

CAPÍTULO IX

CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO REPRESENTACIÓN ARGUMENTATIVA

Robert ALEXY*

SUMARIO: I. *El problema del control de constitucionalidad.* II. *Teoría de los principios.* III. *Derechos constitucionales, derechos humanos y representación.* IV. *Representación argumentativa.*

I. EL PROBLEMA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

La cuestión acerca de cómo puede justificarse el poder jurídico de un tribunal constitucional para anular actos del parlamento es el asunto teórico central en el campo del control judicial de constitucionalidad. Este asunto se relaciona con el problema perenne de la relación entre el control judicial de constitucionalidad y la democracia.

Hans Kelsen aborda el control judicial de constitucionalidad como una cuestión propia de la validez de la legislación. El parlamento está facultado por la Constitución, en tanto norma superior del sistema jurídico, para promulgar leyes, las cuales si no se profieren de acuerdo con las reglas procedimentales de la Constitución o no se adecuan a las restricciones constitucionales sustantivas, en particular a los derechos constitucionales, entonces tales leyes que pretenden entrar en vigencia, resultan inconstitucionales¹. En esta situación el control judicial de constitucionalidad se dice que resulta indispensable para asegurar la “total obligatoriedad jurídica” (*volle*

* Traducción de Leonardo García Jaramillo publicada con la gentil y expresa autorización del autor. El traductor agradece a Laura Clérico, Marina Gazcón y Jorge Fabra por sus observaciones a la primera versión de la traducción.

¹ Hans Kelsen, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 5, 1929, pp. 30-35.

Rechtsverbindlichkeit)² que exige el “principio de la mayor legalidad posible” (*Prinzip möglicher Rechtsmäßigkeit*)³. Esta imagen del control judicial es correcta, pero incompleta. No dice nada acerca de cómo se establece la inconstitucionalidad de una ley promulgada por el parlamento. Esto acarrea un serio problema, por lo cual la cuestión de la constitucionalidad será controvertida en muchos casos.

Dos cuestiones surgen en estas situaciones: una metodológica o de tipo teórico-argumentativo y una institucional. La cuestión metodológica es si, en casos de desacuerdo, tiene sentido intentar encontrar la mejor respuesta —una respuesta mejor, por ejemplo, que una obtenida al azar como lanzando una moneda—. La cuestión institucional es si es o no compatible con la democracia que a un tribunal constitucional le sean otorgados poderes para intentar conseguir esta respuesta. Mis reflexiones sobre estas cuestiones referirán a los derechos constitucionales, un campo donde los problemas del control constitucional se plantean con una urgencia especial.

Procederé en dos partes. En la primera presentaré la teoría de los principios como un modelo de argumentación constitucional y en la segunda abordaré la idea del control constitucional como “representación argumentativa” del pueblo. Mi tesis es que el control judicial de constitucionalidad se justifica, de una parte, sobre la base de la teoría de los principios y, de otra, sobre la base de la teoría de la representación argumentativa.

II. TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

1. *Reglas y principios*

El fundamento normativo y teórico de la teoría de los principios es la distinción entre reglas y principios. Las reglas son normas que requieren que algo sea realizado de manera definitiva. Son por tanto *mandatos definitivos*. Su forma de aplicación es la subsunción. En contraste, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dadas las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Así, los principios son mandatos

² *Ibíd.*, p. 78.

³ Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlin-Grunewald, Rothschild, 1931, p. 5. Vers. cast. de Roberto J. Brie, *¿Quién debe ser el guardián de la constitución?* Madrid, Tecnos, 1999, pp. 3-4.

de *optimización*⁴. Su forma de aplicación es la ponderación. Esta distinción teórico-normativa se articula con la interpretación de los derechos constitucionales mediante la tesis conforme a la cual estos derechos tienen esencialmente la naturaleza de principios⁵.

Esto, sin embargo, no significa que las disposiciones que comportan los derechos constitucionales no puedan también expresar reglas o elementos propios de las reglas. Un ejemplo de un derecho constitucional con naturaleza de regla en la Constitución de Alemania se encuentra en su artículo 102, el cual establece: “Queda abolida la pena de muerte”. Otro ejemplo de una decisión tomada por los redactores de la Constitución que tiene naturaleza de regla es el artículo 104, sobre garantías jurídicas en caso de privación de libertad, en su numeral 2, conforme al cual: “La policía, en ejercicio de su autoridad, no tiene autorización para mantener a nadie bajo su custodia más allá del fin del día siguiente a la detención”. Otro ejemplo proviene de los detalles de una regulación sumamente compleja sobre la adopción de medios técnicos para la vigilancia acústica de una residencia donde se cree que se alberga un sospechoso, se encuentra en el artículo 13, sobre inviolabilidad del domicilio, en sus numerales 3 a 6, de la Constitución. En estos casos los redactores de la Constitución eludieron las cuestiones relacionadas con la ponderación al establecer reglas, y el intérprete de la constitución está obligado a aplicarlas⁶. Existe, sin embargo, un gran número de casos en los cuales no está disponible una decisión vinculante tomada por los redactores de la Constitución para resolver el caso. En este punto la ponderación entre principios es indispensable. Este caso también se presenta cuando un tribunal constitucional va más allá de la redacción de la constitución, como hizo, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán cuando, en una decisión tomada el 9 de febrero de 2010, creó el derecho social a un mínimo existencial⁷.

⁴ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (1ra ed., 1985), Julian Rivers (trad.), Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 47-48. Vers. cast. de Ernesto Garzón Valdés, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; 2da ed., con trad. de Carlos Bernal, 2007.

⁵ Cfr. sobre este punto, Robert Alexy, “Constitutional Rights and Proportionality”, en: *China Yearbook of Constitutional Law*, 2010, pp. 221-235. Vers. cast., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 91, 2011, pp. 11-29, y “Derechos fundamentales y proporcionalidad”, en Laura Clérico, Griselda Capaldo y Jan Sieckmann (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, pp. 183-197.

⁶ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights. op. cit.*, p. 83.

⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional Federal (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, citadas de aquí en adelante con la sigla acostumbrada: BVerfGE), 125, 175 (222) [*N. del T.*].

2. *Naturaleza de los principios y análisis de proporcionalidad*

La definición de los principios como mandatos de optimización conduce de inmediato a la conexión necesaria entre los principios y la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad^{8**}, el cual durante las últimas décadas ha recibido aún más reconocimiento internacional en la teoría y la práctica del control judicial de constitucionalidad⁹, está integrado por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Estos tres subprincipios expresan la idea de la optimización. Los principios, en tanto mandatos de optimización, requieren ser optimizados de forma relativa tanto a lo que es fáctica como jurídicamente posible. Los subprincipios de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización relativa a las posibilidades fácticas, la cual tiene que ver con la cuestión acerca de si una posición se puede mejorar sin perjudicar a la otra. Así, los dos primeros subprincipios requieren la optimalidad de Pareto.

La optimización relativa a las posibilidades fácticas consiste en evitar los costos que sean efectivamente evitables. Los costos, sin embargo, son inevitables cuando los principios colisionan. La ponderación se vuelve entonces necesaria. La ponderación es el sujeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este principio expresa lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Esta regla puede denominarse la “ley de la ponderación”¹⁰, y establece que:

⁸ **El concepto *Verhältnismäßigkeits* significa literalmente moderación (*mäßigkeit*) de una relación (*verhältnis*). En este contexto *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* o *Verhältnismäßigkeitsprinzip* se suelen traducir, respectivamente, como mandato (*grundsatz*) o principio (*prinzip*) de proporcionalidad. De la primera forma, también así: *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. La proporcionalidad en sentido amplio se ha denominado, además de mandato y principio: regla, criterio, factor y juicio. Esta amplia caracterización es criticada por Clérico (*El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*). Los tres submandatos de la proporcionalidad tienen carácter de reglas y, más precisamente, reglas de segundo grado porque determinan cómo deben aplicarse las normas principales. El mandato o principio no se pondera frente a otros mandatos o principios, sino que determina cómo deben ponderarse los objetos de la ponderación. De ahí que se fundamente la recomendación de referirlo como “examen de proporcionalidad”, pero por convencionalismo se traduce como “principio” [*N. del T.*].

⁹ Cfr., por ejemplo, David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2004. Alec Stone Sweet – Jud Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2008, pp. 72-164.

¹⁰ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*. *op. cit.*, p. 102.

Cuanto mayor sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

3. *Ley de la ponderación*

La ley de la ponderación muestra que la ponderación puede dividirse en tres etapas; la primera implica establecer el grado de no-satisfacción, o de afectación, del primer principio; la segunda establece la importancia de satisfacer el principio enfrentado, y finalmente, en la tercera se determina si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica la afectación o la no-satisfacción del primero. Esto muestra que la ponderación presupone que es posible realizar juicios racionales sobre, primero, la intensidad de la interferencia, segundo, sobre el grado de importancia, y tercero, sobre su relación recíproca.

Críticos de la ponderación, como Jürgen Habermas y Bernhard Schlink, objetan la racionalidad de tales juicios¹¹. La cuestión acerca de si la ponderación es una forma de argumentación racional no puede discutirse aquí en detalle¹², por lo cual me limitaré a presentar un panorama breve de dos casos que ilustran por qué y cómo son posibles los juicios racionales sobre intensidad de la interferencia, su grado de importancia y su relación entre sí. Un caso particularmente sencillo es la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre advertencias relativas a la salud¹³. El Tribunal caracterizó el deber impuesto a los productores de tabaco de colocar sobre sus productos advertencias relativas a los riesgos que fumar tiene sobre la salud, como una interferencia relativamente menor o leve en el derecho a ejercer libremente su profesión. Por el contrario, una prohibición total sobre todos los productos derivados del tabaco sería una interferencia intensa. Entre tales casos sencillos y serios pueden encontrarse otros de intensidad o interferencia moderadas. De esta manera, se puede desarrollar una escala con las etapas de “leve”, “moderado” e “intenso”. Nuestro ejemplo muestra que es posible otorgar asignaciones válidas siguiendo esta escala. Lo mismo

¹¹ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms* (ed. orig. de 1992), William Rehg (trad.), Cambridge, Polity Press, 1996, p. 259 (*Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998). Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. 2, Peter Badura – Horst Dreier (eds.), Tubinga, Mohr Siebeck, 2001, p. 460.

¹² Sobre este punto cfr. Robert Alexy, “The Construction of Constitutional Rights”, en *Law & Ethics of Human Rights*, No. 4, 2010, pp. 26-32. Vers. cast., “La construcción de los derechos fundamentales”, en Robert Alexy, *La Construcción de los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010, pp. 19-37.

¹³ BVerfGE 95, 173.

es posible tratándose de las razones enfrentadas. Los riesgos para la salud que resultan de fumar son grandes. Por lo tanto, las razones que justifican la interferencia tienen mucho peso. Si en este sentido la intensidad de la interferencia se establece como leve y el grado de importancia de las razones de la interferencia como altas, entonces el resultado de examinar la proporcionalidad en sentido estricto podría ser adecuadamente descrito —como en efecto hizo el Tribunal Constitucional Federal Alemán— como “obvio”¹⁴.

Las enseñanzas de los juicios sobre el tabaco se confirman al observar otros casos. Uno mucho más difícil se presentó debido a la decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre la vigilancia de información electrónica. Un estudiante de ciudadanía marroquí y de religión islámica presentó un recurso de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) contra una orden impartida por la corte inferior distrital de Düsseldorf —ratificada por los tribunales superiores— en virtud de la cual se solicitaba a las oficinas de registro de residentes, al registro central de extranjeros y a las universidades a enviar información sobre personas de sexo masculino entre los 18 y 40 años de edad, relativa, entre otras cosas, a la religión que predicaban, su país de origen, su ciudadanía y la carrera que están cursando. Esta información se transmitió a un procesador automático de datos con el fin de identificar potenciales terroristas. La medida se encontró justificada a la luz del peligro general de intentos de actos terroristas después del 11 de septiembre¹⁵.

La mayoría de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal clasificó la medida como una interferencia de “considerable peso”¹⁶ respecto al derecho del demandante a la autodeterminación de la información, el cual —conforme al Tribunal— es un caso especial del derecho general a la personalidad (art. 2 (1) en concordancia con el art. 1 (1) de la Constitución). El Tribunal consideró justificada esa interferencia en casos de peligro inminente¹⁷ y también en casos de peligro real, pero no en casos de peligro abstracto o general¹⁸. Ahora bien, este caso se dice que es meramente de peligro abstracto¹⁹, caracterizado por una “situación generalmente amenazante”²⁰. Esto implica que la interferencia en el derecho del demandante es inconstitucional. La razón para sustentarlo —no muy claramente elaborada en la decisión, la cual se enfoca en la interferencia en el derecho más que en las

¹⁴ BVerfGE 95, 173 (187).

¹⁵ BVerfGE 115, 320 (331).

¹⁶ BVerfGE 115, 320 (347).

¹⁷ BVerfGE 115, 320 (363).

¹⁸ BVerfGE 115, 320 (360).

¹⁹ BVerfGE 115, 320 (369).

²⁰ BVerfGE 115, 320 (364).

razones de dicha interferencia— es que en casos de peligro abstracto o, podríamos decir, meramente abstracto, las razones para la interferencia tienen solo un peso moderado o de cualquier forma un peso menos considerable²¹ respecto de la interferencia con el derecho del demandante. Por lo tanto, la queja constitucional se consideró justificada.

Si se siguen las clasificaciones de la mayoría, el resultado es inevitable. Sin embargo el voto en disidencia del Magistrado Haas muestra que diferentes clasificaciones o gradaciones son concebibles. Según Haas la interferencia con el derecho del demandante tiene solo un “peso bajo”²², mientras que la garantía de la seguridad tiene una gran importancia. Estas clasificaciones implican que la queja constitucional no estaría justificada. Solo dos puntos son de interés aquí: el primero es que ambas posiciones, es decir la mayoritaria y la disidente, presentaron numerosos argumentos para sus respectivas clasificaciones. Los argumentos de la mayoría para la estimación de la interferencia como seria se extienden por más de once páginas²³, los del Magistrado Haas para su estimación como leve se desarrollan en cuatro páginas²⁴. Esto ilustra que la ponderación no es simplemente una cuestión de clasificación, gradación o categorización, sino esencialmente de argumentación. El segundo punto es que, como en el caso del tabaco, los argumentos pueden no solo conducir a un acuerdo, sino también a un desacuerdo. La cuestión relevante es lo que esto significa para el control judicial de constitucionalidad.

4. *Discrecionalidad*

Sería posible realizar un análisis mucho más profundo y preciso de los dos casos por medio de la fórmula del peso²⁵, que no es otra cosa que una

²¹ Esta alternativa presupone la aplicación de una escala doble-triádica. Cfr., Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption”, en *Ratio Juris*, Vol. 16, 2003, p. 445. Vers. cast., “Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, en *Foro Jurídico. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, vol. 9, 2009, pp. 40-48

²² BVerfGE 115, 320 (379).

²³ BVerfGE 115, 320 (347-57).

²⁴ BVerfGE 115, 320 (371-4).

²⁵ Robert Alexy, “The Weight Formula” (ed. orig. de 2002), en *Studies in the Philosophy of Law*, vol. 3, Jerzy Stelmach – Bartosz Brożek – Wojciech Załuski (eds.), Cracovia, Jagiellonian Press, 2007, pp. 9-27. Vers. cast. de Carlos Bernal Pulido incluida, como “La fórmula del peso”, en la 2da edición de la *Teoría de los derechos fundamentales. op. cit.*, pp. 349-374; reimpressa en, Miguel Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá: Universidad Externado, 2007, pp. 15-49

reconstrucción matemática de la ley de la ponderación conjuntamente con su vínculo a una segunda ley de la ponderación que se refiere a su certeza epistémica²⁶. Esto, sin embargo, no será desarrollado aquí. Solo un punto es de interés en el presente contexto. Es el hecho de que la teoría de la ponderación, basada en la teoría de los principios, está intrínsecamente articulada con una teoría de la discrecionalidad. Dos tipos de discrecionalidad se han de diferenciar: una estructural y otra epistémica.

El tipo de discrecionalidad estructural más importante es la discreción en la ponderación²⁷. La ponderación presupone, como ilustran los dos casos anteriores, escalas²⁸. En el derecho constitucional solo es posible establecer escalas aproximadas y discretas. La escala triádica, integrada, a saber, por las categorías de leve, moderada e intensa, es un ejemplo. Existen numerosas posibilidades para refinar esta escala. Una escala doble-triádica reviste particular interés. Opera con nueve pasos o valores que se inician con leve leve, es decir, muy leve, continúan con mediano leve, y terminan con grave grave, es decir muy grave. Es de la mayor importancia que las posibilidades de refinamiento estén limitadas. Todas las clasificaciones representan juicios, los cuales, como ilustran estos dos casos, necesitan justificaciones. Una justificación solo puede otorgarse por aquello que se comprende. Así, es suficientemente sencillo entender una afirmación como: “la interferencia es leve” u otra como “la interferencia es seria moderada”. Pero, ¿cómo debe comprenderse la afirmación: “la interferencia es grave leve de un tipo moderado”?²⁹ Por esta razón la escala no puede ser infinitesimal o continua. Tiene que ser aproximada y discreta. Mientras más aproximada sea la escala, más frecuentes serán los casos que llegan a un punto muerto, por ejemplo, cuando una escala triádica utiliza la frecuencia de casos en los cuales sobre ambos lados podrían encontrarse interferencias “leves”, “moderadas” e “intensas”. En tales casos de punto muerto el parlamento, desde el punto de vista de la constitución, es libre para decidir lo que desee.

La discrecionalidad epistémica no es menos importante. Acontece en casos de falta de certeza empírica y normativa donde el principio formal de competencia del poder legislativo para la toma de decisiones, puede justificar el ejercicio de la discrecionalidad por su parte³⁰.

²⁶ Robert Alexy. *A Theory of Constitutional Rights*, cit., pp. 418-419.

²⁷ *Ibid.* pp. 396-414.

²⁸ Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 166.

²⁹ Robert Alexy, “The Construction of Constitutional Rights”, *cit.*, pp. 30-31.

³⁰ Robert Alexy. *A Theory of Constitutional Rights*, cit., pp. 422-425. Robert Alexy. “Comments and Responses”, en Matthias Klatt (ed.). *Institutionalized Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2012, cap. 5.

La existencia de estos dos tipos de discrecionalidad muestra que el razonamiento del tribunal constitucional es diferente al del parlamento. La mayoría del parlamento no puede promulgar una ley que exprese más que aquello que es posible decidir tanto a favor como en contra de una determinada regulación. Un tribunal constitucional puede tomar tal decisión, y en efecto tiene que hacerlo así, en todos los casos que vinculen la discrecionalidad. Esto implica que el control judicial de constitucionalidad está limitado a controlar los límites de la competencia del legislativo. Este es un punto importante pues allí donde se toma en consideración el principio de la democracia se reduce la intensidad con la cual el control judicial de constitucionalidad interfiere con el principio de la democracia.

III. DERECHOS CONSTITUCIONALES, DERECHOS HUMANOS Y REPRESENTACIÓN

La concesión representada por la discrecionalidad o la deferencia sirve para mitigar la severidad del problema planteado por la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad. Esta concesión sin embargo no nos ubica por sí misma en una posición para resolver el problema, toda vez que deja abierta la cuestión institucional acerca de quién debería determinar los límites de la competencia legislativa. En casos de colisión entre derechos constitucionales así como entre derechos constitucionales y bienes colectivos, este problema solo se puede resolver por medio de la ponderación. Los límites establecidos por la ponderación podrían denominarse “límites ponderativos”.

Un límite ponderativo se transgrede por el legislativo cuando la interferencia de cierta regulación en un derecho constitucional tiene un peso mayor respecto de las razones que lo justifican. Un parlamento que promulgue esta regulación afirmará, no obstante, con frecuencia, que dicha regulación es constitucional, lo cual implica que es proporcional, lo cual también implica que las razones que justifican la interferencia tienen al menos tanto peso como la interferencia. Un crítico del control judicial de constitucionalidad que acepte la tesis de que la ponderación es una forma de argumentación racional podría preguntarse, de todas formas, en tales casos, ¿por qué las estimaciones de la corte constitucional deberían tener prioridad sobre las estimaciones del legislativo? La respuesta a esta pregunta se deriva de la conexión de tres argumentos: uno formal, uno sustantivo y uno procedimental.

1. *¿Control o no control?*

El argumento formal consiste en la máxima clásica *nemo iudex in sua causa*³¹. Jeremy Waldron ha sostenido que “es difícil observar la fuerza de este argumento”³². Siempre tiene que haber “alguna persona o institución cuya decisión sea inapelable”³³ y la persona o institución que tiene la última palabra “decide *ipso facto* sobre la base de la aceptabilidad de su propia perspectiva”³⁴. Se debe estar de acuerdo con Waldron en el punto de que la última instancia no puede ser controlada por una instancia posterior, ya que si este fuera el caso la última instancia no sería en realidad última. Pero el problema de la última instancia debe distinguirse respecto del problema del control. Si no hay revisión judicial de constitucionalidad no hay control del poder judicial con respecto a la cuestión de si –al seguir sus propias evaluaciones de los requisitos de los derechos constitucionales– ha violado estos derechos. Es una cuestión aparte el hecho de que no exista un control institucionalizado hacia las instancias de control. Que la última instancia no está controlada no implica que no se puedan controlar instancias que no son definitivas. Entonces, nos quedamos con la cuestión de si el control ejercido por una instancia que no es controlada en sí misma, es preferible a que no haya control en absoluto. Considero que los derechos constitucionales estarían en una mejor situación si seguimos la primera opción. Pero, ¿por qué deberían tener una mejor protección? Esta pregunta conduce al segundo argumento, el sustantivo.

2. *Derechos constitucionales y derechos humanos*

El argumento sustantivo se basa en la importancia de los derechos constitucionales, la cual surge del hecho de que son derechos que han sido incluidos en una constitución con la intención –subjettiva u objetiva³⁵– de transformar los derechos humanos en derecho positivo o, en otras palabras, con la intención de positivizar los derechos humanos en tanto son derechos morales³⁶.

³¹ Cfr. sobre esto, Hans Kelsen. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, cit., p. 6 [La expresión latina significa que ningún juez debe ser parte en un caso donde tenga algún interés. *N. del T.*]

³² Jeremy Waldron. “The Core of the Case against Judicial Review”, *Yale Law Journal* 115, 2006, p. 1400. (Vers. cast. en este volumen).

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*, p. 1401.

³⁵ Cfr., sobre esto, Robert Alexy. “Constitutional Rights and Proportionality”. *op. cit.*

³⁶ Robert Alexy. “The Dual Nature of Law”, *Ratio Juris* Vol. 23, 2010, p. 178.

Los derechos morales son válidos exclusivamente por razón de su corrección. En este sentido, son derechos ideales, razón por la cual los derechos constitucionales, como intentos de positivizar los derechos humanos, tienen una doble naturaleza: en tanto derechos positivos tienen una dimensión real o institucional; pero la dimensión ideal y crítica de los derechos morales, en tanto derechos supra-positivos, existe independientemente de su positivización. Esto trae como consecuencia que la justificación del control judicial de constitucionalidad no está limitada, como Kelsen nos habría hecho creer, a una apelación a la estructura jerárquica del derecho positivo. Más allá de esto, la justificación del control judicial de constitucionalidad también se puede basar en razones morales. Ahora bien, los derechos humanos, en tanto derechos morales, incluyen un derecho de protección, el cual no se elimina por su positivización. Por el contrario, su positivización debe concebirse como un intento de fortalecer los derechos humanos en tanto derechos morales. Renunciar al control judicial de constitucionalidad implicaría quebrantar en lugar de fortalecer, el derecho de protección de los derechos constitucionales.

Un argumento basado en la naturaleza de principios de los derechos constitucionales, los cuales, de nuevo, pueden ser apoyados por el argumento de los derechos humanos³⁷, debe ser agregado a esta cuestión. Los derechos constitucionales, en tanto principios, requieren ser optimizados, es decir, desarrollados conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. En casos donde el parlamento responde a la pregunta por su violación en sentido negativo, se goza de mayor protección si existe un tribunal constitucional con la competencia de responder a esta pregunta en sentido afirmativo³⁸. Esta mayor protección es exigida por parte del principio de protección de los derechos constitucionales, el cual a su vez es un meta-principio, con respecto a diferentes principios, representado por los derechos constitucionales. Este meta-principio articula los argumentos formal y sustantivo.

IV. REPRESENTACIÓN ARGUMENTATIVA

Sin embargo, el argumento de la mayor protección es razonable solo si dicha protección es legítima y correcta. Tanto la legitimidad como la corrección

³⁷ Robert Alexy. "Constitutional Rights and Proportionality". *op. cit.*

³⁸ En casos de colisiones entre derechos constitucionales y bienes colectivos, resulta evidente la mayor protección de los derechos constitucionales. La cuestión se torna sin embargo más compleja en casos de colisiones entre derechos constitucionales. Aquí la mayor protección de un derecho implica correlativamente la menor protección del otro. En este caso "mayor protección" significa "mayor protección donde sea exigida por la corrección".

pueden establecerse en un paso final por medio de la representación argumentativa. Este es el argumento procedimental.

1. *Democracia y representación*

La legitimidad del control judicial de constitucionalidad con respecto al principio de la democracia tiene un aspecto negativo y otro positivo. El aspecto negativo se refiere a la cuestión acerca de cuán intensamente interfiere el control judicial con la competencia legitimada democráticamente del parlamento. Mientras menor sea el grado de interferencia, mayor será el grado de legitimidad. Este es el tema de la teoría de la discrecionalidad o deferencia. La teoría de la discrecionalidad o deferencia establece casos en los cuales la interferencia con el principio de la democracia es descartada por la constitución. Estos casos se podrían denominar “casos de no-interferencia”. El aspecto negativo consiste en otorgarle al principio de la democracia un peso más bajo respecto al principio de la protección de derechos constitucionales –un peso bajo proporcional al grado de discrecionalidad que corresponde al legislativo.

El aspecto positivo tiene que ver con la ampliación del peso del principio de protección al articularlo con el principio de la democracia. Tal articulación significa que el principio de la democracia se encuentra en ambos lados de la colisión. Con este desarrollo el argumento a favor del control judicial se mejora considerablemente. Se deben distinguir dos versiones del argumento positivo. La primera es el argumento bien conocido conforme al cual el control judicial es legítimo porque sirve para proteger las condiciones presupuestas por una democracia. Esta, sin embargo, no será considerada aquí. La segunda versión del argumento positivo es mucho más interesante debido a que hace referencia a todos los derechos constitucionales, no solo a aquellos que son relevantes para el proceso de formación de la voluntad democrática. Este es el argumento de la representación argumentativa.

El punto de partida del argumento de la representación argumentativa es el hecho de que el control constitucional es un ejercicio de autoridad estatal. En casos en los cuales las leyes son invalidadas se trata, como expresó Kelsen, de “un acto de legislación negativa”³⁹. En tiempos más recientes los tribunales constitucionales a menudo imparten directrices al parlamento relativas a acciones positivas que debe tomar el Estado en el campo de los derechos de protección, así como también en el campo de los derechos sociales. Esto es, o al menos se acerca mucho a, un acto de legislación posi-

³⁹ Hans Kelsen. “Judicial Review of Legislation”, *The Journal of Politics*, vol. 4, 1942, p. 187; id. *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 318.

tiva. En un Estado democrático en el cual –como afirma el artículo 20 (2) de la Constitución de la República Federal de Alemania– “Todo poder del Estado emana del pueblo”, el control judicial, en tanto legislación negativa o positiva, puede ser legítimo solo si emana del pueblo. Esto significa que es legítima solo si puede concebirse como una representación del pueblo.

La representación constituye una relación de dos lugares entre representado (*repraesentandum*) y representante (*representans*). En el caso de la legislación que proviene del parlamento, la relación entre los representados –el pueblo– y los representantes –el parlamento– se determina esencialmente por elecciones libres y generales, así como por la posibilidad de ejercer controles al negar la reelección. Ahora es posible dibujar una democracia que no contenga nada más que un sistema de toma de decisiones centrado en los conceptos de elección y regla de mayorías. Este sería un modelo puramente decisionista de democracia. Un concepto adecuado de democracia tiene que comprometer, sin embargo, no solo a la decisión sino también el argumento. La inclusión del argumento en el concepto de democracia la vuelve deliberativa. La democracia deliberativa es un intento de institucionalizar tanto como sea posible el discurso como un medio para la toma de decisiones públicas. Por esta razón, la articulación entre el pueblo y el parlamento tiene que determinarse no solo por decisiones expresadas en elecciones y votos, sino también por los argumentos esgrimidos en sustento de las decisiones. De esta forma, la representación del pueblo por el parlamento es, al mismo tiempo, volitiva o decisional, y argumentativa o discursiva.

2. Representación esencialmente argumentativa

La representación del pueblo por un tribunal constitucional es muy diferente. Los magistrados del tribunal no tienen, como regla, legitimación democrática directa y, lo que es más importante, el pueblo normalmente no tiene posibilidad de ejercer ningún control al negarles la reelección. Por esta razón, en un artículo anterior circunscribí la representación del pueblo por un tribunal constitucional como “puramente argumentativa”⁴⁰. Mattias Kumm ha señalado que una representación puramente argumentativa sería compatible, por ejemplo, con un “consejo de reyes filósofos hereditarios

⁴⁰ Robert Alexy. “Balancing, constitutional review, and representation”, en *International Journal of Constitutional Law*, No. 3, 2005, p. 579. Vers. cast., “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México: Fontmaara, 2005, pp. 89-103; reimpresa en Perfecto Andrés Ibáñez – Robert Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, México D.F., UNAM, 2006, pp. 1-18.

que buscan la justicia” e, insiste, “debe existir un vínculo volitivo/decisional entre el pueblo y los tribunales constitucionales si van a considerarse como instituciones genuinamente representativas”⁴¹. Kumm está en lo correcto en este punto. En una democracia al menos un vínculo electoral indirecto entre el pueblo y el tribunal constitucional —instaurado, por ejemplo, al nombrarlo por parte de los representantes que son elegidos de manera directa— es necesario y, más allá de esto, la toma de decisiones que acontece dentro del tribunal debe involucrar algún tipo de procedimiento mayoritario. Pero esto no afecta el punto esencial de mi argumento. El punto decisivo es que la independencia de los magistrados de un tribunal constitucional requiere que el pueblo no tenga posibilidad de ejercer control al votar para que abandonen su cargo o —de cualquier forma— negándoles la reelección. Esto es suficiente para caracterizar la representación del pueblo por un tribunal constitucional como *esencialmente* argumentativa⁴². Sin lugar a dudas, la representación del pueblo, tanto por el parlamento como por un tribunal constitucional, tiene una dimensión volitiva o decisional, así como también una dimensión argumentativa o discursiva. En ambos casos la dimensión volitiva o decisional representa el lado real, y la dimensión argumentativa o discursiva el lado ideal. La diferencia decisiva es que la dimensión argumentativa no es en el caso del control judicial simplemente una segunda dimensión junto a la dimensión decisional. Es la dimensión esencial. Esto implica que la dimensión ideal es dominante en el control judicial.

3. *Representación argumentativa, corrección y aceptación*

Un crítico del control judicial de constitucionalidad bien podría plantear una objeción y afirmar que esto, a fin de cuentas, es una sobre-idealización. El crítico sostendrá que la representación esencialmente argumentativa es una quimera. Una vez que lo ideal domina lo real, el tribunal constitucional es libre para proclamar todo argumento como un argumento que representa al pueblo. El camino que se inicia con los derechos constitucionales y continúa con la ponderación, la argumentación y el control judicial, termina con una ilusión, en la cual sería posible lograr la legitimación de todo.

Esta objeción puede rechazarse si es posible mostrar, primero, que el control judicial como argumento o discurso no lo permite todo y, segundo,

⁴¹ Matthias Kumm. “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review”, Matthias Klatt (ed.). *Institutionalized Reason*, cit.

⁴² Robert Alexy. “Comments and Responses”, Matthias Klatt (ed.). *Institutionalized Reason*, cit.

que el control constitucional como representación puede se puede asociar con lo que el pueblo realmente piensa. El control judicial como argumento no permite que todos los argumentos constitucionales, de los buenos a los malos o de los mejores a los peores, puedan diferenciarse los unos de los otros en un número considerable de casos. Esta es una cuestión teórico-argumentativa que he intentado responder por medio de una teoría del discurso racional. Ciertamente, la teoría del discurso racional no excluye el “desacuerdo razonable”⁴³. Excluye, sin embargo, la idea de que todos los desacuerdos son razonables. Si todos los desacuerdos sobre derechos fueran razonables, el argumento de Waldron contra el control judicial, que se basa esencialmente en la existencia del desacuerdo⁴⁴, sería, de hecho, bastante fuerte. Hay casos, sin embargo, en los cuales solo es discursivamente posible otorgar una respuesta⁴⁵ que sería, en este sentido, justa o correcta. El caso sobre el tabaco bien podría ser un ejemplo. En el caso de la información electrónica, la situación es más compleja. El voto disidente muestra que existe un desacuerdo dentro del tribunal. Ambos lados elevan una pretensión de corrección y la mayoría decide. Esta articulación entre argumento y decisión es legítima si se concibe al control judicial como un proceso de aproximación hacia la corrección o la verdad. Es nuestro mejor medio para acercarnos a lo que es discursivamente necesario.

La existencia de argumentos buenos o correctos es suficiente para la deliberación o la reflexión, pero no para la representación. Por esta razón, el nivel ideal de argumentación y corrección tiene que conectarse con el nivel real de la aceptación actual. La afirmación de la Corte de que sus argumentos son los argumentos del pueblo, no es suficiente. Un número suficiente de personas, al menos a largo plazo, debe aceptar estos argumentos sobre la base de que son correctos. Esto muestra que hay dos condiciones fundamentales para la verdadera representación argumentativa: primero, la existencia de argumentos razonables o correctos, y segundo, la existencia de un número suficiente de personas racionales, es decir, personas que pueden y están dispuestas a aceptar argumentos razonables o correctos por la razón de que son de hecho razonables o correctos. Estas personas se podrían

⁴³ John Rawls. *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, p. 55.

⁴⁴ Jeremy Waldron, “The Core of the Case against Judicial Review”. *op. cit.*, pp. 1366-1369. Vers. cast., “El núcleo del argumento central contra el control de constitucionalidad”, sección 2.4.

⁴⁵ Sobre los conceptos de posibilidad discursiva, necesidad e imposibilidad, cfr. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (1.ª ed., 1978), Ruth Adler y Neil MacCormick (trads.), Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 207.

denominar por analogía al concepto de “persona liberal” de John Rawls⁴⁶, “personas constitucionales”. Estas dos condiciones muestran cuan exigentes son los presupuestos del control judicial: expresan una confianza en la razón toda vez que sin la razón toda la empresa del constitucionalismo democrático sería un arreglo débil. Esto nos conduce a la conclusión conforme a la cual si la razón justifica el constitucionalismo democrático, como pienso que lo hace, entonces el control judicial se justifica como uno de sus elementos necesarios.

⁴⁶ John Rawls. *Political Liberalism*, cit., p. 290.