
Giovanni Bisogni. Titular de Filosofía del derecho por la Università degli Studi di Salerno, en la que también enseña Teoría del derecho y de la argumentación y Teoría de la interpretación. Forma parte del Colegio de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la misma universidad y también del Comité Editorial de los *Quaderni del Laboratorio Kelsen* (Mimesis) y de la *Rivista di filosofia del diritto* (Il Mulino). Sus intereses científicos atañen a la teoría de la interpretación y de la argumentación jurídica, la historia de los conceptos jurídico-políticos, el positivismo jurídico de los siglos XIX y XX y la teoría constitucional (con énfasis en el papel de lo judicial). Entre sus obras están *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato. Saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt* (Napoli 2005); *Teoria giuridica e giustizia costituzionale in Italia. Un profilo storico-filosofico* (Milano-Udine 2012); *La 'politicalità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giustezorico contemporaneo* (Torino 2017).

Contacto: gbisogni@unisa.it

DERECHO, MORAL Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL: entre Robert Alexy y Carlos Santiago Nino¹

Giovanni Bisogni

Università degli Studi di Salerno

LAW, MORALITY, AND CONSTITUTIONAL JUSTICE: between Robert Alexy and Carlos Santiago Nino

Resumen

Frente al control de constitucionalidad de la ley, cabe preguntarse si esta función es jurisdiccional no solo formalmente, sino también sustancialmente.

El objetivo de este ensayo es analizar cómo dos importantes filósofos del derecho –Robert Alexy y Carlos Santiago Nino– afrontan este problema. La ventaja de acercar la concepción de la justicia constitucional del primero a aquella del segundo se halla en

¹ Fecha de recepción: 2 de febrero 2019; fecha de aceptación: 18 de febrero 2019. El presente artículo es resultado de un proyecto de investigación desarrollado con el Dipartimento di Scienze giuridiche-Università degli Studi in Salerno.

su complementariedad. Ambos vislumbran en la conexión conceptual necesaria entre derecho y moral la base justificadora del control de constitucionalidad de la ley y el medio principal para reducir el poder discrecional producido por la indeterminación de las normas constitucionales; sin embargo, la manera como la interpretan sirve para entender que tal vez esta no sea la solución del problema, sino el problema a solucionar.

Palabras clave

R. Alexy, C.S. Nino, Justicia constitucional, Derecho y moral.

Abstract

When we have to do with constitutional review, it is quite common to ask whether it is judicial in character not only formally but substantively too.

The article aims to shed light on how two prominent legal philosophers – Robert Alexy and Carlos Santiago Nino – approach this problem. A complementing perspective is the strong point in coupling Alexy’s conception of constitutional justice with Nino’s: both regard the necessary connection between law and morality as a source of justification for constitutional review and as the main argument to restrict the discretion arising from indeterminacy of constitutional norms; however, the different way they interpret that connection helps understanding that it may be the problem to be solved rather than a solution to the problem.

Keywords

R. Alexy, C.S. Nino, Constitutional Justice, Law and Morality.

Introducción

Frente al control de constitucionalidad de la ley, cabe preguntarse si esta función es o no es jurisdiccional independientemente de las formalidades judiciales con las que esta puede ser ejercida y esto ocurre porque –recordando a Jürgen Habermas (1998)– “en la jurisprudencia constitucional (...) se acumul[a] y agudi[za] esa problemática de la ‘indeterminación del derecho’” (p. 316). Es una “problemática” no solo lingüística– no se trata solo de la vaguedad ínsita en el lenguaje de las prescripciones constitucionales– sino que es sustancial y atañe a una pluralidad de factores: el hecho de remitir frecuentemente a términos con caracteres morales; la pluralidad y la heterogeneidad de los derechos fundamentales allí consagrados; la existencia de unas cuantas normas que conciernen a la justicia social, cuya puesta en práctica a menudo exige intervenciones ‘activas’ que no corresponden a instituciones que aparentan ser jurisdiccionales...

El objetivo de este ensayo es analizar y examinar cómo dos importantes filósofos del derecho –Robert Alexy y Carlos Santiago Nino– afrontaron este problema. Ambos individualizan la clave de lectura resolutoria en la conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, en la que –es notorio– creen detenidamente. En efecto, esta no solo ejerce de fundamento justificador del control de constitucionalidad de la ley, sino que también sería capaz de reducir la discrecionalidad producida por la susodicha “problemática de la ‘indeterminación del derecho’”, impidiendo “ese tipo de concretización de normas, implícitamente productora de derecho, que ponen a la toma de decisiones del Tribunal Constitucional en competencia con el poder legislativo” (p. 331).

La ventaja de acercar la concepción de la justicia constitucional de Nino a aquella de Alexy se halla en su complementariedad. A pesar de compartir con el segundo la conexión entre derecho y moral (no solo, pero también esto) en el ámbito del juicio de constitucionalidad de la ley –tal vez precisamente en virtud de esta ‘condición’– el primero tiene una visión más concienzuda de los límites en los cuales en teoría es admisible un control judicial de constitucionalidad de la ley, es más, ayuda a entender que aquella conexión –lejos de garantizar carácter jurisdiccional al juicio de constitucionalidad de la ley– quizás no sea la solución del problema, sino el problema a solucionar. Un control de constitucionalidad de las leyes con criterios de juicio tan cargados de normas de principio y finalidades de justicia social no es una invitación a juzgar las leyes sobre la base de la moral mejor, sino todo lo contrario: juzgar las leyes sobre la base de la moral mejor insertada en la constitución lleva inevitablemente a una intensa politicización del control.

Una teoría no positivista para la justicia constitucional: Robert Alexy

Si la esencia de la jurisdicción se halla en el vínculo del juez con la ley, podría decirse que los tribunales constitucionales quedan excluidos porque, desde el punto de vista institucional, tienen la facultad de liberarse de este vínculo. Para Alexy es un grave error: la (constitutiva) disponibilidad de la ley no dificulta para nada la naturaleza jurisdiccional del control de constitucionalidad por la simple razón de que existe un vínculo heterónomo que la atañe y coincide con la que Alexy llama la “ideal dimension” (Alexy, 2010, p. 175) de la democracia –es decir, los derechos fundamentales sancionados por las constituciones contemporáneas– y que la *Sonderfallthese* se asume la carga de desarrollar argumentativamente (cfr. Alexy, 1997, léase junto con Atienza, 2010). Es más, esta parece adaptarse particularmente al juicio de constitucionalidad de la ley: el hecho de remitir a la moral sirve para llenar el vacío derivante de la ‘disponibilidad’ de la ley a hacerse cargo de la “indeterminación del derecho” constitucional².

Así las cosas, precisamente a nivel constitucional y cuando falta la referencia más segura para que la aplicación de las normas pueda considerarse verdaderamente jurisdiccional –la ley ordinaria–, la teoría del razonamiento judicial puede y debe demostrarse capaz de representar una guía segura en el juicio de constitucionalidad de la ley, señalando las reglas para llegar a la solución correcta del caso sometido a análisis por el juez constitucional, pero al mismo tiempo circunscribiendo aquellas áreas en las que el legislador democráticamente elegido puede ejercer su *voluntas* (cfr. Alexy, 1993; Alexy, 2015)³. Y esto es aún más verdadero si las constituciones contemporáneas prevén claramente derechos fundamentales oponibles frente al legislador y procedimientos específicos para eliminar las leyes que los violan: esa realidad no se debe ver como una excepción problemática respecto de una normalidad en la que el juez siempre está sometido a la ley, sino como una ocasión para ampliar la ‘circunferencia’ del Estado de derecho a un sector hasta aquel entonces prohibido por razones específicamente ideológicas⁴.

Así las cosas, aquello sobre el cual vale la pena discutir no es el *an* de la justicia constitucional, sino el *quomodo*, es decir, los límites a los cuales el control de constitu-

2. Alexy hace notar con razón que, con relación a la justicia constitucional, “fórmulas generales tales como ‘judicial self-restraint’ no sirven de mucha ayuda” (Alexy, 1993, p. 527).

3. Schauer (2012) aprecia el esfuerzo de Alexy (pero también lo critica).

4. “Si la Constitución garantiza al individuo derechos frente al legislador y (también), para la garantía de estos derechos prevé un Tribunal Constitucional, entonces la intervención del Tribunal Constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos derechos, no es una asunción anticonstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no sólo está permitido sino también ordenado por la Constitución” (p. 527).

cionalidad de la ley debe ajustarse para poderse considerar jurisdiccional. Para Alexy, los argumentos a afrontar para hallar esos límites son tres: “*material*”, “*funcional*” y “*metodológico y epistemológico*” (Alexy, 1993, p. 528).

El argumento “*material*” atañe a la importancia del bien jurídico afectado por la ley inconstitucional y representa un elemento para juzgar hasta dónde pueda llegar la “competencia de control” (p. 528) del juez constitucional.

El argumento “*funcional*” versa sobre “propiedades realmente existentes o supuestas de los sujetos de decisión” y, por lo general, atañe a la división de los poderes: el legislador está caracterizado por rasgos que lo hacen más adecuado para decidir sobre los derechos fundamentales –fuerte legitimación democrática, mayor capacidad “para juzgar adecuadamente estados de cosas complejos”, además de “la más fácil corregibilidad”–, mientras los tribunales constitucionales solo pueden oponer “el mayor nivel de imparcialidad” y su “aptitud justamente para decidir cuestiones de derechos” (p. 528).

Finalmente, el argumento “*metodológico y epistemológico*” es el más teórico por atañer a la posibilidad de demostrar o no demostrar que toda cuestión controvertida acerca de los derechos fundamentales se puede solucionar racionalmente. Según Alexy, se nos mueve entre un profundo decisionismo, derivante de una enraizada desconfianza hacia la racionalidad argumentativa, y un “racionalismo metodológico según el cual para cada cuestión de derechos existe una sola respuesta correcta” (p. 528)⁵.

Ahora bien, según Alexy el problema se puede solucionar solo si se consideran los tres argumentos sin mutilaciones arbitrarias, y lo cierto es que “desde puntos de vista sistemáticos, no existe ningún primado del nivel funcional sino de los niveles material y metodológico” (p. 529). De hecho, para él, un control de constitucionalidad de las leyes sería impensable sin criterios racionales para comprobar la conformidad o no conformidad de una ley a la constitución: “Constitutional review is necessarily connected to a claim to correctness. If balancing or weighing were incompatible with correctness, objectivity, and justification, it would have no place in constitutional law” (Alexy, 2005, p. 574). En efecto, en este caso sería mejor decidir si el legislador ha violado o no violado los derechos fundamentales sancionados en la constitución “by tossing a coin” (Alexy, 2015, p. 24) y, en realidad, uno de los objetivos del esfuerzo teórico de Alexy acerca de la argumentación jurídica es demostrar que la “apertura semántica y estructural de las disposiciones iusfundamentales” y su “carácter de principios” (Alexy, 1993, p. 525) no equivalen a un poder de decidir de cualquier manera⁶.

5. Alexy individualiza los representantes de los dos extremos respectivamente en Schmitt y Dworkin.

6. Para Alexy (2015, p. 24) este es el ‘pecado’ capital de Kelsen, aunque le reconozca el mérito de haber sido el artífice de la

Está claro que esto no significa alimentar una imagen ‘totalizante’ de la ‘pretensión de corrección’. Alexy señala muy explícitamente que su teoría de los principios y sobre todo el instrumento de la ponderación está muy enlazado con una “theory of discretion or deference” (Alexy, 2015, p. 28; Klatt & Schmidt (2012).: no siempre el razonamiento judicial es capaz de proporcionar una solución correcta única: a menudo la ponderación no puede garantizar este resultado por motivos tanto estructurales como epistémicos y la legítima esfera de discrecionalidad legislativa empieza precisamente en aquellos espacios en los que esa solución no es planteable (pp. 28-9).

Así las cosas, si la aplicación de las normas constitucionales es sustancialmente jurisdiccional, a despecho de su “apertura semántica y estructural” y de su “carácter de principios”, se esperaría que la “competencia de control” sobre la constitucionalidad de las leyes se entregara ‘naturalmente’ a todos los jueces sobre la base del modelo difuso. Pero Alexy no comparte esta idea: no solo “in normal cases of moral defectiveness, the contradiction between the factual and the ideal dimension is simply an expression of legal defectiveness that cannot be resolved by a judge” (Alexy, 2005a, p. 790), sino que lo mejor para solucionar estos contrastes es “to establish a constitutional court” (p. 790), la cual incluso plantea “an institutional question”, es decir, “whether it is compatible with democracy that a constitutional court be empowered to attempt to find this answer” (Alexy, 2015, p. 24).

Ahora bien, antes que todo cabe observar que preferir un órgano *ad hoc* –en lugar de los jueces comunes– implica una legitimación diferente de la función de control de constitucionalidad de las leyes, esto es, una legitimación mucho más procedural y enlazada con la identidad del que decide que con el contenido de su decisión. De hecho, si la indeterminación de las normas constitucionales no representa un problema porque la teoría jurídica –según Alexy– es capaz de llegar a la solución correcta –condición necesaria y suficiente para proporcionar al juez constitucional la legitimación democrática–, de todas formas seguiría siendo un vínculo para el texto normativo, en este caso constitucional⁷.

Desde este punto de vista la posición de Alexy no se aleja mucho de la de otro importante teórico del derecho que se ha interesado por la justicia constitucional, Luigi Ferrajoli. También este comparte la idea según la cual un juez, para ser tal, tiene que

justicia constitucional en la Europa continental.

7. Recuérdese que incluso quien afirmaba que la aplicación judicial de la ley implica siempre y en todo caso discrecionalidad –Hans Kelsen– a la hora de examinar cuál era el medio más adecuado para garantizar la democraticidad del poder judicial excluía la idea de una investidura electiva más o menos directa, prefiriendo el ‘antiguo’ principio de legalidad (cfr. Kelsen, 1977).

aplicar las normas que lo atañen de forma tendencialmente vinculada y políticamente neutral (cfr. sobre todo Ferrajoli, 2011a, pp. 816 y ss.); tampoco Ferrajoli considera la eventualidad de que el juicio de constitucionalidad de la ley pueda ser confiado a todos los jueces y acaba acomodándose a la existencia –solo limitada a los ordenamientos jurídicos continentales– de tribunales constitucionales que, desde un punto de vista tanto histórico como teórico, no da pábulo a ninguna perplejidad (pp. 90-1).

Sin embargo, lo que lleva Alexy a este resultado es una motivación totalmente opuesta a la de Ferrajoli. Si este último parte de lo que Alexy llama argumento “*funcional*” –es decir, la posición constitucional del juez– para llegar a un argumento “*metodológico y epistemológico*” –el concepto de “*aplicación sustancial*” (pp. 527-8)– aunque no se aviene con la realidad de la jurisprudencia constitucional (Ferrajoli, 2011b, pp. 73 y ss.), por el contrario Alexy parece concentrarse solo en este último argumento, dejando de lado las repercusiones de su reconstrucción del razonamiento judicial desde el punto de vista de la teoría constitucional. En otras palabras, con Alexy se asiste a la sobrestimación del argumento “*metodológico y epistemológico*” (y también “*material*”) sobre aquel “*funcional*”: es una estrategia teórica la cual, lejos de descargar la justicia constitucional de su carácter discrecional y de garantizar su despoliticización, acaba sobrecargando de tal manera la interpretación constitucional como para empujar al mismo Alexy no solo a negar el control difuso, sino también y sobre todo a preguntarse –casi una especie de *excusatio non petita*– acerca de la legitimación democrática de los tribunales constitucionales⁸.

De hecho, para Alexy, la respuesta a esta pregunta deriva también en este caso de la unión de tres argumentos, en una especie de *climax* ascendente con fuerza justificadora: ‘formal’, ‘sustancial’ y ‘procedural’ (Alexy, 2015, pp. 23 y ss.).

El argumento ‘formal’ no es otra cosa sino el principio *nemo iudex in causa propria*: es cierto que el parlamento no es el mejor juez para autoevaluarse (pp. 29-30)⁹. Para Alexy es un argumento importante, pero no determinante de por sí: está claro que el hecho de que exista un órgano de control es mejor que no exista, pero se necesita de motivos más importantes para que el máximo órgano de representación de la colectividad dependa de este. La respuesta se halla en el argumento ‘sustancial’: por lo general, los parlamentos se ocupan de derechos fundamentales y estos son bienes demasiado importantes para no ponerles atención. Este argumento hace hincapié en la naturaleza

8. Por lo que a los límites de la concepción de la justicia constitucional de Alexy se refiere, cfr. sobre todo Kumm, 2012; más en general, en lo que concierne a la ‘onerosidad’ de la filosofía jurídica de Alexy, cfr. las adecuadas observaciones de Giordano (2004, pp. 83 y ss).

9. Alexy se opone a la crítica de Waldron (1999) a este principio; de ahí que no haga sino reiterar una de las réplicas principales de Kelsen a Carl Schmitt (cfr. Kelsen, 1995).

moral de los derechos fundamentales: su ‘importancia’ no depende de su positivización jurídica –la cual, para Alexy, deja intacta su ‘sustancia’ moral– sino más bien de esta misma ‘sustancia’, que postula una específica garantía que consiste precisamente en la justicia constitucional (p. 30).

Sin embargo, Alexy admite que ambos argumentos juntos aún no son capaces de justificar la existencia de tribunales constitucionales. En los ordenamientos contemporáneos cada poder debe ser legítimo en sentido democrático y los jueces constitucionales no gozan de esta legitimación, al no ser elegidos directamente por el pueblo; sin embargo, esto no es un problema para Alexy porque opina que, además de la representación democrática electiva, existiría otra *species* de representación democrática que prescinde de las elecciones y se basa en la argumentación: la “argumentative representation” (Alexy, 2005b, pp. 578 y ss.; importantes coletillas se hallan también en Alexy, 2015, pp. 31 y ss.).

Un concepto similar en Alexy produce un doble efecto: no solo soluciona definitivamente un dilema –el de la legitimación democrática de los órganos de justicia constitucional– que afecta tradicionalmente a este tipo de órganos y más en general a órganos no electivos, sino que también proporciona una justificación adecuada al poder de estos órganos de anular la decisión de otros –paradigmáticamente los parlamentos– que, en cambio, por su naturaleza electiva, *prima facie* no deberían tolerar interferencias similares. Este doble efecto se alcanza reconsiderando la misma noción de representación, que incluye una dimensión –aquella argumentativa– la cual, por lo general, siempre ha sido pasada en silencio por la dimensión decisional. En efecto, para Alexy la representación en general supera tanto la llamada *Stellvertretung* –la mera representación de intereses– como la llamada *Repräsentation* –la representación puramente juspublicista, que se ocupa de convertir en existente y concreto lo que *in rerum natura* no se da, el pueblo– porque incluye aquella ‘pretensión de corrección’ que abre hacia la “ideal dimension” del derecho (cfr. Alexy, 2005b, p. 579, donde con razón cita a Kelsen como promotor de la *Stellvertretung* y a Schmitt como impulsor de la *Repräsentation*). De ahí que para Alexy sea posible imaginar una democracia puramente ‘decisionista’, pero está convencido de que una noción ‘adecuada’ de la misma no puede sino comprender el aspecto argumentativo (p. 579). Además de excluir que los tribunales constitucionales ejercen discrecionalidad –lo cual necesitaría de una investidura electiva–, este aspecto también es capaz de justificar su poder de prevalecer sobre los parlamentos, anulando las leyes inconstitucionales: en efecto, para Alexy los primeros son mucho más ‘cercanos’ a la ‘dimensión ideal’ del derecho (cfr. Alexy, 2010, p. 178) que los segundos, a condición de que las argumentaciones proporcionadas sean aceptadas –por lo menos a largo plazo–

por un número suficiente de “constitutional persons” (“by analogy to John Rawls’s concept of the liberal person”: Alexy, 2005b, p. 280), es decir, individuos racionales capaces de distinguir las argumentaciones buenas y malas.

No hay duda de que es una tesis ambiciosa, aunque criticable desde diferentes puntos de vista.

La primera crítica –ya recordada– es que, puesto que la argumentación jurídica debería llevar a la única solución correcta (si hay), no se entiende por qué la legitimación democrática de un tribunal constitucional no pueda ser satisfecha por su enlace con el texto constitucional, tal y como se interpreta a la luz de la ‘dimensión ideal’ del derecho, sino que debe tener, en cambio, naturaleza representativa. Además, el alcance de una tesis similar es muy fuerte por lo que al impacto teórico-constitucional se refiere: en efecto, esta puede extenderse a todos los jueces y obligaría a sobreseer la manera tradicional a través de la cual las sentencias se consideran democráticamente legítimas –es decir, muy vinculadas con la ley– en favor de una representación argumentativa que acaba relativizando este vínculo y produciendo un desequilibrio en la relación entre poder legislativo y poder judicial¹⁰.

De ahí que se produzca la sospecha de que, en realidad, la ‘representación argumentativa’ nace precisamente de la exigencia de explicar una concepción del razonamiento judicial –aquella basada en la *Sonderfallthese*– que es demasiado ‘voluminosa’ para poderse justificar sobre la base del vínculo del intérprete con el texto normativo. Así que la conexión entre derecho y moral desarrollada en sede argumentativa, lejos de asegurar una mediación casi nula en la aplicación de las normas constitucionales, parece exceder tanto como para exigir un superávit de legitimación: de hecho, es le mismo Alexy quien admite que en el juicio de constitucionalidad existe un aspecto volitivo que obliga a legitimar las sentencias ya no solo en virtud de la corrección jurídico-moral de su contenido, sino también por lo que a lo procedural se refiere¹¹.

Por lo tanto, los tribunales constitucionales deben interactuar con los órganos con directa legitimación democrática como, por ejemplo, la elección parlamentaria de sus componentes (cfr. Alexy, 2015, pp. 32-3); también su método de *decision-making* debe

10. Cfr. la crítica de Ferrajoli, 2015, pp. 37 y ss. Tal vez esta sea una de las razones por las que aquellas referencias a Kelsen y Schmitt presentes en Alexy, 2005b, faltan en Alexy, 2015, aunque ambos ensayos traten el mismo argumento y coincidan en muchos puntos. En efecto, podría considerarse excesivo pensar que la argumentación puede neutralizar la histórica contraposición entre estas dos maneras de considerar la representación, sobre todo si se piensa en que la noción de *Repräsentation* tiene –es notorio– un sustrato teológico-político que no solo no se acomoda tradicionalmente a los jueces, sino que hoy en día no es muy útil para explicar la representación. Sobre la distinción entre *Repräsentation* y *Stellvertretung* cfr. por lo menos Duso, 2003.

11. Cfr. Alexy, 2015 p. 32, donde contesta a las críticas de Kumm, 2012, pp. 206 y ss.

expresar el principio básico a través del cual se decide en democracia, es decir, el de mayoría (cfr. Alexy, 2015, pp. 32-3); pero sobre todo frente a un ‘desacuerdo razonable’, cuando la ‘pretensión de corrección’ no logra individualizar una solución única (cfr. Alexy, 2015, pp. 32-3), esta solución no se remite al legislador –como podría, y tal vez debería ser frente a una elección discrecional– sino que se admite una pluralidad de ‘pretensiones de corrección’ concurrentes entre sí, cuya elección acaba entregándose a un voto por mayoría y ya no a una deliberación argumentada (cfr. Alexy, 2015, p. 34, relativamente al voto particular)¹².

Está claro que Alexy intenta neutralizar la ‘politicidad’ de la justicia constitucional, sosteniendo que su tipo de representatividad, aunque frente a un aspecto decisionista, sigue siendo “*essentially argumentative*” (Alexy, 2015, p. 34)¹³, y en caso de *dissenting opinions*, debe entenderse como “a process of approximation towards correctness or truth” (Alexy, 2015, p. 34). Pero se trata de una estrategia que acaba perjudicando el juicio de constitucionalidad de la ley.

En efecto, si la representación argumentativa se fundamenta en la aceptación de un número al menos suficiente de “constitutional persons”, también se podría sostener la inutilidad de entregar el control a un organismo pertinente, incluso nombrado por el poder político puro. No solo esa función podría ser desempeñada directamente por estas personas, superando el modelo difuso, sino que, puesto que para Alexy también en el legislador democrático se descubre una dimensión argumentativa (cfr. Alexy, 2005b, p. 579, remachado también en Alexy, 2015, p. 32), nada impide sostener que el mismo legislador controla la constitucionalidad de sus propias leyes, quizás por medio de una estructura apropiada¹⁴.

Lo que queda es la impresión de que la justicia constitucional, por la tarea que Alexy le atribuye, no quiera encontrar aquella única solución correcta que el derecho constitucional interpretado –desde el punto de vista de la ‘dimensión ideal’ del derecho– traza pero que, de hecho, acaba integrando aquel riesgo de “desplazamiento del poder” que Hans Kelsen (1994, p. 37) temía frente a normas que remiten “a la justicia, a la equidad, a la igualdad, a la libertad, a la moralidad, etc.” (p. 36), incluso sin la prudencia que él proponía para conjurarlo¹⁵.

12. A pesar de esta concesión, Alexy precisa que “the decisive difference is that the argumentative dimension in the case of constitutional review is not simply a second dimension alongside the decisionistic dimension. It is the essential dimension. This implies that the ideal dimension is dominant in constitutional review” (Alexy, 2015, p. 34).

13. Aquí radica la diferencia con lo afirmado por Alexy (2005b, p. 579), donde la representación era “purely argumentative”.

14. El mismo Habermas lo afirma respecto del control de constitucionalidad en abstracto (cfr. Habermas, 1998, p. 314).

15. Se habla del conocido consejo por el cual “la Constitución debe, sobre todo si ella crea un tribunal constitucional, abstenerse de ese género de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de

De ahí que con Alexy se descubra que la verdadera falta de conexión entre derecho y moral no es tanto el hecho de que, al carecer criterios racionales para una jerarquía, “la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva” (Habermas, 1998, p. 332) –la objeción menor para un no-cognitivist ético– sino más bien que la transformación del control de constitucionalidad de la ley en una verdadera decisión *política*: juzgar sobre la base (no solo, sino también) de criterios morales llega a ser un juicio que no puede ser confiado racionalísticamente a quienquiera, aunque se tratara de “constitutional persons”, sino que debe ser practicado por una institución dotada de una legitimación claramente más fuerte y que, aunque puede considerarse ‘esencialmente argumentativa’, acaba contrayendo una deuda importante con la parte volitiva del juicio de constitucionalidad de la ley.

Una teoría no positivista escéptica sobre la justicia constitucional: Carlos S. Nino

Parece ser mucho más consciente de este aspecto otro filósofo del derecho, que también coincide en diferentes puntos con Alexy: Carlos Santiago Nino. Nino¹⁶ se ocupó del tema en un largo ensayo de 1993, dedicado en particular a una fundación filosófica –y, por ende, no solo jurídico-positiva– de la justicia constitucional (Nino, 1993)¹⁷. Gracias a este enfoque, Nino da comienzo a su análisis partiendo de aquella tesis que, desde el punto de vista teórico, se considera menos criticable a la hora de justificar el control judicial de constitucionalidad de la ley, la llamada ‘argumentación de Marshall’, que se va a articular a continuación. Si una constitución es rígida, es decir, no modificable por parte del legislador ordinario, las leyes inconstitucionales no son válidas, y ya que los jueces solo pueden aplicar derecho válido a los casos concretos, es evidente que tienen el deber-poder de controlar la constitucionalidad de las leyes que están aplicando (pp. 801 y ss.). Se trata de una justificación en apariencia muy apremiante, pero, para Nino, para nada irrefutable; para explicar su opinión se sirve del pensamiento kelseniano y,

una manera tan precisa como sea posible” (Kelsen, 1994, p. 37). De hecho, a veces casi parece que aquella ‘intersticialidad’ que Hart atribuía a la discrecionalidad judicial para distinguirla de aquella legislativa (cfr. Hart, 2000, p. 56) en Alexy está al revés: esta última es la que se cuele en los ‘intersticios’ de una interpretación constitucional extremadamente racionalizada –total que quizás no sea casual que Alexy no tematice para nada el problema kelseniano del “desplazamiento del poder”.

16. Por lo que a la manera a través de la cual Nino considera la conexión entre derecho y moral y las consecuencias que saca se refiere, véanse Nino (1989*) Nino (1991) y Nino (1994).

17. Su posición sobre la justicia constitucional había sido parcialmente adelantada también en Nino, 1989b. Para un análisis del ‘lugar’ de la justicia constitucional en el pensamiento de Nino cfr. Roca Pérez, 2005, pp. 344 y ss.

en particular, de su noción de ‘cláusula alternativa tácita’. Es sabido que, para Kelsen, esta noción tiene el objetivo de explicar lo que él considera un verdadero oxímoron: la validez de una norma jurídica inválida. Según él, una norma existente pero inválida no puede darse: existencia es validez, así que, si una norma existe pero se opone a las normas superiores que reglamentan su producción, esta no es inválida, sino válida en virtud de la ‘cláusula alternativa tácita’ hasta cuando no la anule el órgano competente (cfr. sobre todo Kelsen, 1982, pp. 303 y ss.).

A pesar de enterarse ampliamente de lo incierta que es (cfr. Nino, 1993, pp. 806-7, donde Nino remite sobre todo a las críticas a Kelsen de Eugenio Bulygin)¹⁸, Nino se avale de esta noción con la única finalidad de recordar que la inconstitucionalidad de una ley no impide que esta siga siendo aplicable por los jueces hasta cuando no sea suprimida por el órgano competente, y sobre todo que este órgano puede ser o no ser el juez. En realidad, de la rigidez de una constitución no se deriva necesariamente que una ley inconstitucional es inválida desde el principio y que esta invalidez puede ser evidenciada por el juez: puede ocurrir –bastante frecuentemente– que la ley, aunque inconstitucional, debe seguir aplicándose y que las que pueden desaplicarla son instituciones diferentes de aquellas judiciales (pp. 808-10).

En realidad, podría objetarse que Marshall no sostuviera que, por lo general, una constitución no pudiera entregar el control a un órgano diferente del juez, y que su problema era más limitado y solo dependía del silencio de la constitución estadounidense sobre este punto. Sin embargo, Nino critica precisamente las consecuencias derivantes de este silencio: él opina que Kelsen ha demostrado que no es cierto que una ley inconstitucional sea inválida –por lo menos en el sentido de su obligatoria aplicabilidad hasta el control de constitucionalidad– y que, aunque se la considerara así, son los jueces los que deben averiguarlo¹⁹. En la actualidad, la justicia constitucional no es una institución limitada a pocos países y el interés hacia la llamada argumentación de Marshall es sobre todo histórico; a pesar de esto, el pensamiento de Nino a este respecto guarda su utilidad porque demuestra que, por lo que a este tema se refiere, sería en teoría más oportuno preguntarse quién es el sujeto legitimado a decidir este estatus (Zagrebelsky (2014, pp. 273 y ss), antes que pensar en el estatus mismo de validez de la ley.

En realidad, para Nino existiría otro argumento mucho más sólido para justificar el control judicial de constitucionalidad de la ley. Es un tema que él considera ‘muy fuerte’

18. Para una reconstrucción equilibrada de esta (muy discutida) noción, cfr. por lo menos Gianformaggio & Paulson (1995) sobre todo las contribuciones de L. Gianformaggio, S. Nannini y J. Ruiz Manero, además de aquella de Bulygin.

19. Cfr. Nino (1993, pp. 810-11) el cual, en caso de que el silencio se interprete contra los jueces, llega a la misma conclusión de Kelsen, para el cual la constitución debe considerarse flexible, a pesar del procedimiento agravado para su modificación.

porque no solo legitimaría un control difuso, sino que incluso tampoco exigiría una constitución rígida. Este argumento deriva de una de las tesis más conocidas de Nino –aquella que él llama “the fundamental theorem of legal philosophy” (p. 811)– según la cual cualquier norma puede representar una razón válida para actuar y un fundamento otro tanto válido para toda decisión, incluso judicial, pero solo si tiene naturaleza moral, o bien presenta “the distinctive traits of autonomy, justificatory finality, universality, generality, supervenience, and publicity” (p. 811). Es un ‘teorema’ que no vale la pena analizar de por sí –tal y como el mismo Nino admite, se parece a la *Sonderfallthese* de Alexy (p. 814)²⁰– sino por las consecuencias que él deduce con relación a la justicia constitucional y que él mismo juzga demasiado laboriosas para aceptarlas.

De hecho, en su opinión, si aplicar una norma jurídica conlleva necesariamente una evaluación moral, se puede decir que no existe un razonamiento judicial que prescindiera de un control de constitucionalidad²¹. Así las cosas, no se deberían distinguir casos en que el juez aplica la ley y casos en que plantea dudas de constitucionalidad de esta: aplicar la ley es aplicar la constitución y la función jurisdiccional siempre es función de justicia constitucional, por la simple razón por la cual el razonamiento judicial siempre es un razonamiento moral. Para Nino, “this does not depend on the type of legal system or constitution but is merely a question of logic” (p. 815). Es totalmente irrelevante si un ordinamiento jurídico positivo tiene o no tiene una constitución escrita y si esta constitución es rígida o flexible: cuando se aplica el derecho, siempre funciona “a moral or an ideal constitution” (p. 817), la cual no solo guía en la interpretación del derecho vigente, sino que es la justificación última de la sentencia, tal vez incluso contra lo dispuesto por el legislador.

Parecería ser el ‘triunfo’ de la justicia constitucional y la jugada ganadora para derribar muchas interpretaciones teóricas sobre este tema, pero el mismo Nino la define como un “boomerang” (p. 819)²².

En primer lugar, este argumento produce paradójicamente un efecto jusrealista. Si el baremo para el juicio basado en el derecho –todo juicio, ya no solo aquel de constitucionalidad– es una constitución ideal de naturaleza moral, la constitución positiva no tiene mucha importancia en el razonamiento judicial: lo esencial es que la sentencia sea moralmente fundada, la constitución se convierte en “a series of graphs” (p. 819)

20. Sin embargo, tal y como se verá en el texto, Nino se aleja de Alexy en muchos e importantes aspectos (también lo recuerda La Torre (1999, p. XVIII)). A este propósito, cfr. la interesante interpretación de Alexy, 2003 del pensamiento de Nino.

21. Esto es verdadero también desde el punto de vista interpretativo, porque “the interpretation of text involves a series of successive steps, several of which implicitly resort to premises of evaluative character” (Nino, 1993, pp. 815 y ss.).

22. Cfr. Cianciardo, 2012.

y la ‘relación interpretativa’ que el juez debería instaurar con la misma –el esfuerzo de sacarle un contenido preciso de su propia decisión– acaba siendo vana.

Sin embargo, el efecto más radical y desconcertante para Nino es “the irrelevance of the government and its laws” (p. 818). Se puede describir en términos hartianos: como “la idea de una legislatura moral con competencia para crear y cambiar la moral, tal como mediante la sanción de normas jurídicas se crea y modifica el derecho, es repugnante a toda la noción de moral” (Hart, 2009, p. 220)²³, de la misma manera no hay ningún motivo teórico para que la aplicación de normas morales se atribuya a aquellas personas que poseen institucionalmente el poder de “determinar, *en forma revestida de autoridad*, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria” (Hart, 2009, p. 120 – cursiva añadida). Todo el mundo podría verificar si una ley representa un motivo válido para actuar, porque la subjetividad moral de cada uno de nosotros nos autoriza a hacer esta evaluación, y de aquí a prescindir, además del juez, también del legislador y de cualquier otro poder es muy fácil: para Nino, es totalmente lícito considerar inútil que otros nos digan cómo tenemos que portarnos (cfr. Nino, 1993, p. 818).

Ahora bien, no hay duda de que los extremos a los que Nino piensa llegar tienen rasgos caricaturescos, pero tal vez en esto Nino demuestre tener mayor conciencia, con respecto a Alexy, de los efectos de la conexión entre derecho y moral. Estos efectos funcionan como una especie de *caveat* para todos los que, en la espera de solucionar el problema de la ‘indeterminación del derecho’ sobre todo con referencia a la constitución, piensan recurrir a conspicuas ‘inyecciones’ de moral sustancial o también solo procedural. Tentativas similares, en la perfecta medida en que aspiran a convertir en más determinado y vinculado posible el juicio de constitucionalidad, no se percatan de que desembocan en lo que Nino define un “extreme legal nihilism” (p. 819) y que, en términos kelsenianos, podría indicarse como la total disolución del ‘sistema dinámico’ en el ‘sistema estático’.

Pero los inconvenientes de una conexión tan radical entre derecho y moral no acaban aquí.

Partiendo de la premisa de que el razonamiento jurídico puede llegar a la única solución correcta solo gracias a la irreprimible contribución del razonamiento moral, el resultado es que el control de constitucionalidad de las leyes se hace tan ‘difuso’ como para reducirse al juicio moral que cada uno de nosotros debe hacer cuando busca reglas

23. Nino está consciente de esto cuando afirma que “en realidad la idea de la autonomía moral excluye la existencia de autoridades prácticas” (Nino, 1994, p. 188), aunque intente guardar de todos modos el enlace entre derecho y moral, evitando que se convierta en una especie de ‘abrazo mortal’ para el derecho.

sobre la base de las cuales debe portarse, y Nino plantea serias dudas acerca de esta 'competencia' individual.

En primer lugar, esta 'competencia' es totalmente indiferente al régimen político en el cual se practica. Si todo lo que importa es la autónoma y personal capacidad de formular juicios morales y si hay certeza de que esta capacidad es capaz de llegar a la mejor determinación moral, para Nino es cierto que el contexto –ya sea democrático o autoritario– en el que esta se consigue es irrelevante, incluso se pueden justificar formas de autoritarismo moral basadas en la corrección del resultado (pp. 820-1)²⁴.

En segundo lugar –y antes que todo– sacar normas sociales de la moral es una operación que, para Nino, medianamente supera las capacidades de juicio de cada individuo, ya sea particular o juez. Según él, la formulación de un correcto juicio moral solo es posible “under conditions of impartiality, rationality, and knowledge of the relevant facts (according to the presuppositions of our practice of moral discussion)” (p. 821), que es difícil reconocer en un individuo y que, en cambio, pueden ser integradas mucho más eficazmente a escala colectiva (pp. 819 y ss.).

Es esta la razón por la cual, para Nino, la autoridad sirve²⁵. Esta se legitima en la capacidad epistémica en ámbito moral que el individuo no podrá adquirir nunca, de ahí que sea justo que la voluntad de la primera se imponga sobre este último, a pesar de oponérsele²⁶. Y para Nino aquel tipo de ordenamiento político que posee esa capacidad en el grado más alto es precisamente la democracia: también es verdad que, por lo general, las decisiones democráticas no se adoptan sobre la base de aquel criterio de unanimidad que es el único capaz de garantizar la cualidad moral de un proceso deliberativo; sin embargo, no hay duda de que el principio de mayoría la hace preferir a otros ordenamientos políticos –como la dictadura o las oligarquías– en los que el consenso solicitado para una decisión vinculante es muy limitado (cfr. Nino, 1993, pp. 822-3, afirmado también en Nino, 1994, pp. 183-4)²⁷.

24. De ahí que se pueda decir que Nino ha adelantado la crítica a Alexy por parte de Kumm (2012, p. 206) quien –de forma provocadora– sostiene que la noción de 'representación argumentativa' podría legitimar adecuadamente también “a council of justice-seeking hereditary philosopher kings or a papal commission of legists”.

25. Es la misma razón por la que, según Nino, el derecho no puede disolverse en la moral: de hecho, este está enlazado con la política (cfr. Nino, 1994, p. 147), aunque parece que la noción de política de Nino no es otra cosa sino la reformulación de una ética pública, total que critica aquellas concepciones de la democracia que independentizan la política de la moral (cfr. Nino, 1994, pp. 177 y ss.). Cfr. a este respecto Cianciardo (2014).

26. Según La Torre /1999, pp. XVI-XVII) este resultado acaba empujando a Nino hacia el positivismo ideológico, aunque limitado solo a las democracias. En realidad, Nino (1994, p. 185) afirma que la primacía epistemológica de la democracia “no permite inferir la obvia falsedad de que lo que decide la mayoría es siempre correcto”. Sobre este aspecto cfr. también Montero (2006).

27. Sobre la concepción de la democracia deliberativa de Nino además de Roca Pérez, 2005 y Oquendo (2002 cfr.), también Brunetti (2006).

En un cuadro de este tipo, el control judicial de constitucionalidad de la ley no tiene cupo. Permitirlo implicaría un individualismo moral que no solo posee potenciales rasgos antidemocráticos²⁸, sino que –desde el punto de vista epistémico– no está ‘equipado’ para desempeñar un razonamiento moral, como aquel solicitado por el “fundamental theorem of legal philosophy” también en el juicio de constitucionalidad de la ley (pp. 826-7), añadiendo que tampoco se puede hacer hincapié en el origen democrático de la constitución, sobre todo porque no siempre las constituciones tienen este origen²⁹. Es más, para Nino no solo el juez no puede controlar la constitucionalidad de la ley, sino que debe someterse a esta: puesto que la democracia es aquel ordenamiento político que, más que otros, es capaz de formular correctos juicios morales que luego desembocan en las leyes, es justo que el juez esté indiscutiblemente sometido a estas, las cuales “provide reasons to *believe* that there are reasons to act” (p. 824)³⁰. Por lo tanto, juzgar si una ley se ajusta a la constitución es, para Nino, una función demasiado ‘política’ para confiarla a los jueces; y, en particular, es ‘política’ porque implica un razonamiento que solo colectivamente –solo desde el punto de vista de la *polis*– tiene la posibilidad de llegar a una solución correcta³¹.

A pesar de esto, Nino admite tres excepciones a esta ‘prohibición’, de las que la más importante es, sin lugar a duda, la primera³².

28. “Detrás de la institución del control judicial de la constitucionalidad (...) se esconde muchas veces este elitismo epistémico” (Nino, 1994, pp. 174-5).

29. Cabe admitir que –desde este punto de vista– Nino adelanta muchos, aunque no todos, de los argumentos de Waldron, cuya posición opuesta al juicio de constitucionalidad de la ley (cfr., además de Waldron (1999) (1993) (2006) no se puede considerar muy original (además, tampoco cita a Nino).

30. Para Nino no favorecen el control de constitucionalidad ni siquiera la dimensión particular y concreta en la que actúan los jueces y su independencia: por lo que a la primera se refiere, Nino sostiene que el efecto limitado al *decisum* de las sentencias no se aviene con la relevancia colectiva de la decisión de constitucionalidad de las leyes; por lo que a la segunda se refiere, Nino admite que la independencia permite juzgar de forma neutral e imparcial, pero lleva al aislamiento del circuito democrático, que solo posee aquella capacidad epistémica para poder decidir mejor la constitucionalidad de una ley (cfr. Nino, 1993, p. 825).

31. Nino (1993, p. 830) detalla que de esta manera no quiere contradecir la pretensión por la que el razonamiento judicial posee también una naturaleza moral: según “the fundamental theorem of legal philosophy”, la aplicación del derecho siempre consiste en la búsqueda de una genuina razón (moral) para actuar, pero en esto los jueces son epistémicamente inferiores –y por ende subordinados– al legislador democrático.

32. Según Nino, las otras dos se justifican en virtud de la exigencia de tutelar la autonomía personal y de destacar aquella práctica social representada por la constitución. La primera no pone reparos particulares, pero está bastante circunscrita: el juicio de constitucionalidad de la ley es legítimo cuando se trata de sancionar la invasividad de leyes que pretenden colarse en la esfera de autonomía individual imponiendo decisiones sobre las concepciones personales de una vida privada buena y excelente (cfr. Nino, 1993, pp. 835 y ss.). La segunda más bien corrige aquel “legal nihilism” al que llega la asimilación del razonamiento jurídico con aquel moral: “Though it is true that reasoning, in order to have justificatory character, must necessarily start from moral principles (universalizable principles autonomously accepted), their object of application is not isolated actions or decisions, but the legal practice as a whole” (Nino, 1993, p. 842). Para Nino, si y en la medida en que es capaz de expresar aquellos “moral principles”, una constitución puede llegar a ser el baremo de las capacidades de las leyes de no minarlos y de no minar la continuidad de la práctica jurídica (cfr. Nino, 1993, pp. 838 y ss.).

Es notorio que solo órganos dotados de una directa legitimación democrática poseen las cualidades epistémicas para poder acceder a la mejor solución moral de un problema de interacción social. Pero, chocamos con un (clásico) problema: ¿quién garantiza que aquel órgano posee realmente aquellas cualidades? ¿Debería aceptarse toda decisión de aquel órgano sobre la base de una especie de presunción absoluta de infalibilidad moral? Nino no comparte esta idea y ve en el juez aquel órgano capaz de ofrecer esta garantía (pp. 831 y ss.). Los argumentos en apoyo a esta excepción a la prohibición del control judicial de la ley son esencialmente dos, uno explícito y otro implícito: por un lado, una variante del *principio nemo iudex in causa propria*³³; por otro lado, un sustancial rechazo del legalismo ético, o bien el repudio de la idea por la que la primacía epistémica del grupo respecto del individuo debe necesariamente implicar una abdicación total de las facultades morales individuales (p. 832)³⁴.

Sin embargo, no parece ser una buena estrategia fundamentar teóricamente esta excepción en la prohibición de basar la constitucionalidad de las leyes en el irreprimible derecho del individuo a analizar moralmente una decisión democrática que se le opone. Esto es, ¿para qué otorgarlo solo a los jueces y no reconocerlo, en cambio, también a todos los ciudadanos? Y reservarlo a un juez –aunque no especializado– ¿no podría representar una forma de paternalismo judicial, no muy diferente de la que se esconde detrás de las “constitutional persons” de Alexy? Además, el llamamiento de Nino al derecho del individuo como fundamento de la justicia constitucional desvela una tensión no resuelta entre individuo y colectividad en ámbito moral (cfr. La Torre, 1994, p. XIX): de ahí que la primacía epistémica de la segunda sobre el primero no pueda llegar hasta la aceptación acrítica de toda decisión democrática, pero si es difícil que el juicio individual posea aquellos requisitos de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos que permiten formular el mejor juicio moral, este límite puede valer también cuando se controla la constitucionalidad de las leyes, corriendo el riesgo –nada remoto– de que una limitada visual moral individual pueda vencer una articulada y ponderada deliberación colectiva³⁵.

También Nino hace hincapié en un *topos* de la justicia constitucional al que, por lo general, se recurre para limitar el ámbito de análisis. La finalidad del juicio (individual)

33. Para Nino, el circuito democrático no es imparcial consigo mismo como para juzgar su capacidad epistémica (cfr. Nino, 1993, p. 833).

34. Nino añade la ventaja por la que “since the intervention of the judges is by nature unidirectional, judicial activism is always directed to broaden the democratic process, requiring more participation, more freedom to the parties, more equality, and more concentration on justification” (Nino, 1993, p. 833), aunque no faltan en la historia casos evidentes que podrían desmentir esta confianza (por ejemplo, el famoso *Dred Scott Case*, considerado una de las causas de la guerra civil norteamericana).

35. Este riesgo puede aumentar si se considera el juicio de Nino sobre el principio de independencia del juez: a este propósito, cfr. la nota 32.

de constitucionalidad de la ley sería la tutela procedural y no sustancial de la democracia: no se trataría de juzgar el contenido de la deliberación legislativa, sino 'solo' de cerciorarse de que esta satisfaga aquellas condiciones que aseguren su elevada cualidad epistémica, y muchas de estas condiciones están representadas, para Nino, por el contenido de los "individual rights" (Nino, 1993, p. 833).

A pesar de esto, tampoco es cierto que esta limitación sirva realmente para confinar el control de constitucionalidad al ámbito jurisdiccional y no desemboque, en cambio, en una sustancial subrogación de la función legislativa.

En efecto, el problema no es tanto el fundamento teórico de los derechos como límites indisponibles por parte del proceso democrático, así como tampoco la no fácil distinción entre estos derechos –que Nino llama "a priori rights" (Nino, 1993, p. 833)– y aquellos que él define "a posteriori rights" (cfr. Nino, 1993, p. 833), o sea derechos cuya existencia depende exclusivamente de este proceso. Desde un punto de vista teórico sobre la justicia constitucional, el problema es sobre todo la inclusión en el grupo de los "a priori rights" de los "so-called *social or welfare rights*" (p. 834)³⁶, porque

(...) even if the present procedural approach of judicial review is accepted, its scope would be too broad, since the social and economic conditions of individuals (their level of education, their health, their strength vis-a-vis the pressures of the labor market) are preconditions for free and equal participation in the political process". (p. 834)

Al final es precisamente este el aspecto más controvertido del análisis de Nino: la atracción del juicio de constitucionalidad de la ley en el ámbito de la conexión entre derecho y moral acaba extendiendo el área de intervención de la jurisdicción hasta hacer desaparecer la distinción entre función jurisdiccional y función legislativa y convirtiéndolo en indistinguible lo que les toca a la primera y a la segunda. Nino no define ni a la una ni a la otra, pero no se cree traicionar su pensamiento si se sostiene que el *discrimen* no tiene naturaleza 'política', sino epistémica: el legislador no se confunde con el juez por ser *auctoritas*, o sea no porque, en igualdad de contexto factual, el primero llega a resultados diferentes del segundo en virtud de su propia legitimación política, sino simplemente porque posee condiciones mejores para desarrollar un razonamiento jurídico-moral³⁷. Por lo tanto, la distinción no atañe a la línea 'discrecionalidad/vin-

36. Sobre los derechos sociales en Nino, véase De Fazio & Aldao, 2015.

37. Nino tampoco emplea explícitamente aquel criterio de división *ratione materiae* que es la distinción dworkiniana entre

culatividad³⁸: Nino opina que el individuo no está a la altura de la tarea que se le exige cuando debe elaborar normas sociales, y esto no ocurre porque pretende respetar una esfera de *voluntas* –esto es, de incuestionable discrecionalidad del legislador–sino solo porque, por lo general, no posee aquellos requisitos de “impartiality, rationality, and knowledge of the relevant facts”(Nino, 1993, p. 821) que le permitirían tomar una justa decisión moral³⁸.

De ahí que se entienda la razón por la cual, en lo que se refiere a las leyes, el juez corre el riesgo de sustituirse al legislador. No solo producir una ley y emitir una sentencia (no solo, pero también) de inconstitucionalidad de la misma siempre implica teóricamente un razonamiento de naturaleza moral sino que, para este tipo de razonamiento es mucho más adecuado un órgano colegial como el parlamento, sobre todo cuando la decisión a tomar atañe a los derechos sociales –y no sería inadecuado atribuir el control de constitucionalidad a un órgano más ‘cercano’ al circuito democrático. De hecho, Nino advierte que

(...) we must be careful when we interfere with the democratic system for its own protection; otherwise the system could end up being reduced to a minimum expression, limited to cases of social deprivation (...). As a result, we could have an epistemically magnificent democratic system that is only allowed to decide a few things”. (pp. 834-5)

Un riesgo impensable en caso de que la diferencia entre poder legislativo y poder judicial es la misma de *voluntas* y *ratio*. Es por esto mismo que Nino y Alexy están a favor de tribunales constitucionales de tipo europeo, los cuales

(...) with members who are periodically renewed and who are chosen by different branches representative of popular sovereignty, possesses greater democratic

rights y *policies* (cfr. Dworkin, 1989), lo cual induce a ser cuidadosos a la hora de acercarse al universo del *common law* a aquel del *civil law*. En efecto, para Nino, esta distinción refleja mucho la atmósfera de aquel universo en el cual los derechos se basan no tanto en la ley, o más en general en alguna forma de *voluntas*, sino más bien en la ‘cadena’ de los precedentes vinculantes. Esta conciencia ‘comparatista’ explica por qué Nino afirma resueltamente no solo que no hay ninguna supremacía teórica de los *rights* respecto de lo que una colectividad puede decidir (cfr. Nino, 1993, pp. 825-6), sino también que el legislador tiene todo el poder de ocuparse de los *rights*, sin limitarse a tratar solo las *policies* (cfr. Nino, 1989b, pp. 82 y ss.).

38. Por lo tanto, podría decirse que Nino, a diferencia de Alexy, ‘ve’ el llamado “desplazamiento de poder”, causado por una constitución rica en normas de principio (que atañen sobre todo a la justicia social) y, al mismo tiempo, lo interpreta en términos morales, esto es, no como un ‘desplazamiento’ de poder, sino de ‘competencia epistémica’ en favor de un órgano –el juez– de la cual está bastante desprovisto.

legitimacy than a supreme court, like those of the United States or Argentina, in carrying out the functions of review that emerge from this theory". (p. 845)

En conclusión, si se cotejan a Nino y Alexy, también en este caso se puede decir que coinciden en muchos puntos. A pesar de las diferencias recíprocas, a veces importantes, también en Nino la conexión entre derecho y moral debería garantizar la objetividad, esto es, la 'jurisdiccionalidad' al control de constitucionalidad de la ley, pero el resultado es una sobredeterminación de la interpretación constitucional que produce un desequilibrio sustancial en favor del 'sistema estático' contenido en las constituciones contemporáneas y que descuida sus influjos en el 'sistema dinámico'. Así las cosas, decidir si una ley se ajusta o no se ajusta a los principios jurídico-morales vehiculados por la constitución es un juicio que no logra ser comprendido en la bien capaz red de una teoría del razonamiento judicial que se ha emancipado del juspositivismo; también obliga a elaborar una respuesta que, no obstante, acaba pasando en silencio a los jueces –los que más coherentemente deberían desempeñar esta función– y atribuyéndola a órganos de hecho dotados de una legitimación casi política.

Traducción del italiano de M. Colucciello

Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (1986). Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Alexy, R. (2003). La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (26), 173-201.
- Alexy, R. (2005a). La separación entre el derecho y la moral. Debate entre Robert Alexy y Andrei Marmor. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (39), 743-768.
- Alexy, R. (2005b). Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, 3(4), 572-581.
- Alexy, R. (2010). The Dual Nature of Law. *Ratio juris*, 23(2), 167-182.

- Alexy, R. (2015). Constitutional Rights, Democracy, and Representation. *Rivista di filosofia del diritto*, 4(1), 23-36.
- Atienza, M. (2010). Robert Alexy e la 'svolta argomentativa' nella filosofia del diritto contemporanea. *Ars interpretandi*, (15), 37-48.
- Brunetti, L. (2006). Carlos Santiago Nino e la democrazia deliberativa. *Quaderni costituzionali*, 26(3), 593-607.
- Cianciardo, J. (2012). The Paradox of the Moral Irrelevance of the Government and the Law: A Critique of Carlos Nino's Approach. *Ratio juris*, 25(3), 368-380.
- Cianciardo, J. (2014). The Relevance of the Law and the Relationship between Law and Politics: An Approach from the Perspective of Carlos Nino. *Rechtstheorie*, 45(1), 19-34.
- De Fazio, F.L. & Aldao, M.M. (2015). Los derechos sociales fundamentales en Nino: Una línea fértil para la metodología jurídica. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (38), 301-318.
- Duso, G. (2003). *La rappresentanza. Genesi e crisi del concetto*. Milano: Franco Angeli.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (1977). Barcelona: Ariel.
- Ferrajoli, L. (2011a). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia I. Teoría del derecho* (2007). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011b). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia II. Teoría de la democracia* (2007). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2015). Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy. *Rivista di filosofia del diritto*, 4(1): 37-52.
- Gianformaggio, L. & Paulson, S.L. (Eds.) (1995). *Cognition and Interpretation in Law*. Torino: Giappichelli.
- Giordano, V. (2004). *Il positivismo e la sfida dei principi*. Napoli: E.s.i.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Hart, H.L.A. (2000). *Post scriptum al concepto de derecho*. Mexico D.F.: UNAM.
- Hart, H.L.A. (2009). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Kelsen, H. (1977). *Esencia y valor de la democracia*. Madrid: Guadarrama.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. Mexico D.F.: UNAM
- Kelsen, H. (1994). La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional) (1928). *Ius et Veritas*, 5(9), 17-43.
- Kelsen, H. (1995). ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid: Tecnos.
- Klatt, M. & Schmidt, J. (2012). Epistemic discretion in constitutional law. *International*

- Journal of Constitutional Law*, 10(1), 69-105.
- Kumm, M. (2012). *Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review*. En M. Klatt (Ed.), *Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy* (pp. 201-217). Oxford: Oxford University Press.
- La Torre, M. (1999). *Presentazione*. En C.S. Nino, *Diritto come morale applicata* (1994) (pp. I-XXIII). Milano: Giuffrè.
- Montero, J. (2006). La concepción de la democracia deliberativa de C. Nino: ¿populismo moral o elitismo epistemológico? *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (29), 319-332.
- Nino, C.S. (1989a). *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Nino, C.S. (1989b). La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (4), 79-88.
- Nino, C.S. (1991). *The Ethics of Human Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- Nino, C.S. (1993). A Philosophical Reconstruction of Judicial Review. *Cardozo Law Review*, 14(3-4): 799-846.
- Nino, C.S. (1994). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Oquendo, Á.R. (2002). Deliberative Democracy in Habermas and Nino. *Oxford Journal of Legal Studies*, 22(2): 189-226.
- Roca Pérez, V. (2005). *Derecho y razonamiento práctico en C.S. Nino*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Schauer, F. (2012). *Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text*. En M. Klatt (Ed.), *Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy* (pp. 307-316). Oxford: Oxford University Press.
- Waldron, J. (1993). A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 13(1), 18-51.
- Waldron, J. (1999). *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Waldron, J. (2006). The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, 115(6), 1346-1406.
- Zagrebelsky, G. (2014). *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Madrid: Trotta.

