra los representantes del pueblo y podría ser reconocida por una minoría sin respaldo popular, presente en las Cortes.

Sucede que, incluso no debiendo trasplantar para el Poder Judicial decisiones sobre cuestiones morales y políticas cuya solución depende del deseo del pueblo, hay casos en los

3 Como puntualiza Jorge Reis Novais, la discusión sobre la legitimidad de la Justicia Constitucional no deja de revestir interés incluso en los países en los que fue arbitrada y esclarecida en la propia decisión constituyente, en la medida en que una comprensión más sólida de los problemas de legitimidad permite siempre una mayor clarificación sobre los límites funcionales que deben presidir a su ejercicio concreto (REIS NOVAIS, Jorge, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, AAFDL Editora, Lisboa, 2019, pp. 106-107).

que el parlamento efectivamente se equivoca o se deja vencer por presiones sociales y, así, emite una ley que niega un derecho fundamental. En otros casos, puede definir la protección insuficiente o incluso excesiva de un derecho, mediante una decisión desproporcional. En estas hipótesis, la intervención del Poder Judicial bajo la forma del control de constitucionalidad no confiere al juez el poder de analizar nuevamente las opciones políticas del Parlamento, cabiéndole tan solo investigar si la elección legislativa no viola especialmente las reglas de la prohibición de exceso y de la prohibición de insuficiencia.

En estas situaciones la tutela de los derechos no se sobrepone al principio democrático, ya que ese propio principio establece la jerarquía entre la voluntad de la mayoría constituyente y la voluntad de la mayoría hábil a la aprobación de una ley. No obstante, no se deja de buscar el encuentro del equilibrio entre derechos fundamentales y democracia o una forma de control de constitucionalidad que esté de acuerdo con la teoría democrática (Ferrerres Comella, 2012).

Realmente no tiene procedencia el argumento de Dworkin en el sentido de que el control de constitucionalidad si quiera puede ser contrapuesto al derecho de participar o al derecho a la igualdad política (Dworkin, 2000).⁴ Esa contraposición no ocurriría, según Dworkin, porque el control de constitucionalidad, al retirar determinadas cuestiones del Parlamento y atribuir las a los jueces, no discrimina a ningún grupo social. El argumento es asustadoramente simple, pues no considera el hecho que cuando se da al Poder Judicial el poder de decidir sobre cuestiones morales esencialmente controvertidas en la sociedad, se niega al pueblo y a sus representantes el poder de discutir las y decidir las. Como es evidente, si la institución del crimen de aborto o de una ley que lo liberaliza pueden ser invalidadas por el Poder Judicial, el problema ciertamente no está en discriminar los grupos favorables al aborto o los grupos pro vida o religiosos, sino en negar al pueblo y al Parlamento el poder de decidir la cuestión basados en el principio democrático.⁵

Además, el verdadero verdugo de un derecho fundamental no es propiamente la mayoría de votos en el parlamento, sino la posición social que presiona al parlamento a decidir en

4 DWORIKIN, Ronald, What's equality? Part 4: Political Equality, *University of San Francisco Law Review*, v. 22, pp. 1-30; DWORIKIN, Ronald, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Massachusetts, 2000.

5 En ese sentido, con la crítica al argumento de Dworkin, véase: FERRERRES COMELLA, Víctor, *Justicia Constitucional y Democracia*, op. cit., pp. 179-180.

detrimento de tal derecho. En ese sentido, no es exactamente la mayoría de votos, sino el grupo social que ejerce presión más efectiva sobre el parlamento que puede llevar a una ley disociada de los derechos fundamentales. Un grupo aparentemente minoritario pero dotado de condiciones concretas de presionar a los parlamentarios, igualmente puede contribuir para la emisión de una ley contraria a la Constitución.

Quiere decir que hay siempre una necesidad de afirmar la Constitución para impedir la eficacia de leyes que violan los derechos fundamentales, haya sido la ley fruto de presiones de grupos dominantes en la sociedad o incluso de grupos presumidamente minoritarios que también cuentan con sus armas para actuar sobre los parlamentarios.

IV. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD VERSUS EL PODER DE DEFINIR EL SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCIÓN

La aproximación entre controlar la constitucionalidad y dictar el significado de los dispositivos constitucionales expresada en no pocos juzgados del Supremo Tribunal Federal, tiene origen en una concepción equivocada de la función de esta Corte, marcada por la lectura del artículo 102 de la Constitución.

Dice el *caput* del artículo 102 que “compete al Supremo Tribunal Federal, principalmente, la protección de la Constitución...”. Ocurre que no hay identidad entre tener el poder para defender la Constitución y tener poder para definir el significado de todos los dispositivos constitucionales. Es obvio que, para el control de constitucionalidad, hay siempre necesidad de interpretar la Constitución, pero eso no quiere decir que, delante de todo y cualquier dispositivo constitucional o específicamente de dispositivos cuyos contenidos fueron intencionalmente dejados para ser completados por valores y por las necesidades del pueblo del presente y ahora – o incluso de los que revelan la necesidad de elecciones eminentemente políticas – o incluso de los que revelan la necesidad de elecciones eminentemente políticas del Poder público electo – le cabe al Poder Judicial el poder atribuirles significado.

Recuérdese que el principal argumento de los originalistas, en los Estados Unidos es de que la Constitución jamás cumpliría su papel de protección de los derechos si su significado pudiese mudar al sabor de las voluntades del juez, aunque estén basadas en la interpretación

de la Constitución con base en los nuevos valores y hechos sociales. Como dice Antonin Scalia, de forma manifiestamente crítica, una escuela de interpretación constitucional cada vez más aceptada afirma la existencia de lo que se denominó de “Constitución viviente”, un cuerpo de dispositivos que no solo crece y cambia de tiempo en tiempo para adaptarse a las necesidades de una sociedad en constante transformación, sino que crece y se altera según las percepciones de los jueces (Scalia, 1998). Básicamente, lo que el originalismo pretende decir es que, si la Constitución debe proteger especialmente contra actos arbitrarios del poder público, hay una terrible contradicción en admitir que las decisiones judiciales pueden alterar el significado de los dispositivos constitucionales y, al mismo tiempo, suponer que la Constitución pueda garantizar al pueblo la protección de sus derechos.

No se está defendiendo el originalismo ni mucho menos negando la necesidad de que la Constitución pueda ser reinterpretada o interpretada de acuerdo con los nuevos valores y circunstancias sociales. Estoy de acuerdo que un dispositivo marcado por la transtemporalidad, o sea, un texto que intencionalmente se vela de conceptos vagos e indeterminados con el objetivo de adecuarse a los nuevos tiempos, no pueda ser interpretado como si fuese una ley destinada a regular una situación específica en determinado instante de la historia. La Constitución, como es común decirse, está hecha para el pueblo y en nombre del pueblo. Y no se puede imaginar que se trate apenas del pueblo que la concibió, sino, especialmente, del pueblo que vive el presente. De ahí se puede hablar en Constitución viviente (Tribe, 2008).

Lo que se pretende dejar en claro es que determinados disensos, integrados en las disputas sobre el significado y la armonización de los derechos fundamentales, no deben ser definidos por el Poder Judicial. Y ello no necesariamente porque el Poder Judicial no deba tener la última palabra sobre tales asuntos, sino porque éstos deben ser discutidos y decididos por el pueblo y sus representantes, conforme a las líneas dirigentes de la teoría democrática.

Víctor Ferreres Comela – refiriéndose al ordenamiento jurídico español – recuerda que no hay dificultad para tenerse como inconstitucional una ley que sancione determinado crimen con la pena de muerte, en la medida en que la Constitución española dice que “queda abolida la pena de muerte...”, pero que no ocurriría lo mismo al pensarse en la posibilidad

de que el tribunal constitucional declarase inconstitucional una ley que admite el aborto con base en el derecho a la vida, protegido por el mismo artículo de la Constitución.

Nótese que, en la hipótesis de la pena de muerte, la claridad de la Constitución dispensa la discusión sobre la legitimidad democrática que el tribunal poder declarar la inconstitucionalidad de la ley. La crítica contramayoritaria que se acostumbra a hacer al control judicial, dada la indiscutibilidad de la norma constitucional que prohíbe la pena de muerte, no tendría cualquier cabida. Si ahí cabe algún reclamo, este no puede recaer sobre el sistema de control judicial de la constitucionalidad o en el poder de los jueces, sino en la propia opción de la Constitución.

Algo diferente ocurriría si el tribunal declarase, basado en el derecho a la vida, la invalidez de la ley que admite el derecho al aborto, toda vez que en ese caso, delante del dispositivo constitucional que tutela el derecho a la vida, habría un gran desacuerdo interpretativo en cuanto la Constitución estaría prohibiendo o no el aborto (Ferrerres Comella, 2012).

Bien vistas las cosas, habría ahí no solo una controversia interpretativa, sino un nítido y claro disenso que involucra concepciones conflictivas de la población acerca de moral y de religión. ¿Sería correcto situar esa discusión en el Poder Judicial? (Reis Novais, 2019). Parece que no. Al final, decisiones que involucran intensos desacuerdos sociales, éticos, morales, religiosos y de ideología política no solo pertenecen al pueblo y sus representantes, pero no pueden ser resueltos por aquellos que no pueden asumir responsabilidad frente a la población. No hay duda que el agente público que no puede ser controlado y responsabilizado directamente por el pueblo, mediante rechazo de votos, no puede ejercer poder capaz de definir lo que es mejor para el desarrollo de la vida en sociedad.

Además, los tribunales no constituyen lugares adecuados para la discusión entre grupos antagónicos sobre temas no legales, a pesar de la oportunidad inoportuna que a menudo brinda la participación de *amicus curiae* como representante de la voz de posiciones con diferentes intenciones y deseos. La falacia de la participación de *amicus*, en situaciones de profundo disenso sobre los valores, radica en la premisa misma que lo justifica en la práctica de los tribunales, ya que la única verdad es que, en estas ocasiones, la controversia está buscando una solución en un entorno inapropiado. Esto no significa, por supuesto, que el *amicus* no deba participar en acusar a la ley de ser inconstitucional, por violación de la

prohibición de protección excesiva o insuficiente, más allá de que la propia ley materialice una opción que resulte de equilibrar dos derechos fundamentales sobre los cuales, al principio, reinaba un profundo desacuerdo.

Volviendo al caso de *Lochner vs. Nueva York* -, ya mencionado anteriormente - que dio lugar a la fase de *laissez-faire* (1890/1937) de la Corte Suprema de los Estados Unidos, marcada por el uso de la cláusula de debido proceso sustancial como una forma de controlar la constitucionalidad de las primeras manifestaciones de la legislación social, debe recordarse que este caso no solo fomentó, en la doctrina estadounidense, críticas a la *judicial review* basada en el argumento contramayoritario, sino que también dio lugar a la llamada postura de autocontrol [*self restraint*] de los jueces constitucionales en todos los casos en los que fuese imposible encontrar una respuesta más o menos clara en la Constitución (Monaghan, 1983).

Esta postura de autocontrol, que obviamente nunca hizo desaparecer la *judicial review*, está relacionada con la idea de limitar el control de la constitucionalidad para apartarla del poder de definir el significado de las disposiciones constitucionales en casos de desacuerdos esenciales sobre cuestiones éticas, morales, religiosas y de ideología política, sobre la cual los desacuerdos entre los jueces constitucionales no son menos intensos que los presentes en el seno social.

Considerando, por ejemplo, el problema relacionado con la necesidad de desarrollar estudios e investigaciones científicas sobre las células embrionarias, que refleja profundos desacuerdos éticos y religiosos, no es apropiado admitir la intervención del Poder Judicial para decidir si los embriones tienen derecho o no al derecho a la vida, ya que en un colegiado compuesto por jueces cristianos (la persona aparece desde el primer momento de la concepción), judíos (la persona aparece después de 40 días después de la fertilización) y ateos (importa el nacimiento) el resultado simplemente reflejaría concepciones muy personales antes de la llegada del caso a la Corte, sirviendo solo como un espejo (ciertamente ilusionista, en vista de la composición aleatoria de la Corte) ante el desacuerdo presente en la sociedad. Ahora, si tal desacuerdo puede resolverse contando los votos, dejemos que los votos a considerarse sean los del pueblo y sus representantes en el Parlamento, pero no de algunos jueces.

Por lo tanto, en el caso de que el Tribunal Federal Supremo se enfrente a una alegación de inconstitucionalidad de la ley en la que el problema a resolver consista únicamente en un problema moral, religioso, etc. objeto de una intensa y clara controversia en la sociedad, es apropiado preservar la ley, reconociendo expresamente la importancia de los argumentos que se oponen a ella, y dar la oportunidad para la profundización del debate popular y para la futura y eventual revisión de la ley en el Parlamento. (Ferrerres Comella, 2012)

Finalmente, cuando se alega la omisión del Parlamento, es necesario diferenciar las hipótesis en las que existe el deber de proteger normativamente el derecho fundamental junto con una omisión legislativa inequívoca de las situaciones en las que existe un fuerte disenso en la sociedad sobre la oportunidad de la decisión parlamentaria que se reclama, legitimara la ausencia o falta de ley.

V. CONTROL DE LA OMISIÓN Y DE LA INSUFICIENCIA DE PROTECCIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL

Se podría suponer que un discurso que cuestione la supremacía judicial basada en los valores de la democracia sería inequívocamente contrario al control de la inconstitucionalidad por omisión o tutela insuficiente, aún más cuando ese control va más allá de la declaración de omisión o insuficiencia para imponer la forma o medios necesarios para la protección de un derecho fundamental. Resulta que decir que el Poder Judicial no debería tener la última palabra sobre ninguno de los temas relacionados con los derechos fundamentales no es en absoluto contradictorio con la posibilidad de que el Juez pueda compensar la falta o insuficiencia de protección legal bajo un derecho fundamental.

Canaris, al abordar la cuestión de la repercusión de los derechos fundamentales en los particulares, se basa en el artículo 1er, n. 3, de la Ley Fundamental alemana, que establece que los derechos fundamentales obligan, como un derecho inmediatamente en vigor, al legislador y los tribunales. Luego propone la distinción entre efectividad inmediata y efectividad inmediata, señalando que los destinatarios de las normas de derechos fundamentales son solo el Estado y sus órganos, pero no los sujetos del derecho privado (Canaris C.-W. , 2003). En esta línea, advierte que los objetos de control de acuerdo con los

derechos fundamentales son solo regulaciones y actos estatales, es decir, sobre todo leyes y decisiones judiciales, pero no actos de sujetos de derecho privado, es decir, negocios jurídicos y actos ilícitos. (Canaris C.-W. , 2003)

Como el Estado es el destinatario de los derechos fundamentales, para Canaris la actividad del legislador y el juez no puede entenderse como una eficacia inmediata en los individuos (Canaris C.-W. , 1989). O, mejor dicho, no existe una efectividad inmediata o directa para los particulares, sino efectividad a través de la intermediación de la ley y el juez. Canaris no niega que la decisión del juez, como destinatario de los derechos fundamentales, tenga un efecto en las relaciones entre las personas, pero afirma que esto ocurre de forma mediata (Canaris C.-W. , 2003).

Como la doctrina de Canaris fue influenciada por la Constitución alemana, su preocupación era dejar en claro que los derechos fundamentales son vinculantes para el legislador y el juez, aunque pueden tenerse en cuenta para la definición de disputas que involucren a individuos. De hecho, el razonamiento de Canaris está vinculado a una premisa que le impide ir más allá de ese punto. En la visión tradicional del derecho constitucional alemán, compartido por el autor, cuyo hito principal es la decisión del Tribunal Constitucional Federal en el caso *Lüth*, los derechos fundamentales solo caracterizan los derechos subjetivos que pueden ser reclamados por sus titulares cuando aparecen como prohibiciones de intervención y derechos de defensa. Esto no ocurre cuando se trata de la tutela y los deberes de protección. En este último caso, solo se vislumbran los deberes objetivos del poder público, a los que no corresponden los derechos subjetivos de los individuos. No es casualidad que Canaris utilice, en un caso, el derecho de expresión (derechos de defensa) y, en el otro, el deber de expresión (deberes de protección). Detrás de esta nomenclatura se encuentra la tesis de que la Constitución garantiza a los individuos solo derechos originarios negativos, de abstención estatal, y no derechos originarios positivos, derechos de beneficio por parte del Estado. Estos últimos la Constitución los consagra solo por medio de principios objetivos, que imponen deberes al Estado, legisladores, administradores y jueces sin que sean requeridos por sus propios beneficiarios. Por lo tanto, una vez que la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales se basa en la tutela y los deberes de protección, la posibilidad de que los derechos fundamentales regulen directamente las relaciones privadas queda automáticamente excluida.

Es importante aclarar que, según el derecho brasileiro, el impacto directo de los derechos fundamentales en las relaciones privadas debe ser aceptado independientemente de la acción judicial.⁶ El propio Canaris reconoce que “evidentemente es posible que la propia Constitución establezca la aplicación inmediata de un derecho fundamental en las relaciones entre individuos”, recordando, como ejemplo, el artículo 9, III, 2, de la Constitución alemana, en la que se declaraba expresamente la nulidad de los acuerdos para restringir la libertad de coalición de empleados y empleadores (Canaris C.-W. , 2003).

El problema es que las reglas de los derechos fundamentales no definen la forma, el modo y la intensidad con la que un individuo debe ser protegido en relación a otro. Como base de tales deberes de protección, los derechos fundamentales sin duda regulan el “sí” y, con esto, también el requisito de salvaguarda efectiva. Sin embargo, no dicen nada sobre “cómo”. Al respecto, o qué medidas deben tomarse para cumplir con el deber de protección, la Constitución no contiene regulaciones, o solo tiene disposiciones fragmentarias. La decisión sobre cómo debe cumplirse un deber de protección es, por lo tanto, un asunto de los órganos competentes, principalmente el legislador (Hesse, 1998). Pero, cuando es incuestionable que un individuo privado debe realizar o dejar de hacer “algo” para que se respete el derecho fundamental, no hay nada que impida su observancia inmediata, incluso a través de acciones legales.

Un problema relacionado radica en el hecho de que la ley sigue por debajo de la medida de protección ordenada por la Constitución. Aquí, también, se puede decir que la legislatura también viola un derecho fundamental en su función como comando de tutela. En vista de la protección insuficiente del legislador, corresponde al juez, quien también es responsable del cumplimiento del deber de protección, garantizar el grado adecuado de protección del derecho fundamental. Sin embargo, la acción del juez, al proporcionar una omisión legislativa, no tiene la misma amplitud que la acción del legislador. Y no puede ser así porque es el legislador quien tiene la tarea de regular y proteger adecuadamente las situaciones que involucran derechos fundamentales, siendo el juez el único responsable de identificar y eliminar la falta o insuficiencia de la

6 La Constitución portuguesa afirma expresamente en su artículo 18, I que “los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vinculan a las entidades públicas y privadas”.

conducta legislativa a través de la medida precisa que configurar la menor restricción posible.

Canaris advierte que la función de los derechos fundamentales como imperativo de protección requiere, para su realización, la transposición por ley infraconstitucional. Como resultado, deja en claro que el legislador ordinario queda con un amplio margen de maniobra entre las prohibiciones de insuficiencia y exceso,⁷ y que este margen no es el mismo que el permitido para la intervención judicial. En este sentido, es esencial darse cuenta, con Canaris, de que la prohibición de la insuficiencia no debe confundirse con el deber de protección, sino que tiene una función autónoma en relación con este último. Estos son dos caminos argumentativos distintos, por los cuales, en primer lugar, se verifica si existe un deber de protección, y luego, en qué términos debe ser llevado a cabo por la ley ordinaria sin caer por debajo del mínimo de protección constitucionalmente requerida. Pero la consecuencia de que el juez no tenga la misma libertad de poder o margen de maniobra que el legislador es que la decisión judicial está vinculada a la regla de la necesidad y, por lo tanto, nunca puede establecer una forma de protección más allá de la que genera la menor restricción al derecho fundamental que está en el polo opuesto.

Es necesario enfatizar, en vista de la experiencia con el proceso colectivo en Brasil, en el cual, sin ningún criterio legal, se alienta la figura del virtuoso fiscal y juez, que ni el titular de la acción colectiva y mucho menos el juez puede elegir la forma o medios de protección que consideran más apropiados o eficientes. Corresponde al Poder Judicial, en caso de omisión o protección insuficiente, garantizar que la protección otorgada nunca exceda “la menor restricción posible”, bajo pena de usurpar el lugar del Legislativo, produciendo una decisión ilegítima y carecer de apoyo constitucional.

7 Como dice Canaris en “*Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*”, frecuentemente en el derecho privado se confrontan intereses que pueden ser garantizados como derechos fundamentales y, cuando el legislador protege a un titular de un derecho fundamental, por consiguiente, éste interviene, muchas veces al mismo tiempo en la posición de otro titular del derecho fundamental. El examen constitucional debe orientarse en dos direcciones; por un lado, la protección no debe retenerse atrás del mínimo constitucional exigido; por otro lado, no debe ser “excesivo” o sea, excedente a lo proporcional y a lo necesario. (CANARIS, Claus-Wilhelm, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*, JuS, 1989, pp. 324 y ss).

VI. OMISIÓN LEGISLATIVA VERSUS SILENCIO DEL LEGISLADOR ANTE EL DESACUERDO PROFUNDO SOBRE LA CUESTIÓN DE LA QUE DEPENDE EL BALANCE ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

No es posible pensar en omisión legislativa como si fuese omisión delante de derechos fundamentales que indudablemente requieren protección legislativa, en casos como los de la eutanasia, por ejemplo.

Situaciones como esta pueden regularse legítimamente mediante soluciones contradictorias, según la opción política del Parlamento. Pero, cuando no están regulados por la ley, no pueden ser decididas a partir del reconocimiento de una omisión por parte del legislador. Es que no se puede hablar de falta de ley cuando hay un desacuerdo popular sobre su propia viabilidad.

Se podría decir que el legislador no tiene discreción cuando se trata de derechos fundamentales que de alguna manera deben protegerse. Esto, sin embargo, es correcto solo en algunos términos. Ello es cierto cuando se tiene en cuenta un derecho fundamental sobre el que no hay dudas sobre la necesidad de una ley para proteger el derecho fundamental, como en los casos del derecho a un medio ambiente saludable y el derecho del consumidor. Pero es falso cuando la protección de la ley requiere un equilibrio que implica la resolución del desacuerdo moral que pende en la sociedad, sobre todo porque la omisión puede ser el resultado de un deseo consciente y legítimo del Parlamento.

Lo que realmente importa es que hablar de omisión en estas situaciones contradice la necesidad de que el problema, en virtud de su naturaleza, se decida a partir de la discusión popular y en el Parlamento. Este es el punto que realmente importa, de modo que cualquier eventual y excepcional acusación de omisión que pudiera admitirse tendría que ir acompañada de una carga de argumentos muy pesada, capaz de disolver la presunción de que el Parlamento no actuó porque tomó una decisión política legítima.

VII. BALANCE ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES: LOS DIFERENTES MÁRGENES Y NATURALEZAS DE LAS DECISIONES DEL LEGISLADOR Y DEL JUEZ

Los derechos fundamentales se expresan en las Constituciones utilizando fórmulas que contienen un alto grado de indeterminación y generalidad. Esto se debe a que las garantías como la libertad de expresión del pensamiento (art. 5, IV, CRFB⁸) y la libertad religiosa (art. 5, VI, CRFB), cuando se expresan lingüísticamente, son simplemente incompatibles con la posibilidad de predecir situaciones posibles, donde el derecho en sí mismo debe ceder ante una limitación frente a otros derechos o bienes fundamentales igualmente merecedores de protección.

Es cierto que algunos derechos fundamentales pueden expresarse a través de fórmulas más concisas, que revelen equilibrios ya realizados por el propio constituyente, como, por ejemplo, que dice que “nadie será sometido a tortura ni a tratos inhumanos o degradables” (art. 5, III, CRFB) o lo que afirma que “la prueba obtenida por medios ilícitos es inadmisibles en el proceso” (art. 5, LVI, CRFB). Nótese que el constituyente, al escribir el artículo III del art. 5, para evitar disputas interpretativas sobre el concepto de tortura agregó la prohibición de “tratos inhumanos o degradables”, pero la prohibición de pruebas ilegales “en el proceso” no disipa la cuestión de si es posible, en procedimientos civiles, utilizar pruebas ilícitas para la protección de otro derecho fundamental o bien digno de protección.

Los derechos fundamentales, aunque en algunas ocasiones pueden tener una mayor fuerza de “carácter definitivo” debido a los equilibrios realizados por el propio constituyente, con el objetivo de eliminar, como consecuencia, la interferencia del legislador ordinario, están marcados por una autorización implícita, tanto más o menos evidente - para su restricción o limitación -. Esto se debe al hecho de que los derechos fundamentales están diseñados naturalmente para colisionar entre sí y con otros bienes o valores que merecen la misma protección.

Por lo tanto, el equilibrio entre los derechos fundamentales no solo es frecuente, sino necesario y, por lo tanto, legítimo. El legislador establece continuamente un equilibrio entre

8 CRFB: Constitución de la República Federativa del Brasil.

los derechos fundamentales y los bienes dignos de protección. Es correcto decir, además, que la regulación y coordinación de intereses potencialmente conflictivos es una de las tareas típicas del Parlamento.⁹

Además, es seguro que, si el juez no tiene el poder de elegir el mejor medio para proteger los derechos fundamentales, ni el deber de resolver los conflictos que involucran desacuerdos morales intensos, puede equilibrar los derechos, como el derecho a la libertad de prensa y el derecho al honor – para resolver un caso conflictivo en ausencia de cualquier disciplina legal–.¹⁰

Para que el Parlamento pueda equilibrar los derechos fundamentales y bienes, es importante debatir entre los grupos, la audiencia de expertos y el análisis de la investigación destinada a aclarar los hechos, con opiniones y pronunciamientos de categorías representativas, colegios profesionales y autoridades administrativas. El Parlamento, en estas ocasiones, se enfrenta a opciones abstractamente posibles y legítimas, siendo que la decisión parlamentaria podrá representar la voluntad de la mayoría o incluso un compromiso entre la mayoría y la oposición, pero siempre una opción política legítima del Poder estatal, cuya incumbencia es precisamente coordinar y regular eventuales desajustes entre los derechos fundamentales.¹¹

Pero es importante recordar que, si bien el legislador ostenta un amplio margen de maniobra entre las prohibiciones de la insuficiencia y el exceso en la protección de los derechos fundamentales, el juez solo tiene el control de la insuficiencia y el exceso. Nada más, como explica Canaris.¹²

Como ya se dijo, el juez, en una acción colectiva, no puede elegir la forma de protección de un derecho fundamental, sino solo determinar la forma de protección que configura la menor restricción posible. Algo que haga ver más que eso es suficiente para que la decisión judicial sea ilegítima. Así, por ejemplo, si el derecho fundamental al medio ambiente no está protegido por ley contra una forma específica y particular de agresión ambiental, el

9 PINO, Giorgio, *Diritti e interpretazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 180 y ss.

10 Como dice Riccardo Guastini, la ponderación no es una operación estrictamente interpretativa. La ponderación, al final, “no tiene como objetivo la atribución de significado a las disposiciones que expresan principios en conflicto, sino que constituye un juicio de valor comparativo” (GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid, 2010, p. 91). No obstante, precisamente, la ponderación puede ser vista como una actividad y como un producto, siendo este último la expresión del juicio formado a partir del desarrollo de la actividad de ponderar.

11 PINO, Giorgio, *op. cit.*, p. 180.

12 CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos fundamentais e direito privado*, *op. cit.*, p. 332.

juez obviamente no puede prohibir la continuación de la actividad comercial cuando la determinación de hacerlo es suficiente para evitar la continuación de la violación.

Sin embargo, el Estado también tiene el deber de proteger los derechos fundamentales mediante beneficios fácticos. En este caso, se hace referencia al deber del Estado de hacer posible el disfrute y el acceso a los derechos o bienes fundamentales para el desarrollo de la vida humana, estrictamente a aquellos que no tienen propias condiciones financieras para acceder a ellos. Además de estar sujeto a lo políticamente oportuno y apropiado, el deber de tutela aún encuentra un obstáculo en la llamada “reserva de lo posible”.

Ningún juez, en una acción colectiva, puede ordenar al Estado que haga o entregue algo sin una determinación normativa previa, a menos que pueda demostrar racionalmente que la omisión, además de negar un derecho fundamental, está causando un daño insoportable y al mismo tiempo grave a las personas. Si la reserva de lo políticamente oportuno y adecuado no evitaría que el juez ordene o haga “lo mínimo” para el disfrute del derecho fundamental, la coordinación y gestión del gasto público es algo que, en principio, no puede ser eliminado del poder político y entregado al Poder Judicial.

Vale la pena decir que, en una acción colectiva, la legitimidad de la decisión que determina la construcción de una obra o la entrega de medicamentos está subordinada a la demostración de i) la existencia de un derecho fundamental al que no se puede acceder fácilmente a través de los patrimonios financieros de las personas; ii) el incumplimiento por parte del Estado de proporcionar acceso al derecho fundamental, iii) daños insoportables y graves debido a la imposibilidad de acceso al derecho fundamental; iv) el deber del Estado de utilizar el dinero público para hacer factible el ejercicio de los derechos fundamentales; y v) determinación de la medida menos perjudicial.

Finalmente, es realmente importante darse cuenta de que los diferentes límites impuestos a las decisiones del legislador y el juez se derivan de la naturaleza diversa del poder que ejercen ambos. La legislatura tiene el poder de elegir entre varias medidas que sean apropiadas y apropiadas de acuerdo con las opciones políticas y culturales de los parlamentarios y, sobre todo, debe ser consciente de cómo el administrador puede y quiere gastar dinero, sin dañar los derechos fundamentales.

Sin embargo, el Poder Judicial no ejerce el poder político, no es políticamente responsable, y por eso no tiene el espacio para elegir lo que considera mejor o más apropiado, ni siquiera para definir qué es lo que más necesita la población y cuánto implica monetariamente. Le cabe, para proteger un derecho fundamental, determinar la medida menos dañina posible y hacer posible el acceso a un derecho, y antes de decidir también imponer la medida menos dañina, analizar si realmente existe un derecho fundamental que no está siendo disfrutado por las personas o si el ejercicio de este derecho es esencial para evitar daños insoportables y graves y si el Estado tiene el deber de gastar sus recursos para hacer posible el ejercicio del derecho fundamental.

VIII. EL CONTROL DE LA LEY QUE REALIZA EL BALANCE ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES: LA PROHIBICIÓN DEL META-BALANCE Y EL LUGAR DE LA PROPORCIONALIDAD

No hay duda de que el legislador está obligado sin mediación a los derechos fundamentales.¹³ Pero eso no significa que pueda regularlos sin ninguna medida o límite. Cuando lo hace, la ley es inconstitucional. Pero esto es así porque el legislador viola la prohibición del exceso o presenta tutela insuficiente.

Ciertamente, esto no significa que una ley que equilibre los derechos fundamentales solo pueda decirse que es inconstitucional cuando hay protección excesiva e insuficiente. Se puede decir que una ley es inconstitucional, a cierta distancia de estas últimas reglas de control, cuando la justificación de la restricción difiere de lo que es razonable o racional en términos constitucionales y, por lo tanto, la restricción es arbitraria o abusiva. Así, por ejemplo, la ley que prohíbe la venta de libros con contenido que cuestiona la conducta de las autoridades públicas o que expone y defiende ciertas conductas personales o posiciones ideológicas o religiosas – ciertamente desagradables para la mayoría –.

Fuera de eso, después de sopesar al legislador, no hay razón para diferir al juez una oportunidad para un nuevo equilibrio, dirigido a una nueva oportunidad de elección u opción, siempre capaz de ser fácilmente dicha o más adecuada, pero nunca susceptible a demostrarse como tal de manera

13 CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., pp. 238-239.

objetiva o libre de subjetividad, aún más cuando el control de constitucionalidad se otorga a cualquier juez y puede reflejarse en una decisión que produce *res judicata erga omnes* o *ultra partes*, como las que protegen intereses difusos y colectivos.

Teniendo en cuenta las leyes que restringen los derechos fundamentales en nombre de una justificación constitucional e insospechada, no hay compatibilidad entre el reequilibrio judicial (o meta-balance) y la democracia. En situaciones de equilibrio legislativo anterior de derechos fundamentales, como dice Jorge Reis Novais, “un juez que cumple con los límites de la función judicial, naturalmente, tiende a no hacer inviables las decisiones tomadas por el poder político democráticamente legítimo, siempre que no parezcan evidentes o contrarias a los valores constitucionales”.¹⁴ Esto es especialmente cierto en caso de desacuerdos morales, leyes para proteger los derechos fundamentales y leyes diseñadas para hacer viable el acceso a los derechos fundamentales, que, por regla general, además de proteger los derechos, requieren el gasto de dinero público.

Para Pino, en los conflictos indirectos – es decir, aquellos ya mediados por una norma legislativa del conflicto – junto con los derechos de colisión, la solución legislativa del conflicto también es importante, lo que significa que la renovación del equilibrio no debe tener en cuenta solo los derechos en conflicto, sino también el principio democrático, el principio de legalidad, el principio de certeza, etc., que contribuyen a dar mayor peso a la norma legislativa del conflicto, es decir, a la ley.¹⁵

Frente al peso que le da a la solución del legislador, reforzada por los principios mencionados anteriormente, Pino termina sin admitir un reequilibrio real de los derechos. Y esto se vuelve más claro cuando dice que, en el caso de conflictos indirectos, la técnica utilizada para desarrollar el meta-balance es la prueba de proporcionalidad, y agrega que “un buen equilibrio es un equilibrio que no determina un sacrificio desproporcionado a un los dos derechos o principios en conflicto”.¹⁶

Como podemos ver, el problema está en saber cuál es la sustancia del razonamiento judicial y la conclusión que se llama meta-balance. Ahora, Pino dice textualmente que el

14 REIS NOVAIS, Jorge, *op. cit.*, p. 247.

15 “nel meta-bilanciamento i due diritti o principi in conflitto non sono su un piede di parità: il fatto che uno dei diritti o principi in conflitto sia già stato considerato recessivo da parte del legislatore condiziona lo svolgimento del meta-bilanciamento” (PINO, Giorgio, *op. cit.*, p. 203).

16 *Ibidem*, p. 204.

equilibrio se lleva a cabo a través de la proporcionalidad y, al mismo tiempo, hace uso de la conocida estructura tridimensional de proporcionalidad,¹⁷ es decir, de las tres fases o subreglas en las que se le pregunta al respecto) adecuación (para algunos, idoneidad); ii) necesidad y iii) proporcionalidad en sentido estricto, en términos del ya extendido lenguaje alexyano.

Resulta que la proporcionalidad, en el caso de un equilibrio legislativo previo, no puede darle al juez la oportunidad de reequilibrar los derechos en conflicto, máxime después de que se constató que las pruebas de necesidad e idoneidad fueron superadas. La teoría de los derechos fundamentales como principios, debida a Alexy,¹⁸ al insertar la proporcionalidad en sentido estricto como una tercera prueba, después de haber superado las de idoneidad y necesidad, le da al juez el poder de negar el equilibrio ya realizado por el legislador basado en una gran subjetividad¹⁹.

En un caso de acción de clase, el juez no puede negar una elección política legítima del legislador. Por lo tanto, no puede rechazar, por ejemplo, i) la prohibición o aprobación de la instalación de baños para el tercer género en las escuelas públicas; ii) la admisibilidad o prohibición de los hospitales públicos para llevar a cabo transfusiones de sangre, lo cual es esencial para mantener la vida, cuando el paciente o sus familiares lo rechazan por razones religiosas; iii) la prohibición de ciertas investigaciones científicas con embriones, basadas en el derecho a la vida; iv) determinar el uso de ciertos equipos, y no otros, para la protección de los trabajadores que realizan ciertas actividades; v) la distribución gratuita de ciertos medicamentos, y no otros, a la población necesitada.

Por lo tanto, si por un meta-balance de derechos fundamentales se entiende aquella práctica que le da al juez el poder de elegir nuevamente entre las formas para la regulación de la vida social, entre los medios para proteger los derechos fundamentales y entre las formas de permitir que sean accesibles para las personas, el Poder Judicial tiene prohibido hacerlo. Y todavía: la proporcionalidad, en esta situación, no debe confundirse

17 *Ibidem*, pp. 205-206.

18 ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002; ALEXY, Robert, Constitutional rights, balancing and rationality, *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003.

19 Como escribe Jorge Reis Novais, al contrario de la opinión que prevalece en la doctrina, particularmente en la que está de acuerdo con la teoría de los conflictos fundamentales como principios, no solo es incorrecto identificar la proporcionalidad con ponderación, sino que no es adecuado entender que la ponderación pueda ser una tercera fase de la proporcionalidad, como sustentan los que siguen la teoría de Alexy. (REIS NOVAIS, Jorge, op. cit., p. 249).

con el equilibrio, sino que debe usarse solo para el análisis y la verificación del posible exceso en la superposición de un derecho sobre el otro, aunque el valor de los derechos fundamentales en conflicto de alguna manera pueda ser considerado para la aplicación de estas reglas.

En el control judicial de la ponderación legislativa el problema no está en razonar para llegar a una conclusión sobre la colisión entre los bienes, sino en verificar si la medida que definió el legislador al equilibrarlos es desproporcionada y, por lo tanto, inconstitucional. Especialmente porque, como escribe Reis Novais, cuando hay un caso relativamente difícil o complejo, una situación en la que la aplicación de una teoría adecuada de los derechos fundamentales parece necesaria, “la simple ponderación de los activos no permite, en principio, ninguna conclusión verificable intersubjetivamente. “Esto es así” porque cualquiera de los bienes tiene, en resumen, una relevancia que permite, sin un gran esfuerzo de razonamiento, justificar la preferencia por uno u otro resultado”.²⁰

Sin embargo, queda un problema más, en relación con lo que el juez puede hacer al aplicar las reglas de prohibición del exceso y la protección insuficiente. Al analizar la prohibición del exceso, ¿está el juez autorizado solo a verificar que no haya otra medida que, también adecuada, sea menos restrictiva? Y en caso de prohibición de insuficiencia ¿debería el juez analizar únicamente si la medida definida en la ley es insuficiente porque existe otra medida adecuada? O en cualquiera de estas situaciones (prohibición de exceso e insuficiencia), ¿el juez puede considerar la medida impuesta por la ley en relación con otra en vista de la cantidad de pérdida de beneficios presentada por uno y otro y, por lo tanto, no aplica la disposición legislativa, incluso si no hay otro menos restrictivo o realmente adecuado, pero el beneficio o la pérdida impuesta por la ley es extremadamente alto y, por lo tanto, desproporcionado frente a medidas alternativas?

El pronóstico de demolición frente a una fábrica que produce desechos contaminantes es claramente excesivo cuando se puede detener la contaminación instalando filtros. Del mismo modo, la disposición para el uso de equipos de protección desprovistos de la capacidad de proteger al trabajador en el entorno particular en el que trabaja es indudablemente

20 REIS NOVAIS, Jorge, *op. cit.*, pp. 247-248.

insuficiente, lo que abre la oportunidad de exigir al empleador que suministre el equipo adecuado.

Por otro lado, no es apropiado determinar, en una decisión emitida en una acción colectiva, que el empresario instale filtros anticontaminantes que serían más adecuados que otros, igualmente adecuados en términos de requisitos legales o autoridad administrativa. En principio, la medida tampoco puede ser excesiva ya que, aunque es más restrictiva que otra, es la única capaz de proteger la ley ambiental.

Sin embargo, si el legislador previese, por casualidad, frente al derecho al medio ambiente y al derecho a la propiedad, la posibilidad de utilizar tutelas inhibitorias, tutelas inhibitorias anticipadas (que pueden otorgarse antes de la contestación del demandado) y de tutela resarcitoria, no sería posible afirmar que la medida cautelar es desproporcionada al argumento de que la tutela resarcitoria traería menor restricción al derecho de propiedad. La protección inhibitoria es obviamente esencial para la protección del derecho al medio ambiente y, en general, de los derechos no patrimoniales. Por lo tanto, negar una medida inhibitoria frente a una tutela resarcitoria, en este caso, es simplemente negar la protección jurisdiccional a un derecho fundamental, fallando de esta manera en proteger tanto el derecho al medio ambiente como el derecho a una protección judicial efectiva.

Y ni siquiera sería posible negar la posibilidad de una tutela inhibitoria antes de la audiencia del acusado, bajo el argumento no solo de restringir el derecho a la propiedad, sino también de limitar el derecho al contradictorio (art. 5, LV, CRFB). Es que la tutela inhibitoria *inaudita altera part* es indispensable para la protección de los derechos que no pueden esperar el tiempo necesario para la contestación o contradicción, lo que constituye postergación del contradictorio, en hipótesis, una forma indispensable para la realización del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.²¹

21 No hay cómo imaginar que las tutelas anticipadas de inhibición y de remoción del ilícito siquiera puedan tener como presupuesto la probabilidad de daño, no obstante, el art. 300 del Código de Proceso Civil (CPC) use exactamente esta expresión para definir los requisitos para el requerimiento de tutela anticipada. Eso no solo porque el derecho material obviamente se impone sobre las fórmulas procesales, sino también por la circunstancia de que el legislador muchas veces imagina que puede diseñar técnicas procesales neutras en relación a las necesidades del derecho sustancial. Déjese claro que la tutela inhibitoria anticipada requiere la probabilidad de la práctica de acto contrario al derecho, al paso que la tutela de remoción anticipada requiere la probabilidad de que un acto contrario al derecho ya haya sido practicado. Véase: MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*, 7ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019.

Esta forma de razonamiento abierta al juez, diferente de la realizada para el logro de pruebas de aptitud y necesidad, como etapas de proporcionalidad alexyana, aunque no se limita a la posibilidad de señalar que una medida no es adecuada (insuficiente) o no es necesaria (excesiva), no es un equilibrio o balance entre bienes o derechos.

IX. CONCLUSIONES

El tema del contramayoritarismo tiene importancia para el ajuste del poder de control de constitucionalidad, impidiéndose, así, la sobreposición del Poder Judicial sobre el Parlamento en situaciones conflictivas con la teoría democrática.

En esa perspectiva, los desacuerdos intensos de naturaleza ética, moral, religiosa y de ideología política, al pertenecer al pueblo, no deben ser resueltos, revisados o invalidados por aquellos que no tienen responsabilidad directa ante la población. Del mismo modo, las opciones o elecciones políticas que deben ser hechas por el legislados para la protección y la promoción de los derechos fundamentales no pueden ser realizadas por el Juez, ni siquiera en casos de omisión o insuficiencia de protección al derecho.

De cualquier forma, un discurso que cuestiona la supremacía judicial con base en los valores de democracia no es incompatible con el control de inconstitucionalidad por omisión o insuficiencia de tutela. Al final, sustentar que el Poder Judicial no debe dar la última palabra sobre toda y cualquier cuestión que involucra derechos fundamentales no contradice la posibilidad de que el juez pueda suprimir la falta o insuficiencia de protección legal a un derecho fundamental.

La diferencia de margen entre las decisiones del legislador y del juez deriva de la diversa naturaleza del poder ejercido por ambos. El legislador puede optar entre varias medidas aptas y adecuadas conforme a sus opciones políticas y culturales y debe estar atento al modo cómo el administrador puede y desea gastar el dinero. El juez, no obstante, ni siquiera puede ser responsabilizado políticamente y, por ello mismo, no tiene a su disposición espacio para escoger lo que repute ser mejor o más adecuado, ni para definir lo que la población necesita o el dinero que ello comporta.

El Poder Judicial, para proteger un derecho fundamental, puede apenas determinar la medida de menor lesividad y, para viabilizar el acceso a un derecho y antes de igualmente optar por la medida menos lesiva, analizar si efectivamente existe un derecho fundamental que no puede ser disfrutado por las personas, si el ejercicio de este derecho es imprescindible para evitar un perjuicio grave y si el Estado tiene el deber de dirigir sus recursos para tornar factible el ejercicio del derecho fundamental.

Además, y por consecuencia de la propia diversidad del poder ejercido por el Legislativo y el Judicial, el juez no debe pensar y fundamentar su decisión basado en datos desvinculados de las reglas y principios jurídicos. Argumentos que apelan a la insensibilidad política de los parlamentarios y de los administradores públicos y que expresan preocupaciones cargadas de fuerza ideológica no pueden dar fundamentación a la decisión judicial, bajo pena de eventual nulidad o, cuando ello no ocurre, de ejercicio inadecuado del poder.

Frente a la ley que restringe el derecho fundamental puede haber incompatibilidad entre el meta-balance judicial y la democracia. Al lado de las leyes basadas en justificativas inconstitucionales o sospechas de ello, el juez no puede efectuar nuevamente el balance ya realizado por el legislador. Controlar la ponderación legislativa lejos está de balancear o equilibrar para optar entre uno de los derechos en colisión, resumiéndose especialmente a pensar para verificar si la medida que el legislador definió al equilibrarla es desproporcional.

La permisión para el control de proporcionalidad a partir de la consideración de los beneficios-prejuicios traídos por la medida impuesta por el legislador y por otra eventual medida que sería adecuada no otorga al Judicial el poder para repetir el balance o equilibrio ya realizado por el Legislativo.

En realidad, esta forma de razonamiento abierta al juez no es un equilibrio entre bienes o derechos. De ello la necesidad de distinguir entre meta-balance y proporcionalidad para situar mejor las relaciones entre el Legislativo y el Judicial, evitando así que las decisiones que tutelan intereses transindividuales sobrepasen los límites de la relación armónica entre los derechos fundamentales y la democracia.

TRABAJOS CITADOS

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2003). *Constitutional rights, balancing and rationality* (Vol. 16). Ratio Juris.
- Bickel, A. (1986). *The least dangerous branch*. New Haven: Yale University Press.
- Böckenförde, E. W. (1991). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta.
- Canaris, C.-W. (1989). *Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*. JUS.
- Canaris, C.-W. (2003). *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha, Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Canaris, C.-W. (2003). *Direitos fundamentais e direito privado*. Almedina: Coimbra.
- Dworkin, R. (2000). *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Massachusetts: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (s.f.). *What's Equality? Part 4: Political Equality* (Vol. 22). University of San Francisco Law Review.
- Ely, J. H. (1981). *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press.
- Ferreres Comella, V. (2012). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta.
- Hesse, K. (1998). *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris.
- Marinoni, L. G. (2019). *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito* (7º ed.). São Paulo: Revista Dos Tribunais.
- Monaghan, H. P. (1983). *Our perfect Constitution*. New York Law Review.
- Pino, G. (2010). *Diritti e intepretazione*. Bologna: Il Mulino.
- Reis Novais, J. (2019). *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora.
- Scalia, A. (1988). *A matter of interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton University Press.

Sunstein, C. (1987). *Lochner's Legacy*. Columbia Law Review.

Tribe, L. (2008). *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press.

Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press.