

Institucionalización de la razón y representación argumentativa: la crítica del constitucionalismo garantista

Institutionalization of reason and argumentative representation: the critics of guarantee-constitutionalism

Por FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Universidad Carlos III de Madrid*

RESUMEN

En este trabajo me propongo analizar los aspectos más relevantes de la propuesta de Robert Alexy en relación con la idea de representación argumentativa. Como elemento de contraste tomaré como referencia la crítica que Luigi Ferrajoli ha desarrollado en relación con las potencialidades representativas –y, por tanto, legitimadoras– de la argumentación. Con ello podremos reflexionar no sólo sobre las tensiones internas al modelo jurídico-político del constitucionalismo sino también sobre las divergencias entre distintas interpretaciones doctrinales del modelo constitucionalista.

Palabras clave: *Representación argumentativa, constitucionalismo garantista, constitucionalismo principalista, principios.*

* Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid. Agradezco a Rafael de Asís, María del Carmen Barranco, Patricia Cuenca, Javier Dorado y Paola Chiarella, los comentarios recibidos sobre una primera versión del trabajo. También he tenido la oportunidad de presentar y discutir el trabajo con los estudiantes participantes en el Taller de Interpretación y Argumentación del Instituto Bartolomé de las Casas.

ABSTRACT

In this paper I pretend to analyze the most relevant aspects about Robert Alexy proposal regarding to the idea of argumentative representation. As an contrasting element I will take as reference the criticism that Luigi Ferrajoli has developed in relation to the potential of representation and legitimation of argumentation. Thus, we can consider some ideas and think about the internal tensions of the legal-political model of constitutionalism but also on the diversity of the doctrinal studies and interpretations of the constitutionalist model.

Keywords: Argumentative representation, guarantee-constitutionalism, principle-constitutionalism, principles.

SUMARIO: 1. PREMISA.—2. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA RAZÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES.—3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y REPRESENTACIÓN ARGUMENTATIVA.—4. EL GARANTISMO Y LOS LÍMITES DE LA REPRESENTACIÓN.—5. IUSNATURALISMO, NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y JERARQUÍA DE FUENTES.—6. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. PREMISE.—2. INSTITUTIONALIZATION OF REASON AND FUNDAMENTAL RIGHTS.—3. CONSTITUTIONAL COURT AND ARGUMENTATIVE REPRESENTATION.—4. THE GUARANTEE AND THE LIMITS OF REPRESENTATION.—5. JUSNATURALISM, NORMATIVITY OF THE CONSTITUTION AND HIERARCHY OF SOURCES.—6. CONCLUSIONS.

1. PREMISA

El constitucionalismo democrático ocupa un lugar preferente en la teoría del Derecho diseñada por Robert Alexy. Su discurso sobre los derechos fundamentales, a partir de la *Theorie der Grundrechte* de 1986 se desarrolla en ese escenario. No obstante, la aproximación que hace al sistema jurídico del constitucionalismo no huye de la constatación de determinadas dimensiones problemáticas. Por poner un primer ejemplo, podemos pensar en el carácter abierto del sistema jurídico como consecuencia de la ponderación a la que obligan las normas de derechos fundamentales en su dimensión de principios². Pero entre esos problemas existe uno, «insoslayable y permanente», en palabras del propio Alexy. Es el de la colisión entre el principio democrático y los derechos fundamentales; o, en otros términos, «el problema de la

² Vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, rev. de R. Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 525.

distribución de competencias entre el legislador parlamentario legitimado democrática y directamente como así también responsable –en el sentido de la destituibilidad electoral– y el Tribunal constitucional sólo indirectamente legitimado democráticamente y no destituible electoralmente»³. Caracterizar el problema como insoslayable y permanente parece bien expresivo del carácter central del problema: en efecto, es un problema que, de un lado, no se puede evitar y, de otro, no se puede resolver de una vez por todas.

Pues bien, el problema de la justicia constitucional presenta una relevancia no sólo desde el punto de vista de la dogmática constitucional, sino también desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho. En efecto, es posiblemente la más clara manifestación, en términos jurídicos contemporáneos, del que es el principal tema de la Filosofía del Derecho: el de la tensión entre las dos dimensiones básicas del Derecho, la razón y la voluntad, entre corrección y positividad⁴, «*antico, ricorrente conflitto (...) che fin dall'antichità attraversa l'intera filosofia giuridica e politica*»⁵. El propio Alexy es bien consciente de la centralidad de esta cuestión que en su teoría se vincula directamente a la naturaleza dual del Derecho, la fáctica y la ideal⁶: «*Two properties are essential for law: coercion or force on the one hand, and correctness or rightness on the other. The first concerns a central element of the social efficacy of law, the second expresses its ideal or critical dimension. It is the central question of legal philosophy to ask how these two concepts are related to the concept of law and through it, to each other. All –or at least nearly all– questions of legal philosophy depend on the answer to this question*»⁷.

Pero si pasamos de los problemas del constitucionalismo a sus rasgos, observamos que entre los principales nos encontramos con la presencia de los derechos fundamentales en el Ordenamiento, que desarrollan un «efecto irradiación» que permea todos los ámbitos del mismo. De ahí se derivan determinadas consecuencias, entre las que se encuentra la referida a la necesidad de limitar los contenidos del Derecho ordinario. Afirmar que el sistema jurídico está materialmente determinado por la Constitución⁸ implica reconocer que, si bien la Constitución –que es la Constitución de los derechos– no tiene una capacidad de determinar totalmente el contenido del Derecho, lo que

³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 433.

⁴ Vid. ALEXY, R., «Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho», trad. de A. D. Oliver-Lalana, *Doxa* n.º 32, 2009, p. 78 (original: *Hauptelemente meiner Philosophie des Rechts*).

⁵ FERRAJOLI, L., *La lógica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016, p. 236.

⁶ Vid. ALEXY, R., «On the Concept and the Nature of Law», *Ratio Juris*, vol. 21, n.º 3, 2008, pp. 281-299.

⁷ ALEXY, R., «The Nature of Legal Philosophy», *Ratio Juris*, vol. 17, n.º 2, 2004, p. 163.

⁸ Vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 525.

sí hace es excluir aquellos contenidos que se consideran constitucionalmente imposibles (por contrarios a la Constitución), y exigir aquellos otros que la Constitución establece como necesarios. Pues bien, la limitación del Derecho ordinario implica la articulación de mecanismos de defensa de la Constitución. Y en un contexto democrático, como el del constitucionalismo, el problema de la justificación y legitimación de esos mecanismos –entre los que destaca el recurso al Tribunal constitucional– salta al primer plano de la reflexión.

La propuesta de Alexy es aquella que consiste en defender la viabilidad de una representación argumentativa que legitima la posición y la actividad del Tribunal constitucional en el Ordenamiento jurídico del Estado constitucional. En este trabajo me propongo analizar los aspectos más relevantes de la propuesta de Alexy, que adquiere sentido en el marco más general de la teoría discursiva del Derecho. Como elemento de contraste tomaré como referencia la crítica que Luigi Ferrajoli ha desarrollado en relación con las potencialidades representativas –y, por tanto, legitimadoras– de la argumentación. Con ello podremos reflexionar no sólo sobre las tensiones internas al modelo jurídico-político del constitucionalismo (a las que ya hemos aludido), sino también sobre las divergencias entre distintas interpretaciones doctrinales del modelo constitucionalista.

2. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA RAZÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Como he señalado, Robert Alexy ha defendido una idea del Derecho que presenta una doble naturaleza: real o fáctica e ideal o crítica. En la primera dimensión, se incluye la referencia a la legalidad y a la eficacia, mientras que en la segunda la atención se centra en la corrección moral. La indeterminación de esta dualidad tiende a desaparecer a través de la inclusión de estas dimensiones en un sistema; dicha inclusión es presentada por el propio Alexy como un caso de institucionalización de la razón. Esta institucionalización, se presenta con una forma y unas exigencias determinadas, no compatibles con cualquier modelo jurídico-político. Cuando Robert Alexy nos propone un modelo de institucionalización de la razón, está pensando en el constitucionalismo democrático.

Los derechos fundamentales son la expresión de la institucionalización de la razón. Alexy señala tres conceptos de derecho fundamental: formal, sustancial y procedimental⁹. El primero, el formal, es el que se emplea para hacer referencia a los derechos que tienen una

⁹ Vid. ALEXY, R., «La teoría del discurso y los derechos fundamentales», en Menendez, A. J., Eriksen, E. O., (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 29 y ss.

presencia constitucional y que están protegidos mediante un determinado sistema de garantías. El propio Alexy señala que este concepto, siendo útil, no es suficiente a la hora de comprender en su extensión y relevancia todos los aspectos de la naturaleza de los derechos. Precisamente, estas insuficiencias pueden superarse recurriendo a un concepto sustancial. El concepto sustancial de derechos fundamentales está constituido, en realidad, por el concepto de derecho humano. Para Alexy, los derechos humanos presentan determinadas características, que permiten diferenciarlos de otros derechos: universalidad, validez moral, fundamentalidad, abstracción y prioridad¹⁰. Estamos frente a unos rasgos que se predicán de los derechos en su dimensión moral. Estas características, en efecto, distinguen a los derechos humanos otorgándoles un valor que justifica su positivación, su institucionalización jurídica.

Esta institucionalización jurídica supone la transformación de los derechos humanos en derecho positivo. Alexy piensa en una transformación necesaria y para ello propone tres argumentos: el del cumplimiento, el del conocimiento, y el de la organización¹¹. Por una parte, la positivación de los derechos no asegura la eficacia, el cumplimiento de los mismos: el valor moral no es condición suficiente de la efectividad de los derechos. Eso explica la existencia de un «derecho humano al Estado», capaz de generar y hacer operativos mecanismos de defensa y protección de los derechos. Además, la puesta en marcha de mecanismos coercitivos, permite –de un lado– evitar la desigualdad que, en ausencia de los mismos, se produciría entre aquellos que respetan los derechos y aquellos que no lo hacen; de otro, permite maximizar la utilidad, ya que favorece la coexistencia frente a la alternativa de la guerra de todos contra todos que derivaría del recurso a la auto-defensa como consecuencia de la inexistencia de mecanismos de coerción por encima de las voluntades individuales. Por otra parte, el carácter abstracto de los derechos exige una concreción, sin la cual no es posible un conocimiento de los mismos. Esa concreción permite salvar las dificultades derivadas de la necesaria interpretación y ponderación. En fin, la existencia, junto a los derechos negativos, de los derechos positivos explica la necesidad del Estado entendido como

¹⁰ Vid. ALEXY, R., «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático», trad. de C. Añaños Meza, *Derechos y Libertades*, n.º 8, 2000, pp. 21 y ss (original: «Die Institutionalisierung der Menschenrechte in Demokratischen Verfassungsstaat», en *Philosophie der Menschenrechte*, ed. G. Lohmann/S. Gosepath, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998); *id.*, «¿Derechos humanos sin metafísica?», trad. de E. R. Soderó, *Doxa*, n.º 30, 2007, pp. 237 y ss. (original: «Menschenrechte ohne Metaphysik?», publicado en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 52 (2004), pp. 15-24).

¹¹ Vid. ALEXY, R., «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático», cit., pp. 31 y ss.; *id.*, «My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason», Wintgens, L. J. (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1999, pp. 32-33.

organización jurídica sin la cual no es posible pensar en la satisfacción de éstos.

De esta manera, el recurso a la idea de derecho humano, ofrece a los derechos fundamentales un elemento de certeza y estabilidad, que los protege frente a las decisiones políticas y a las propuestas doctrinales, evitando que cualquier propuesta pueda ser convertida en un derecho fundamental. Señala Alexy: «...el fundamento de los derechos fundamentales pasa a ser en esencia la justificación de los derechos humanos»¹². Esto parece especialmente relevante desde el momento en que los derechos humanos se convierten en el referente crítico desde el cual observar y valorar la posición de los derechos fundamentales en el Ordenamiento. Así, los derechos humanos ocuparán una posición de moral crítica frente a la moral positivizada que se manifiesta en los derechos fundamentales.

Por otra parte, los derechos fundamentales carecen de un fundamento independiente del de los derechos humanos. En este sentido, siempre y cuando asumamos una posición no escéptica (ya que el escepticismo va a negar la posibilidad de una justificación de las normas de derechos humanos –entendidas como normas morales–), es posible pensar en diversas propuestas fundamentadoras. Alexy propone combinar las ventajas de dos modelos de fundamentación: el existencial y el explicativo. De acuerdo con el primero, se afirma la naturaleza discursiva de los seres humanos. En efecto, la participación en el discurso se presenta como la forma de vida general de las personas. No es fácil imaginar una renuncia generalizada a la intervención en la práctica discursiva por parte de los individuos. La fundamentación explicativa, toma como referencia la praxis discursiva en la que participan las personas y que consiste en afirmar, preguntar, aducir. Dicha praxis implica la existencia de unas reglas de igualdad y de libertad que posibilitan la participación en el discurso. Pero la participación en el discurso no implica necesariamente que la persona tenga reconocida su libertad e igualdad. Como Alexy señala con razón, «se puede discutir con esclavos»¹³. Por eso se exige el reconocimiento del participante en el discurso como un ser autónomo, es decir, una persona que se guía por reglas que considera correctas tras una evaluación. Y, a partir de ahí, se desarrolla una cadena argumentativa compuesta por conceptos que se implican: «Quien reconoce al otro como autónomo, lo reconoce como persona. Quien lo reconoce como persona, le atribuye dignidad. Quien le atribuye dignidad, reconoce sus derechos humanos»¹⁴.

Por su parte, el concepto procedimental es expresión de la dimensión problemática de los derechos desde el momento en que los dere-

¹² ALEXY, R., «La teoría del discurso y los derechos fundamentales», cit., p. 32.

¹³ ALEXY, R., «¿Derechos humanos sin metafísica?», trad. de E. R. Soderó, *Doxa*, n.º 30, 2007, p. 243.

¹⁴ ALEXY, R., «¿Derechos humanos sin metafísica?», cit., p. 244.

chos se presentan como un límite frente a las decisiones de la mayoría, manifestando una dimensión limitativa de la democracia. Esta dimensión limitativa sólo es posible desde el momento en que los derechos humanos, a través de un proceso de institucionalización, se convierten en derechos fundamentales.

3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y REPRESENTACIÓN ARGUMENTATIVA

Una vez que los derechos han adquirido naturaleza constitucional, surgen los problemas vinculados a la justificación de los mecanismos institucionales de control de la democracia constitucional. Son básicamente problemas en relación con la justificación del control de constitucionalidad. Para Alexy, el control de constitucionalidad es necesario desde el momento en que cabe la posibilidad de que el legislador –que es el poder público que está encargado de garantizar los derechos en primer lugar– viole la Constitución.

Alexy es consciente de que la necesidad teórica de la existencia del Estado para asegurar los derechos, explicada a través de los argumentos del cumplimiento, del conocimiento y de la organización, no necesariamente tiene un reflejo directo en la realidad. Es decir, el Estado puede suponer, y de hecho supone, una amenaza para los derechos¹⁵. Por ello, el Estado compatible con los derechos debe adecuarse a las exigencias del Estado constitucional democrático.

El Estado constitucional democrático es el resultado de la superación sucesiva del Estado formal de Derecho y del Estado democrático de Derecho. En la caracterización que nos ofrece Alexy, el primero incluye como elemento principal la separación de poderes, condición necesaria e irrenunciable de la viabilidad jurídica de los derechos. Pero siendo condición necesaria, la separación de poderes no es condición suficiente, ya que la misma es compatible con la inexistencia de la vinculación legislativa a los derechos. Eso justifica la institucionalización de los mismos, y su consecuente conversión en derechos fundamentales. La constitucionalización de los derechos obliga a plantear la cuestión del control del legislador. En efecto, si los derechos tienen rango constitucional están supraordenados a las decisiones del legislador. Pero para que la anterior afirmación tenga reflejo en la realidad, hace falta establecer estrategias de control de la voluntad del legislador. Alexy propone pensar en dos posibilidades: un control a través de un proceso democrático (en una estrategia de «auto-sanación» de la democracia¹⁶), o un control a través de un Tribunal

¹⁵ Vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 189 y ss.

¹⁶ Vid. ALEXY, R., «Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho», cit., p. 80.

constitucional. En el primer caso, el resultado sería la conformación de un Estado democrático de Derecho, mientras que en el segundo estaríamos frente a un auténtico Estado constitucional democrático.

El Estado constitucional democrático es entendido por el autor alemán como una superación de los dos modelos anteriores. Suponer que el Estado democrático implica la culminación, en términos de garantía y realización, de los derechos, supondría admitir que las leyes son el resultado de un proceso discursivo a través del cual se ha formado el Derecho y que ha supuesto una aprobación compartida por parte de los sujetos que forman la comunidad política. Así, la democracia garantizaría los derechos y no existirían tensiones entre ambas. Pero Alexy es consciente del carácter ideal de lo anterior. Estaríamos frente a un modelo de democracia ideal que contrasta con un modelo de democracia real en el que, efectivamente, existe una tensión entre democracia y derechos, derivada del hecho de que los derechos, de un lado, son elementos configuradores del proceso democrático; pero, de otro, limitan las decisiones de la mayoría legítima. Estamos frente a un problema «insoslayable y permanente» –como ya hemos señalado– que justifica la institucionalización de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales. Y «para que la vinculación del legislador a los derechos fundamentales sea auténticamente controlada, es indispensable una jurisdicción constitucional»¹⁷. Sin embargo, para evitar los problemas vinculados a un paternalismo ejercido por los jueces que ejercen el control de constitucionalidad, hace falta insertar a la jurisdicción constitucional en el proceso democrático, lo cual va a ser posible si aquella es un elemento de reflexión del proceso político, desarrollando argumentos capaces de ser recibidos por la ciudadanía y por las instituciones: «*Discourse needs the law to gain reality, and the law needs discourse to gain legitimacy*»¹⁸.

Como es sabido, el instituto del control de constitucionalidad presenta problemas de justificación en las democracias constitucionales. Alexy es bien consciente de ello, y su propuesta es la de encuadrarlo dentro de las exigencias de la democracia deliberativa, dotando al control de constitucionalidad de un carácter discursivo: «Tal condición se cumple si la interpretación de la constitución, y especialmente de los derechos fundamentales contenidos en ella, puede concebirse como resultado de un discurso democrático general vinculado de modo más fiel a los ideales discursivos que el discurso democrático por sí solo»¹⁹. En este sentido, propone una justificación del control de constitucionalidad en el marco de un constitucionalismo discursivo en el que se produce una vinculación entre los derechos constitucionales, la ponde-

¹⁷ ALEXY, R., «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático», cit., p. 40.

¹⁸ ALEXY, R., «My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason», cit., p. 35.

¹⁹ ALEXY, R., «La teoría del discurso y los derechos fundamentales», cit., p. 40.

ración, el discurso, el control de constitucionalidad y la idea de representación. En este contexto, el problema es el de justificar por qué las decisiones del Tribunal constitucional han de imponerse sobre las del legislador. Esta imposición es el resultado de algunas circunstancias. Por una parte, es necesario admitir que desde el momento en que es posible una contradicción entre el contenido de la Constitución y el del producto normativo del legislador²⁰, surge un conflicto que es necesario resolver. Dada esa contradicción, es razonable pensar que alguien tiene que tener la última palabra en la resolución de dicha contradicción. Es posible pensar en que sea el legislador el que tenga la última palabra. Pero como es sabido el recurso al Tribunal constitucional implica optar por otra alternativa. Alternativa que exige una justificación, entre otras cosas, porque la intervención del Tribunal constitucional tiene no sólo una naturaleza discursiva, sino también autoritativa: «*The constitutional court not only says something but also does something. It typically has the power to invalidate unconstitutional acts of the parliament*»²¹. Por eso es necesario plantear el tema de la legitimidad de su actuación, desde el momento en que la actuación del Tribunal constitucional es un caso de ejercicio de la autoridad estatal. Es más, cuando Alexy reconoce la dimensión institucional/autoritativa de la actividad del tribunal constitucional, a través de la declaración de invalidez de las normas dictadas por el legislador, asume que está participando en la creación/derogación del Derecho. Precisamente por eso tiene efectos institucionales y no meramente discursivos. Desde el momento en que se constata la participación del Tribunal constitucional dentro de los esquemas de producción normativa, el problema de la justificación de su actuación es relevante. Como veremos más adelante, este argumento es utilizado por Luigi Ferrajoli para criticar la alteración de la jerarquía de las fuentes que se produce como consecuencia de esa actuación.

Pues bien, Alexy nos propone tres tipos de argumentos a la hora de justificar la prevalencia de las decisiones del Tribunal constitucional sobre las del Parlamento²².

En primer lugar, cabría pensar en un argumento formal, que en realidad es uno de los argumentos con los que Kelsen responde a la pregunta sobre quién debiera ser el guardián de la Constitución: «*nemo iudex in sua causa*»²³. Aquí, el problema importante no sería tanto el hecho de que alguien tenga que tener la última palabra, sino el

²⁰ Vid. ALEXY, R., «Balancing, Constitutional Review and Representation», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 4, 2005, p. 577.

²¹ ALEXY, R., «Balancing, Constitutional Review and Representation», cit., p. 578.

²² Vid. ALEXY, R., «Constitutional Rights, Democracy and Representation», *Rivista di Filosofia del Diritto*, IV/1, 2015, pp. 28 y ss.

²³ Vid. KELSEN, H., ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, est. prel. de G. Gasió, trad. y notas de R. J. Brie, supervisión de E. Bulygin, Tecnos, Madrid, 1995, p. 5

hecho de la necesidad de un control. La ausencia del control de constitucionalidad dejaría sin respuesta la posible violación de derechos por parte del legislador. Y parece que existen buenos argumentos para que los derechos sean protegidos frente al legislador.

Pero, antes de continuar con los argumentos de Alexy, cabría añadir también que este argumento formal supone una reivindicación de la figura del juez (en este caso del juez constitucional) como tercero imparcial con competencia para resolver el conflicto. En efecto, en el conflicto entre el Parlamento y la Constitución, aquel no es imparcial. Es un litigio que en realidad es expresión de la naturaleza conflictiva, más general, que caracteriza las sociedades humanas. Sabemos que son posibles dos mecanismos de resolución del conflicto: la autocomposición y la heterocomposición. Este último implica el recurso a un tercero que en este caso es el tribunal constitucional. Estamos, en definitiva, frente a un ejemplo más de la relevancia de la intervención del juez, en tanto que tercero imparcial, en una comprensión moderna del Derecho. En ese punto surgiría la cuestión –que no puede ser abordada aquí– referida al significado de la noción de imparcialidad en su aplicación a la función y actividad del Tribunal constitucional, ya que está vinculado a la defensa de la Constitución. Es interesante observar que la tensión entre la Constitución y el Parlamento –aunque se pueda aspirar a gestionarla en términos de equilibrio– no se puede enfocar en términos de un conflicto «entre iguales». Y ello por varias razones: desde las que tienen que ver con la legitimidad democrática (de origen) del Parlamento, hasta aquellas relacionadas con el hecho de que sea el Tribunal el que tiene la última palabra en relación con al interpretación de la Constitución.

Volviendo a la cuestión de las razones por las que hay que proteger los derechos, conviene señalar que aquí Alexy recurre a la dimensión moral de los mismos. Estamos frente al segundo argumento, el argumento sustantivo. La relevancia de los derechos constitucionales tiene que ver con su doble naturaleza. En efecto, en distintos momentos de la obra de Alexy se afirma la doble naturaleza de los derechos fundamentales, entendidos como derechos constitucionales. Por una parte, su dimensión real o institucional, que se manifiesta a través de su constitucionalización; por otra, su dimensión moral o crítica, que se identifica con el sustrato moral sobre el que se construyen los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales, antes de serlo, son derechos morales, derechos ideales –«*ideal rights*», «*valid exclusively by reason of their correctness*»²⁴– con un valor que los hace merecedores de protección. Con la positivación ese valor moral permanece, pero la normatividad de los derechos se ensancha ya que la positivación implica un plus de normatividad, de manera que si los derechos

²⁴ ALEXY, R., «Constitutional Rights, Democracy and Representation», cit., p. 30.

morales tenían un peso moral intrínseco, ahora se añade una obligatoriedad jurídica. Lo que antes era obligatorio sólo desde el punto de vista moral, ahora lo es también desde el punto de vista jurídico.

Es relevante el hecho de que en realidad –según Alexy– de acuerdo con este argumento sustancial, la razón primera de la protección de los derechos no es su naturaleza constitucional (por tanto una razón jerárquica, à la Kelsen), sino precisamente su peso moral. De manera que en la justificación del control de constitucionalidad se introduce la referencia a las razones morales. Estas parecen ser la razón última de la protección constitucional, a partir de la existencia del meta-principio de protección constitucional.

En este punto, parece interesante subrayar el peso que tienen las razones morales a la hora de justificar el control de constitucionalidad. Es un peso que parecería ser superior, o por lo menos anterior, al de las razones institucionales vinculadas a la posición de las normas constitucionales en el sistema de fuentes y al subsiguiente carácter protegido de la Constitución. Pero posiblemente más interesante es constatar la semejanza entre el razonamiento de Alexy y la posición de Carlos Nino en relación a lo que el autor argentino consideró el «teorema fundamental de la teoría jurídica».

Recordemos que según Nino, «la pregunta central de la filosofía del derecho, de la que depende una multitud de otros interrogantes, es la que se refiere a si las normas jurídicas expresan o no razones operativas autónomas para justificar acciones o decisiones, como las judiciales»²⁵. A la hora de plantear los problemas que surgen en el razonamiento práctico tendente a justificar decisiones, Nino se refiere de un lado a la indeterminación radical que presenta la Constitución a la hora de ser interpretada, y por otra parte al carácter aparentemente superfluo de esa Constitución para la justificación de decisiones en relación con asuntos o materias reguladas por ella. La Constitución histórica se muestra superflua e irrelevante en el razonamiento práctico. La superfluidad de la Constitución puede constatarse desde el momento en que ella no puede constituir la base de su propia validez. La validez de la Constitución va a estar apoyada, en este sentido, en elementos normativos superiores a la misma: «Dado que la Constitución no puede adscribir validez a otras reglas si ella misma no es válida y toda vez que ésta no puede adscribirse validez a sí misma, la Constitución no puede otorgar validez a otras reglas»²⁶. Por ello la validez de la Constitución deberá basarse en elementos valorativos

²⁵ NINO, C., *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 125. Para Massimo la Torre, la cuestión de si el Derecho es una razón normativa fuerte para la acción constituye el problema que está en el corazón de las interminables discusiones sobre la relación entre el Derecho y la moral (vid. LA TORRE, M., *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Bari, 1999, pp. 327 y ss.).

²⁶ NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de R. P. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 44.

externos al mismo sistema constitucional, de los que dependerá en última instancia el carácter obligatorio de las prescripciones constitucionales y, en definitiva, del resto de las normas jurídicas. Además, estos elementos valorativos van a ser de naturaleza moral. En este sentido, Nino acepta explícitamente la tesis del caso especial, propuesta por Robert Alexy, que permite identificar el discurso jurídico como un caso especial del discurso moral y que permite llegar a la conclusión, también, de que cuando los jueces recurren a la norma constitucional para justificar la aplicación de una norma concreta perteneciente al sistema, en realidad hacen referencia a la Constitución identificándola no como un mero hecho social, sino como una proposición moral: «... una constitución como texto o como práctica social de reconocimiento no es suficiente en sí misma para proveer fuerza obligatoria o validez a las restantes reglas del sistema jurídico. Consecuentemente, no puede por sí misma justificar decisiones basadas en esas reglas»²⁷. Para ello, señala Nino, debemos recurrir a «un principio extrajurídico, cuya adopción tiene las propiedades pragmáticas de la moral»²⁸. Si los principios morales que permiten legitimar una Constitución colman las exigencias morales a satisfacer por la Constitución, entonces ésta misma no añade nada al contenido de esos principios morales y, es más, al razonamiento práctico. El argumento propuesto por Nino es el siguiente: la legitimidad de una Constitución depende de que reconozca e incluya determinados contenidos que no son sino exigencias de ciertos principios morales. Esos contenidos, en nuestros sistemas democráticos, se identifican básicamente con derechos fundamentales. Sólo desde el momento en que se produce esa inclusión, podemos considerar que la Constitución contiene razones justificatorias de las decisiones. Pero, en realidad, a partir de ese momento, el recurso a la Constitución pierde valor (la Constitución muestra su irrelevancia), ya que esas razones justificatorias pueden encontrarse directamente acudiendo a esas valoraciones y a esos principios. De manera que «una constitución no es legítima y no puede ser empleada para justificar acciones y decisiones si ella carece de cierto contenido necesario o básico. Si incluye tal contenido, es superflua, porque las justificaciones pueden ser inferidas directamente de los principios morales que prescriben su contenido»²⁹. En definitiva, y en otros términos, si la Constitución no es legítima (no incluye determinados contenidos) no vale para justificar decisiones; y si es legítima (incluye esos contenidos) no es necesaria.

Pues bien, Robert Alexy señala que a partir del meta-principio de protección, surge la obligación de garantizar derechos, a través de la

²⁷ NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., p. 45.

²⁸ NINO, C., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994. p. 75.

²⁹ NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., p. 46.

intervención del Tribunal constitucional. Como hemos observado, dicha intervención es un caso de ejercicio de la autoridad estatal. Cuando el Tribunal constitucional dicta una sentencia, se está ejerciendo la autoridad del Estado, de la misma manera que se actúa esa autoridad cuando el Parlamento dicta una ley. Si esto es así, el problema de la legitimidad de esa intervención debe ser abordado. Es en ese momento en el que Alexy recurre al argumento procedimental basado en la idea de representación argumentativa (*argumentative representation*).

En los contextos democráticos la legitimación deriva de la representación. De manera que la legitimación del Tribunal constitucional va a derivar, de su mayor o menor carácter representativo. Es ese carácter representativo el que establece el vínculo con el pueblo. En el caso del Parlamento, el vínculo viene determinado por la existencia de elecciones. A través de las elecciones y de la posibilidad de no reelegir a los representantes, la autoridad del parlamento se somete efectivamente a control. Este es el modelo de la democracia decisionista que, según Alexy, necesita ser complementada por una concepción deliberativa de la democracia desde el momento en que el carácter democrático de un modelo no sólo depende de las decisiones, son también de los argumentos: «*An adequate concept of democracy must, however, comprise not only decision, but also argument*»³⁰.

El modelo deliberativo de democracia que propone Alexy no debería ser visto como una alternativa al modelo decisionista sino más bien como un complemento. En este sentido, la vinculación entre el Parlamento y el pueblo, no debe producirse sólo a través de mecanismos representativos; éstos deben ser complementados con la dimensión argumentativa. Y aquí radica la diferencia con la posición en la que se encuentra el Tribunal constitucional. En este caso, el Tribunal constitucional sólo puede estar legitimado por una representación argumentativa. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en el caso del Parlamento, la dimensión argumentativa ocupa una posición principal frente a la dimensión decisionista, determinante en aquel caso.

En su defensa de la representación argumentativa, Alexy es bien consciente del peligro de una idealización de sus virtudes, de la misma manera que no desconoce sus riesgos. La cuestión es que también la representación argumentativa necesita estar sometida a algún tipo de control. De esa forma se evitaría que el Tribunal constitucional pudiera presentar cualquier argumentación como representativa del pueblo. Así, el control de la argumentación derivaría de las exigencias de corrección y aceptabilidad. Por una parte, es posible distinguir argumentos constitucionales correctos e incorrectos, buenos y malos: «*constitutional review as argument or discourse does not allow for*

³⁰ ALEXY, R., «Constitutional Rights, Democracy and Representation», cit., p. 32.

everything»³¹. Pero, además, esos argumentos han de ser susceptibles de ser aceptados por un auditorio racional: debe existir una conexión entre el sentido de los argumentos y lo que el pueblo está en condiciones de aceptar. En definitiva: « *Discursive constitutionalism, as a whole, is an enterprise of institutionalizing reason and correctness. If there exist sound and correct arguments as well as rational persons, reason and correctness are better institutionalized with constitutional review than without it*»³².

4. EL GARANTISMO Y LOS LÍMITES DE LA REPRESENTACIÓN

Luigi Ferrajoli nos presenta una caracterización del contexto constitucional que, en mi opinión, podría suscribir Robert Alexy: la consideración de la Constitución como un Derecho sobre el Derecho (de la ley); la conversión de los vínculos externos (políticos) en vínculos internos (jurídicos) con la consiguiente subordinación de la política al Derecho; y la superación de un concepto formal de democracia. En definitiva, estamos en presencia de un paradigma nuevo caracterizado por la existencia de una fuerte normatividad que es consecuencia de la presencia de derechos en las constituciones. Por el contrario, la reivindicación que Robert Alexy hace del papel de los principios en la conformación del sistema jurídico y en la argumentación jurídica, supondría para Ferrajoli –como vamos ver– una disminución de la intensidad normativa de la Constitución.

La crítica de Ferrajoli a Alexy asume como punto de partida la distinción entre dos tipos de constitucionalismo: el garantista y el principalista. Desde ya podemos adelantar que esta distinción va a ser determinante a la hora de derivar consecuencias en relación con el mayor o menor vigor de la normatividad constitucional. En efecto, mientras que el constitucionalismo garantista estaría vinculado a la reivindicación de una normatividad constitucional fuerte, el constitucionalismo principalista lo estaría a una normatividad constitucional débil³³. La razón de fondo es que en el primer caso los derechos fundamentales son concebidos como reglas, mientras que en el segundo los derechos fundamentales son principios. En el primer caso la normatividad de los derechos viene determinada por su aplicación, mientras que en el segundo viene determinada por su ponderación.

³¹ ALEXY, R., «Balancing, Constitutional Review and Representation», cit., p. 580.

³² ALEXY, R., «Balancing, Constitutional Review and Representation», cit., p. 581.

³³ Vid. FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos*, trad. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid 2014, p. 28.

No podemos detenernos en la caracterización in extenso del constitucionalismo garantista³⁴. Podemos limitarnos a recordar que Ferrajoli nos describe un modelo que es expresión de una discontinuidad entre dos paradigmas, el legislativo y el constitucional. Esa discontinuidad se manifiesta en el ámbito del Derecho, de la democracia y de la ciencia jurídica. En efecto, el escenario que describe Ferrajoli contempla un discurso sobre la validez de las normas que incluye una referencia a sus contenidos; un discurso sobre la democracia en donde se subrayan las limitaciones que los derechos imponen a las decisiones políticas; y una renovación del método y del papel de la ciencia jurídica que establece puentes con la filosofía política.

Cabe poner de relieve que Ferrajoli establece una conexión entre su defensa de un concepto formal de derecho fundamental y la crítica al constitucionalismo principialista. En efecto, señala: «... precisamente en la falta de disposición a considerar el concepto de derechos fundamentales y los lógicamente conectados con él como conceptos susceptibles, en sede de teoría del Derecho, de definiciones solamente formales, es donde hunden sus raíces las tesis neoconstitucionalistas o principialistas del objetivismo ético y de la conexión entre derecho y moral, sostenidas sobre la base del valor objetivamente moral asignado por definición a los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos»³⁵.

El razonamiento a través del cual Ferrajoli llega al problema de la justificación de la justicia constitucional es diferente al que anteriormente ha desarrollado Alexy. Para el autor italiano, uno de los rasgos del constitucionalismo es el constituido por la divergencia entre el deber ser del Derecho y su ser³⁶. Es dicha divergencia la que justifica la jurisdicción constitucional, en relación con la cual cabe plantear dos ordenes de cuestiones: unas de tipo institucional, y otras de tipo metodológico. En el primer caso, nos deberíamos plantear el problema de la legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional, mientras que en el segundo caso el problema es el del tipo de razonamiento que caracteriza la actividad del Tribunal constitucional. Pues bien, Ferrajoli concentra sus críticas a Alexy en estas dos cuestiones.

El hecho de que las constituciones supongan un límite a la democracia política, a través del control al que se someten las decisiones de

³⁴ Vid. FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos*, cit., pp. 56-95. También, *id.*, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», trad. de N. Guzmán, *Doxa*, n.º 34, 2001, pp. 15-53.

³⁵ FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos*, cit., p. 95. He analizado la noción formal de derecho fundamental defendida por L. Ferrajoli en ANSUATEGUI ROIG, F. J., «Los derechos fundamentales en *Principia Iuris* (o los límites de la teoría del Derecho)», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX, 2013, pp. 35-55.

³⁶ Dicha divergencia permite identificar la existencia de un Derecho ilegítimo, posibilidad ésta negada por Kelsen. Ferrajoli ha desarrollado sus argumentos críticos respecto a la posición kelseniana en *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Bari, 2016.

la mayoría no implica un déficit de legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional por dos razones fundamentales³⁷. En primer lugar, porque la interferencia del Tribunal constitucional no se produce sobre el ámbito en el cual el parlamento puede tomar decisiones –el ámbito de lo decidible– sino precisamente, al contrario, sobre el ámbito de lo indecible. Y en segundo lugar, por el hecho de que cuando los derechos fundamentales limitan a las decisiones de la mayoría se está produciendo una protección de la democracia en una triple vertiente: cuando se vinculan las decisiones de las generaciones futuras se está garantizando la libertad de las generaciones sucesivas evitando el problema del «suicidio de la democracia»³⁸; además, se está reforzando la democracia, ya que la garantía de unos derechos implica la de otros; en tercer lugar, se procede a una integración de la democracia desde el momento en que la afirmación de los derechos en la cúspide de la estructura normativa del Ordenamiento jurídico supone una afirmación de los mismos como «fragmentos de soberanía popular»³⁹.

Así, la representación argumentativa propuesta por Alexy no sería una auténtica representación. En democracia, señala Ferrajoli, lo que se representa son voluntades e intereses, pero no consensos. Los argumentos carecen de fuerza representativa. Pero además, Alexy estaría mezclando planos cuando intenta equiparar la legitimación del Parlamento (que ejerce funciones de gobierno) con la del juez (que ejerce funciones de garantía)⁴⁰. En el caso del juez, la legitimidad deriva de la determinación de la verdad, que en el caso del Tribunal constitucional es una verdad que tiene que ver con la relación que se establecen entre la Constitución y las normas inferiores a ella. El Tribunal constitucional, por tanto, se legitima cuando aplica la Constitución. En esta aplicación se materializa su sujeción al Derecho; sujeción que será mayor o menor en función de la mayor o menor determinación del Derecho. Posteriormente, regresaré a la vinculación que establece Ferrajoli entre sujeción del juez y determinación del Derecho.

Pero cuando Ferrajoli se plantea la cuestión de la justificación de la jurisdicción constitucional se refiere también a un problema metodológico, que es el que tiene que ver con el tipo de argumentación que lleva a cabo el juez constitucional cuando interpreta y aplica normas de derechos fundamentales. Para Ferrajoli el problema reside en que la sujeción del juez al Derecho se asegura en mayor medida en un modelo de reglas –que no es el de Alexy– antes que en un modelo de

³⁷ Vid. FERRAJOLI, L., «Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy», *Rivista di Filosofia del Diritto*, IV/1, 2015, p. 42.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Sobre esta distinción vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris (I: Teoria del Diritto)*, Laterza, Bari, 2007, pp. 869-875.

principios. En este segundo caso, la técnica a la que el juez recurre es la ponderación, frente a la subsunción propia del modelo de reglas.

Ferrajoli no niega que en el Ordenamiento constitucional existan principios, pero niega que los principios tengan la relevancia que autores como Alexy o Dworkin les han atribuido en su descripción del Derecho. Así, frente a la identificación, propuesta por Alexy, entre normas de derechos fundamentales y principios, Ferrajoli señala que los principios regulativos (frente a los principios directivos, respecto a los cuales ni es posible pensar en una violación⁴¹) pueden ser violados igual que las reglas: «*Ma la maggior parte dei diritti fondamentali sono ridicibili a regole, se per regole intendiamo, ripeto, tutte le norme che vieta- no o impongono qualcosa, come sono i diritti di libertà, dei quali è vietata la lesione o restrizione, e i diritti sociali dei quali è obbligatoria la soddisfazione*»⁴².

Pero para el profesor italiano, el abuso de la principios y de la consiguiente ponderación tiene un importante efecto práctico o político que trasciende las consideraciones estrictamente jurídicas. Ese efecto tiene que ver con la mayor debilidad de la normatividad de las Constituciones. Esa disminución de la fuerza normativa de la Constitución –que para Ferrajoli supondría una negación de hecho de dicha fuerza normativa– es la consecuencia de la elección entre principios que el juez efectúa al ponderar. Tanto en los casos en los que la elección es llevada a cabo por el legislador, como en aquellos otros en los que es el juez el que procede, se está produciendo una alteración en la jerarquía de las fuentes; alteración que se deriva de una violación de la separación de poderes desde el momento en que al juez se le atribuye una capacidad creadora de Derecho que no le corresponde.

En definitiva, para Ferrajoli el principialismo supondría un retraso respecto a los avances que ha supuesto un constitucionalismo atento al establecimiento de un sistema de vínculos y límites encaminados a garantizar los derechos, ya que es una teoría «*che ne smentisce o quanto meno ne indebolisce la normatività*»⁴³.

Así, el constitucionalismo principialista, al considerar que las normas de derechos fundamentales son principios, promueve la ponderación, con las consecuencias que de ello se derivan para la robustez del carácter normativo de las Constituciones en las que se insertan los derechos. Los principios, al exigir la ponderación, (que «contradice la lógica del estado de derecho»⁴⁴) debilitan la fuerza normativa de la Constitución. Y, además, afectan a dos fundamentos del Estado de

⁴¹ Vid. FERRAJOLI, L., RUIZ MANERO, J., *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 31 y ss.

⁴² FERRAJOLI, L., «Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy», cit., p. 47.

⁴³ FERRAJOLI, L., «Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy», cit., p. 50.

⁴⁴ FERRAJOLI, L., *La democrazia a través de los derechos*, cit., p. 119.

Derecho: la jerarquía de normas y la separación de poderes. En el primer caso, la ponderación supone que la decisión se va a basar en el principio que tenga más peso en el caso concreto –a diferencia de lo que puede ocurrir en otras circunstancias–, de manera que implica una reformulación de la ordenación de las fuentes para cada caso. En el segundo caso, al otorgar un papel al juez en la creación de las normas, se pone en entredicho tanto la separación de poderes como el sometimiento del juez a la ley. Para Ferrajoli, los principios operan como argumentos mientras que las reglas se aplican. De ello derivaría su potencial normativo y garantista, desde el momento en que son normas que vinculan a la legislación y a la jurisdicción.

5. IUSNATURALISMO, NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y JERARQUÍA DE FUENTES

Creo que puede ser interesante identificar algunos puntos de la crítica de Ferrajoli a Alexy, merecedores de algún comentario en esta parte final del escrito. Me voy a referir a los siguientes: a) el sentido de la afirmación según la cual el constitucionalismo principalista es «tendencialmente iusnaturalista»; b) el sentido de la afirmación de la debilidad de la normatividad de la Constitución como consecuencia de la ponderación; y, c) el sentido de la alusión a la modificación de la jerarquía de las fuentes.

a) Ferrajoli considera que el constitucionalismo principalista es tendencialmente iusnaturalista por dos razones principales: por su carácter objetivista y por su incapacidad para demostrar la invalidez de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral⁴⁵.

En realidad, la cuestión de la vinculación entre el constitucionalismo y el iusnaturalismo no parece que sea una particularidad del constitucionalismo principalista. Más bien, parece que el constitucionalismo en su dimensión limitativa en relación con el Derecho positivo, comparte rasgos con el iusnaturalismo. Esta comunidad de ideas ya fue puesta de relieve en su momento por Nicola Matteucci⁴⁶, y ha sido reiterada en referencia a propuestas como aquellas que reivindican la existencia de algo parecido a un «coto vedado»⁴⁷, intangible para el legislador y que condiciona su actividad normativa. Así, se ha señalado que este tipo de estrategias comparten elementos con el iusnaturalismo desde el momento en que se defiende la existencia de conteni-

⁴⁵ Vid. FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos*, cit., pp. 97 y ss.

⁴⁶ Vid. MATTEUCCI, N., «Positivismo jurídico e costituzionalismo», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XVII, n.º 3, 1963.

⁴⁷ Vid. GARZON VALDES, «Representación y democracia», *Doxa*, n.º 6, 1989, p. 156. *Id.*, «Instituciones suicidas», *Isegoría*, n.º 9, 1994, pp. 115-116, e *id.*, *Consenso, legitimidad y democracia*, Fontamara, México, 2013, pp. 33 y ss.

dos jurídicos inalterables. El coto vedado, por ejemplo, cumpliría una función semejante a la que ha desempeñado la apelación al Derecho natural desde el momento en que se están limitando los contenidos de las decisiones del poder político. En este sentido, se ha señalado el carácter «funcionalmente» iusnaturalista del constitucionalismo, ya que éste desarrolla una teoría de la limitación del Poder a partir de la afirmación de unos contenidos materiales –básicamente los derechos– que escapan del ámbito de decisión del Poder⁴⁸.

Sin embargo, el carácter tendencialmente iusnaturalista del constitucionalismo principialista no parece derivar, para Ferrajoli, de esta dimensión limitativa. Por el contrario, tiene que ver con su carácter objetivista y con su incapacidad para ofrecer una crítica de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Me interesa centrarme en esta alusión al objetivismo.

Las posiciones iusnaturalistas se pueden identificar de acuerdo con dos tesis básicas. De acuerdo con la primera, existen contenidos morales con validez universal, expresión de la justicia, y que pueden ser conocidos a través de la razón; de acuerdo con la segunda, una norma o un conjunto de normas no podrán ser considerados como auténticamente jurídicos si contradicen los anteriores contenidos. Pues bien el iusnaturalista, señala Nino, es aquel que afirma de manera conjunta ambas tesis⁴⁹. No obstante, parece que lo definitivo a la hora de identificar una posición como iusnaturalista no es tanto el mantenimiento de la primera tesis, como el de la segunda. En efecto, puede mantenerse la primera y no defender necesariamente la segunda; si bien la defensa de la segunda implica la aceptación de la primera. Es decir, se pueden defender posiciones objetivistas y cognoscitvistas y no hacer depender la definición del Derecho de la adecuación a esos contenidos objetivos y cognoscibles. Así, el carácter tendencialmente iusnaturalista del constitucionalismo (principialista) sería una consecuencia de una hipotética afirmación de que la validez depende de la relación que las normas tienen con el contenido de determinados contenidos entendidos como objetivos, y no de la afirmación, en su caso, de la existencia objetiva de esos contenidos, tal y como afirma Ferrajoli.

b) Por otra parte, una de las críticas de Ferrajoli al constitucionalismo principialista de Alexy es que el recurso a la ponderación supone una debilidad de la normatividad de la Constitución. Así, Ferrajoli estaría distinguiendo entre una normatividad fuerte de la Constitución y otra débil, de manera que daría a entender que cuanto

⁴⁸ Vid. PRIETO SANCHIS, L., «Neoconstitucionalismos. Un catálogo de problemas y argumentos», y «Algunos desafíos al constitucionalismo de los derechos: globalización y multiculturalidad», en *id.*, *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 58-59 y 225-227, respectivamente. También, TAMANAHA, B. Z., *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, p. 56.

⁴⁹ Vid. NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 28.

más explícita sea la Constitución, más estricta en su lenguaje normativo, más fuerza normativa tiene. Es decir, la fuerza vinculante va a depender del hecho de que las normas no ofrezcan posibilidad de ponderación, sino de aplicación; o para ser más concreto, de subsunción. En este punto, Ferrajoli parece defender una concepción estrecha o estricta de la aplicación jurídica, de acuerdo con la cual ésta se reduciría a la aplicación silogística en la que el supuesto de hecho está bien identificado. El carácter vinculante deriva – en Ferrajoli – no tanto del contenido ni de las razones en las que está basada la norma, sino de su forma y de la estrategia de aplicación (ponderación versus aplicación). Así, se está asumiendo una comprensión formal de la vinculación a la norma, del grado de normatividad, en la que parece que la fuerza normativa depende del lenguaje y de su mayor o menor determinación. Parece, al mismo tiempo, que la mayor o menor intervención de los operadores jurídicos en los procesos interpretativos y aplicativos de la norma tienen que ver también con la mayor o menor normatividad de la misma. Así, cuando un juez interviene, por ejemplo, ponderando, estaría decreciendo la fuerza normativa de la norma. Frente a la intervención del juez, es el legislador, a partir de la formación de un mensaje normativo con un mayor grado de determinación, el que va a asegurar una mayor normatividad del Derecho. En definitiva, estamos frente a un discurso en el que la mayor o menor intensidad de la fuerza normativa de los textos jurídicos parece ser un problema que afecta básicamente a los operadores jurídicos; y también frente a una visión de la argumentación que –a partir de la contradicción entre argumentación y aplicación⁵⁰– reduce su campo de actuación al ámbito de los principios, excluyéndola de las reglas: «la argumentación es siempre por principios, mientras que la aplicación lo es siempre de las reglas correspondientes»⁵¹. La conclusión parece obvia: los principios no se aplican, puesto que la ponderación es algo muy diferente a la aplicación.

Cabe señalar también que, posiblemente, la cuestión no es que la Constitución se debilite por la ponderación a la que nos obligan los principios. Seguramente esa debilidad tiene que ver con la propia morfología del lenguaje jurídico –y en particular del lenguaje constitucional-, cuya amplitud, apertura, abstracción, no puede evitarse. Hay normas con forma de reglas, y por tanto con un alto grado de determinación tanto en el supuesto de hecho como en la consecuencia jurídica, que posiblemente también pueden implicar problemas de debilidad de la Constitución. En esos casos, la debilidad es consecuencia de la amplitud de las posibilidades interpretativas que ofrecen los términos del lenguaje. Así, por ejemplo, pensemos en la norma «el

⁵⁰ «... la ponderación, como método de solución de los problemas interpretativos no tiene espacio en la aplicación de la ley», FERRAJOLI, L, *La democracia a través de los derechos*, cit., p. 125.

⁵¹ FERRAJOLI, L, *La democracia a través de los derechos*, cit., p. 115.

que torture será castigado con la pena de X años de reclusión de libertad». Parece claro que esta norma no es un principio, pero aquí el juez tiene un margen amplio a la hora de interpretar qué es o deja de ser la tortura. Por tanto, esa debilidad de la normatividad de la Constitución no se debe tanto al hecho de que el juez pondere y balancee entre principios sino al hecho de que el juez debe elegir entre diversas posibilidades interpretativas. De manera que la debilidad de la Constitución va a existir siempre que se tenga que interpretar. La amplitud del rango en el que se desenvuelven las posibilidades interpretativas va a depender de la relación inversamente proporcional que exista entre el núcleo de certeza y la zona de penumbra del lenguaje de las normas. La Constitución «fuerte» sería aquella en la que las dudas interpretativas se redujeran al máximo, más allá de la reflexión sobre la relación entre el nivel de cumplimiento y la fortaleza de la misma⁵².

La indeterminación tiene que ver con la incertidumbre del razonamiento moral. Alexy es bien consciente de ello. Es esa incertidumbre la que exige que el Derecho esté dotado de una dimensión autoritativa e institucionalizada, que es la que asegura que los debates morales no se van a prolongar *ad eternum*⁵³. Pero, posiblemente pensar en un Derecho –que incluye dimensiones morales evidentes como el del Constitucionalismo– que no genere algún tipo de indeterminación e incertidumbre implica afirmar que la distinción entre núcleo de certeza y zona de penumbra pierde valor no sólo en relación con las normas morales sino también con las normas jurídicas. En definitiva, y dada la ineliminabilidad de las incertidumbres, siempre vamos a estar frente a un Derecho con una normatividad débil.

c) En tercer lugar, Ferrajoli se refiere a la modificación de la jerarquía de las fuentes que se produce cuando el juez pondera principios. La crítica forma parte de un discurso más general, que tiene que ver con la ampliación de las competencias del juez en relación con el legislador, que a su vez goza de una legitimidad democrática de la que aquel carece⁵⁴. Conviene recordar en este momento que Ferrajoli le dirige a Alexy la misma crítica que Ronald Dworkin dirige a Hart en relación con las consecuencias del ejercicio de la discrecionalidad judicial. Según Dworkin, la creación del Derecho por parte del juez en el marco de la discrecionalidad implica que está violando la separación de poderes⁵⁵. Por su parte, Ferrajoli le señala a Alexy que, al ponderar, el juez está creando Derecho y por lo tanto está superando

⁵² Un análisis de las implicaciones que tiene la concepción cognitiva de la interpretación judicial defendida por Ferrajoli puede encontrarse en CUENCA GÓMEZ, P., «La compleja teoría de la validez jurídica de *Principia Iuris*. Una revisión crítica», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 26, 2012, pp. 57 y ss.

⁵³ Vid. ALEXY, R., «The Nature of Legal Philosophy», cit., p. 165.

⁵⁴ Vid. SIECKMANN, J.-R., *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, U. Externado de Colombia, 2014, p. 316.

⁵⁵ Vid. DWORKIN, R., «Hard Cases», *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978, p. 84.

los límites que imponen la separación de poderes y el sometimiento a la ley. Ciertamente, esta coincidencia es expresión de la variedad de interpretaciones y de posiciones que se defienden en relación con las consecuencias de la posición de los principios en el Derecho. Por una parte, los principialistas (Dworkin) acusan a los positivistas (Hart) de violentar la separación de poderes. Por otra, los herederos del positivismo (Ferrajoli) acusan a los principialistas (Alexy) de lo mismo.

No obstante, lo que hay que preguntarse es si el problema no es tanto un problema derivado de los principios y de la ponderación, como de la cuestión, más general, de la creación judicial del Derecho. En efecto, Alexy sitúa la cuestión de la creación del derecho en un plano más general, no vinculada estrictamente con los principios y con la ponderación. Su planteamiento tiene que ver con el hecho de que la actividad del Tribunal constitucional tiene un carácter no sólo discursivo o proposicional, sino también institucional o autoritativo. Se asume que cuando el Tribunal determina la inconstitucionalidad de una norma está participando en los procesos de producción del Derecho. De ahí la necesidad de plantear el problema de la justificación de su actuación en términos democráticos.

Por otra parte, Ferrajoli estaría asumiendo una distinción radical entre creación, de un lado e interpretación y aplicación, de otro, más propia del modelo del positivismo teórico al que se refiere Bobbio⁵⁶, y que debe ser evaluada en contraste con otras propuestas alternativas a la hora de explicar los efectos reales que las decisiones de los jueces –no sólo de los jueces constitucionales– tienen en la conformación del sistema normativo.

6. CONCLUSIÓN

En definitiva, el constitucionalismo democrático impone el problema de la búsqueda de una estrategia de legitimación de la intervención del Tribunal constitucional en el proceso normativo. La propuesta de Alexy, referida a la representación argumentativa adquiere sentido en el marco de la teoría discursiva, que mantiene una conexión con el constitucionalismo democrático al que plantea dos exigencias, la de los derechos fundamentales y la de la democracia.

Frente al Parlamento, que se legitima en cuanto representante del pueblo, sometido al control de las elecciones, el juez carece de esta representatividad. Del carácter más o menos representativo del juez va a depender la justificación de su lugar en el entramado institucional democrático. La estrategia de Alexy es la de elaborar una teoría sobre la representación no vinculada necesariamente a la celebración de

⁵⁶ Vid. BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano, 1984, pp. 107 y ss.

elecciones. Las elecciones establecen una relación entre representantes y representados. Pero esa relación puede mantenerse también a través de la argumentación. Estamos frente a un modelo deliberativo que descansa en una confianza en las virtudes de la razón. El hecho de que determinados argumentos racionales puedan ser compartidos entre el Tribunal constitucional y la ciudadanía puede funcionar como un nexo entre ambos, complementando el vínculo electoral que existe entre Parlamento y ciudadanía. La racionalidad y la aceptabilidad de los argumentos pueden tener una potencia representativa –constituyendo un ámbito compartido entre juez y ciudadanía– incluso mayor que el mero vínculo electoral entre una ciudadanía que se pronuncia cada cuatro años y un Parlamento que en más veces de las deseables se mueve de acuerdo con intereses que la ciudadanía no reconoce como suyos. La realidad nos demuestra que los intereses y las voluntades que, de acuerdo con Ferrajoli, constituyen el objeto de la representación no siempre son los de la ciudadanía. Frente a ese déficit, posiblemente tengamos buenas razones para confiar en la potencialidad democrática –representativa– de los argumentos, de forma que podamos darles –a los argumentos– una oportunidad.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, rev. de R. Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- «Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho», trad. de A. D. Oliver-Lalana, *Doxa* n.º 32, 2009.
 - «On the Concept and the Nature of Law», *Ratio Iuris*, vol. 21, n.º 3, 2008.
 - «The Nature of Legal Philosophy», *Ratio Iuris*, vol. 17, n.º 2, 2004.
 - «La teoría del discurso y los derechos fundamentales», en Menendez, A. J., Eriksen, E. O. (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.
 - «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático», trad. de C. Añaños Meza, *Derechos y Libertades*, n.º 8, 2000.
 - «¿Derechos humanos sin metafísica?», trad. de E. R. Soderó, *Doxa*, n.º 30, 2007.
 - «My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason», Wintgens, L. J. (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1999.
 - «¿Derechos humanos sin metafísica?», trad. de E. R. Soderó, *Doxa*, n.º 30, 2007.
 - «Balancing, Constitutional Review and Representation», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n.º 4, 2005.
 - «Constitutional Rights, Democracy and Representation», *Rivista di Filosofia del Diritto*, IV/1, 2015.

- ANSUATEGUI ROIG, F. J., «Los derechos fundamentales en *Principia Iuris* (o los límites de la teoría del Derecho)», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX, 2013.
- BOBBIO, N., *Giustnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano, 1984.
- CUENCA GÓMEZ, P. «La compleja teoría de la validez jurídica de *Principia Iuris*. Una revisión crítica», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 26, 2012.
- DWORKIN, R., «Hard Cases», *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978.
- FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», trad. de N. Guzmán, *Doxa*, n.º 34, 2001.
- *Principia Iuris (I: Teoría del Derecho)*, Laterza, Bari, 2007.
- *La democracia a través de los derechos*, trad. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2014.
- «Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy», *Rivista di Filosofia del Diritto*, IV/1, 2015.
- *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Bari, 2016.
- FERRAJOLI, L., y RUIZ MANERO, J., *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012.
- GARZÓN VALDÉS, E., «Representación y democracia», *Doxa*, n.º 6, 1989.
- «Instituciones suicidas», *Isegoría*, n.º 9, 1994.
- *Consenso, legitimidad y democracia*, Fontamara, México, 2013.
- KELSEN, H., ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, est. prel. de G. Gasió, trad. y notas de R. J. Brie, supervisión de E. Bulygin, Tecnos, Madrid, 1995.
- LA TORRE, M., *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Bari, 1999.
- MATTEUCCI, N., «Positivismo giuridico e costituzionalismo», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XVII, n.º 3, 1963.
- NINO, C. S., *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987.
- *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de R. P. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997.
- PRIETO SANCHIS, L., «Neoconstitucionalismos. Un catálogo de problemas y argumentos», y «Algunos desafíos al constitucionalismo de los derechos: globalización y multiculturalidad», en *id.*, *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013.
- SIECKMANN, J.-R., *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, U. Externado de Colombia, 2014.
- TAMANAH, B. Z., *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.