

OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

Democracia y Tribunales Constitucionales Comentario a la Teoría de la Representación Popular Argumentativa de Robert Alexy

*Democracy and Constitutional Courts Commentary on Robert Alexy's Theory of
Argumentative Popular Representation*

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.90>

Brenner Israel Ronaldo Lopez de Leon*
lopezbrenner@gmail.com

ENVIADO EL 25 DE JUNIO DE 2022

ACEPTADO EL 5 DE OCTUBRE DE 2022

Resumen

La teoría de la representación popular argumentativa de los tribunales constitucionales como único medio para reconciliar democracia y control de constitucionalidad ha sido planteada por el iusfilósofo alemán Rober Alexy. Entran en juego aquí la dogmática conceptual de la democracia, el constitucionalismo, la soberanía y la representación popular, así como los principios de legalidad, seguridad jurídica y del imperio de la ley. Se somete a crítica dicha teoría confrontándola con las instituciones descritas y se concluye que es inconsistente con el sentido, significación y objetivos de la representación popular en un Estado democrático y constitucional de derecho.

Palabras clave: Representación popular, democracia, Constitución, constitucionalismo, tensión democracia-control de constitucionalidad, tribunal constitucional, principios de imperio de la ley, legalidad, seguridad jurídica.

Abstract

The theory of argumentative popular representation of constitutional courts as the only means to reconcile democracy and constitutional control has been raised by the German legal philosopher Rober Alexy. The conceptual dogmatics of democracy, constitutionalism, sovereignty and popular representation come into play here, as well as the principles of legality, legal certainty and the rule of law. He criticizes said theory by confronting it with the institutions described and it is concluded that it is inconsistent with the meaning, meaning and objectives of popular representation in a democratic and constitutional State of law.

Key words: Popular representation, democracy, Constitution, constitutionalism, democracy-constitutional control tension, constitutional court, principles of rule of law, legality, legal certainty.

* Según la declaración del autor la investigación fue realizada con fondos propios y no existe conflicto de interés.

Democracia y Tribunales Constitucionales

Comentario a la Teoría de la Representación Popular Argumentativa de Robert Alexy

Democracy and Constitutional Courts Commentary on Robert Alexy's Theory of Argumentative Popular Representation

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.90>

Brenner Israel Ronaldo Lopez de Leon

lopezbrenner@gmail.com

Sumario

Introducción – 1. La democracia y su significación constitucional – 2. El control de la constitucionalidad de las leyes – 3. La teoría de Robert Alexy sobre la representación popular argumentativa de los tribunales constitucionales – 4. Conclusión

Introducción

Robert Alexy en su ensayo *Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación* afirma la tesis siguiente: “La única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia, es considerando que aquel es también una forma de representación del pueblo”¹.

El objetivo principal del presente artículo es discutir la tesis de Robert Alexy sobre la representación popular del control de constitucionalidad y tratar de concluir de forma crítica-racional si dicha tesis es verosímil, es decir, si de conformidad con la idea de democracia y democracia representativa, el control de constitucionalidad de las leyes puede considerarse también una especie de representación popular como lo plantea Alexy.

Para ello será necesario revisar la dogmática tanto del constitucionalismo como del control de la constitucionalidad de las leyes, algunos principios como el del imperio de la ley, de legalidad y de seguridad jurídica, así como los postulados de la ideología del neoconstitucionalismo y del activismo judicial.

Se debe recordar, asimismo, la defensa de la democracia parlamentaria realizada por Hans Kelsen en polémica con la crítica de Carl Schmitt sobre la disociación entre democracia

¹ Robert Alexy. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en: *Jueces y ponderación argumentativa*. Por Perfecto Andrés Ibáñez & Robert Alexy (Madrid: Instituto de España, 2006), 13.

y libertad y, en consecuencia, entre representación y elección y su defensa del nacionalismo sobre el pluralismo político parlamentario.

En casi todos los sistemas democráticos de hoy en día, se admite alguna especie de control de constitucionalidad de las leyes, es decir que, en dichos sistemas, las leyes aprobadas por el parlamento o congreso son susceptibles de alguna forma de control judicial (concentrado, difuso, mixto, etc.) con la finalidad de asegurar su regularidad constitucional.

Indistintamente del sistema de control de constitucionalidad de las leyes que en cada Estado se adopte, se plantea la pregunta de su legitimidad democrática, es decir, de su identificación con el principio democrático; si bien en algunos ordenamientos con más fuerza que en otros.

Por ejemplo, en Los Estados Unidos de América, el constitucionalismo popular representado principalmente por Mark Tushnet y Larry Kramer proponen que la opinión de la Corte Suprema sobre la constitucionalidad de las leyes no sea vinculante: “que la gente logre la protección de los derechos a través de la política, quitando la Constitución de manos de los jueces”², precisamente porque la autoatribución que hizo dicho tribunal de la facultad del *judicial review* proviene de una interpretación ideológica de la Constitución estadounidense (como afirma Guastini) y no de su propio texto. En otros ordenamientos, donde sus constituciones si contemplan taxativamente la facultad de los tribunales de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, lo que se cuestiona son los límites de actuación de los tribunales constitucionales, dado que no son órganos soberanos como el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial.

Pero la pregunta principal que se pretende responder en el presente artículo es si Alexy tiene razón en su tesis sobre la *reconciliación* entre democracia y control de constitucionalidad por medio de la representación popular de los tribunales constitucionales, la cual debe ser, según el autor, una *representación argumentativa* y si es posible, desde la visión de la democracia y de la ciencia jurídica, que tal representación pueda constituir un referente objetivo o si se trata únicamente de una ficción jurídica como muchas otras.

Para realizar una exposición ordenada de los tópicos a tratar, se dividirá este artículo en tres partes esenciales: la democracia y su significación constitucional, el control de constitucionalidad de las leyes y; el análisis de la teoría de Robert Alexy sobre la representación popular de los tribunales constitucionales para, por último, tratar de inferir una conclusión que sea verosímil con los postulados de la lógica, la racionalidad y la ciencia del Derecho.

1. La democracia y su significación constitucional

La Constitución escrita es uno de los principales productos del constitucionalismo y este a su vez es producto de las revoluciones burguesas de 1776 y 1779. La Constitución nace

² Mark Tushnet. “*popular constitutionalism as political law*”, en *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, por: Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega (México: Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013), 9.

con la finalidad principal de imponer límites al ejercicio del poder, posteriormente los desarrollos teóricos y la jurisprudencia le han ido asignando otras funciones, algunas acertadas y otras que no se relacionan en absoluto con su naturaleza.

La democracia es un término equívoco, es decir, un término al que se le han atribuido diversas significaciones, en lo que aquí interesa, el significado constitucional de la democracia está reflejado en el contenido de las normas constitucionales, y el enfoque de este artículo es el del punto de vista de la Constitución normativa, es decir, de que la Constitución es un conjunto de disposiciones normativas, concepción que se aleja del concepto de la denominada *constitución viviente* como se le ha llamado en algunos ámbitos para explicar la teoría de la Constitución como un organismo viviente, concepto al cual no se adhiere la opinión del autor de este artículo.

Luigi Ferrajoli caracteriza a la Constitución como un instrumento legal y normativo, y menciona que la Constitución es “un conjunto de imperativos negativos y positivos -de no hacer y hacer- impuestos a todos los poderes como sus fuentes de legitimación o también, en caso de incumplimiento, de deslegitimación”³. El concepto ferrajoliano parte de la idea de la constitucionalización de la democracia y de la positivización de los principios ético-políticos que la caracterizan.

De esta forma, la significación constitucional de democracia se encuentra en el denominado *principio democrático*, como elemento interpretativo de la Constitución y a la vez, homogenizador de la -según algunas teorías- tensión existente entre democracia y constitución, y ello incluye al control de constitucionalidad de las leyes.

Salazar se refiere a la tensión entre democracia y Constitución así: “la tensión es contundente: salvaguardar la Constitución implicaría limitar la autonomía política; apostar seriamente por la democracia supondría reconocer que la autodeterminación ciudadana podría arrasar el documento constitucional”⁴.

Tras la derrota de los nacionalismos extremos (fascismo y nazismo), durante la segunda mitad del siglo XX surge la idea del Estado constitucional y democrático de derecho, concepto que Atienza define como “un Estado en el que los derechos se encuentran garantizados, como Estado que se estructuró en torno y, a partir de la Ley”⁵. De manera que el Estado constitucional y democrático de derecho es hoy tomado como el pilar fundamental de las sociedades contemporáneas.

Es un concepto que refleja un sistema de carácter democrático representativo cuyo eje central está representado por la protección de la dignidad humana por medio del reconocimiento de un amplio catálogo de derechos fundamentales y su protección a través

³ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia* (Madrid: Trotta, 2011), 50.

⁴ Pedro Salazar Ugarte. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica* (México: Fondo de Cultura Económica, 2006), 178.

⁵ Manuel Atienza Rodríguez, “Argumentación y constitución”, en: *fragmentos para una teoría de la constitución* (Madrid: Lustel 2007), 116.

de garantías constitucionales (instrumentos procesales para el aseguramiento del respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales).

En materia política, la Constitución reconoce y protege los pactos o acuerdos políticos establecidos por los actores de la democracia, entre ellos destacan, esencialmente, el principio democrático, la forma o sistema de gobierno, la estructura estatal y los derechos fundamentales.

Sin embargo, la realización puntual de los postulados de la democracia recogidos en las normas constitucionales no se agota en el texto de la Constitución. Sin perjuicio de la existencia de las denominadas por Loewenstein *constituciones semánticas*, las cuales, según dicho autor, son las constituciones de aquellos Estados en los cuales “si bien la constitución será plenamente aplicada, su realidad ontológica no es sino la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fácticos, que disponen del aparato coactivo del Estado”⁶; la realización de los principios democráticos recogidos en la Constitución dependerá de varios aspectos: la voluntad de los titulares de los poderes soberanos, la efectiva coordinación de los controles de poder tanto jurídicos como políticos, el ejercicio de los derechos del electorado, etc.

Para Ferrajoli, la democracia constitucional constituye un modelo teórico-normativo en el que la Constitución representa “un documento normativo y en el cual debe soslayarse su naturaleza política”⁷.

Un definición neoconstitucionalista de democracia constitucional sería la siguiente: “En este sentido, podemos entender que la democracia constitucional en sentido estricto es la forma de gobierno en la que los órganos del poder democrático, además de estar articulados según el principio de separación y/o división, se encuentran explícitamente vinculados en su actuación por la norma constitucional, que los obliga al respeto y a la garantía también de los otros derechos fundamentales, en primera instancia los derechos de libertad y los derechos sociales”⁸.

Con fundamento en tal definición, se puede afirmar que el concepto de democracia que recoge la Constitución consistiría básicamente en lograr la funcionalidad del sistema y del proceso político, resolviendo las tensiones que, según algunas teorías, subsisten entre democracia y Constitución.

Gargarella afirma que: “En realidad, puede parecer extraño que exista un conflicto entre ambas ideas cuando es tan usual que hablemos de *democracias constitucionales*, o cuando es tan común que uno se proclame, al mismo tiempo y, por ejemplo, demócrata y defensor de los derechos humanos”⁹. Es importante lo manifestado por Gargarella porque quizás el concepto neoconstitucionalista cometa el error de resaltar la tensión entre

⁶ Karl Loewenstein, *teoría de la constitución* (Barcelona: Ariel, 2018), 218.

⁷ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, 46.

⁸ Pedro Salazar Ugarte. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, 36.

⁹ Roberto Gargarella, *Teoría y crítica del derecho constitucional. Tomo I. Democracia*. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 23.

democracia y Constitución cuando en realidad las tensiones se dan entre los órganos de poder en el desarrollo del ejercicio de proceso político.

Si la Constitución es un producto democrático, ¿porqué debe existir tensión entre ambas?, es decir, la democracia produce la Constitución y su contenido ha sido consensuado por el pueblo en un ejercicio de democracia directa (en el caso de Guatemala, por ejemplo, la elección de los diputados a la Asamblea Nacional Constituyente que elaboró, sancionó y promulgó la Constitución vigente), ¿en que consiste la señalada tensión entre democracia y Constitución?

Y en ese sentido, hablando del concepto de representación popular del tribunal constitucional planteado por Alexy, ¿porqué el pueblo necesita representación de un órgano que ni es soberano ni se le ha delegado tal representación popular?; existe en la teoría de Alexy otra teoría de contrabando -implícita- que manifiesta que entre el pueblo y el control de constitucionalidad es necesaria una *reconciliación*, es decir, que en la Constitución existe una contradicción implícita, ya que, a pesar de ser un producto de la democracia, el control de constitucionalidad no fue deseado por el pueblo y al ejercerse crea tensión entre éste y la Constitución.

Esta aporía no es explicada suficientemente por el neoconstitucionalismo, porque para esta ideología constitucional, el verdadero legislador es el juez no el representante que fue electo democráticamente, es decir, el juez, sobre todo el juez constitucional, es quien verdaderamente interpreta la Constitución y dice el Derecho, sin perjuicio de que en su decisión deba derrotar las normas emanadas de la democracia.

Sobre todo, deben realizarse algunas aclaraciones y aquí cabe citar las palabras de Winston Churchill “La democracia es el peor sistema de gobierno, a excepción de los demás”. Lo que Churchill quiso decir, o más bien aclarar, es que ningún sistema de gobierno es perfecto, pero que hay algunos sistemas de gobierno mejores que otros, y al momento, el mejor sistema de gobierno que el ser humano ha inventado es la democracia, porque la opción es la autocracia o sea los gobiernos totalitarios o autoritarios, cuyo resultado desastroso ya se vivió en el pasado.

Entonces, parecería ser poseedor de una exigencia demasiado alta, pedirle a la democracia y a la Constitución que hagan lo que el ser humano no ha podido ni ha querido hacer con su voluntad y su capacidad de acción, claro, sin que por ello deban abandonarse las exigencias del cumplimiento a cabalidad -o por lo menos lo mejor posible- de los mandatos contenidos en la Constitución, que es por antonomasia, el producto principal de la democracia.

Ello es así, porque si nos tomamos en serio el principio del imperio de la ley, que es un principio democrático y constitucional, ineludiblemente debemos concluir que se debe cumplir lo que la Constitución ordena ya que, como dice Atienza, citando a Laporta: “...si las exigencias del imperio de la ley no están razonablemente satisfechas, lo que se pone en peligro no es solo el buen funcionamiento del sistema jurídico (un valor, digamos, de tipo

instrumental si se quiere, específico del Derecho), sino la propia autonomía personal, la capacidad de los individuos para controlar su vida y sus proyectos”¹⁰.

A decir de Chueca: “La representación democrática es un proceso. Persigue que las decisiones del órgano que realiza la función de expresión de la voluntad soberana (la voluntad del pueblo) sea congruente, comparta los códigos para entendernos, del pueblo que representa. Pero la voluntad que expresa o manifiesta, no es ni puede ser, la voluntad de todos (y cada uno) de los ciudadanos. Esto, además de imposible, no es objeto de la representación política”¹¹.

En esa tesitura, el principio democrático constituye una norma de optimización y no un proceso institucional de la elaboración de la voluntad estatal. La voluntad popular, en el estado democrático y constitucional de derecho resulta de la realización del proceso político, que consiste en examinar la voluntad del pueblo como titular de la soberanía y plasmarla en acciones políticas que están siempre sujetas a un control jurídico. Dicha voluntad, definitivamente no es la de todos, o por lo menos no la de todos los votantes, pues el proceso político, para ser legítimo, debe respetar la libertad política que lleva al pluralismo político, de lo contrario, las minorías carecerían completamente de derechos de participación política.

Debemos recordar que los conceptos de democracia, Constitución y representación son conceptos genéricos, que necesitan de una dogmática para desarrollarse, pero la señalada tensión existente entre democracia y Constitución que señalan algunos autores neoconstitucionalistas es una aporía, es decir, una contradicción irresoluble, una afirmación equiparable a la frase de la teoría marxista que señalaba que el capitalismo desaparecería porque tenía implícito en su esencia la contradicción entre individuo y sociedad, por supuesto, ni el capitalismo desapareció, ni la sociedad dejará de estar integrada por individuos, por lo que si la Constitución es un producto esencial de la democracia por contener en su texto la voluntad popular, no es razonable la existencia de una tensión entre ambos conceptos ni se puede confundir con los conflictos que necesariamente se dan en el transcurso del proceso político y en la ejecución de la gestión de los órganos del Estado.

La voluntad popular es una voluntad de las mayorías, que será ejecutada por sus representantes, pero ello no implica, en un sistema democrático, la violación de los derechos de las minorías que la misma democracia ha protegido en el texto de la Constitución. La voluntad popular delegada en sus representantes es siempre una voluntad presumida, hipotética, pero no puede ser acusada de ilegítima por el hecho de que en un determinado momento histórico se le pudiere contraponer un conflicto político de hecho, empírico y parcial, contingente, que pretenda suplantar todo el proceso político preconstitucional y soslayar, también de hecho, el texto de la Constitución, tal concepción es reflejo de la teoría

¹⁰ Manuel Atienza, *Escritos polémicos. Diálogos sobre derecho, argumentación y democracia*. (Lima: Palestra Editores, 2021), 18.

¹¹ Ricardo Chueca, “La representación política, una conjetura colectiva”, en *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*. Por Pablo Riberi (México: UNAM-IIJ, 2019), 128.

de la hegemonía cultural de Antonio Gramsci, una teoría que no es compatible con la idea de democracia constitucional.

2. El control de la constitucionalidad de las leyes

¿Es el control de constitucionalidad una forma de representación popular? ¿Es válida la objeción democrática al control de constitucionalidad de las leyes? ¿Es verdad que existe tensión entre democracia y control de constitucionalidad de las leyes? Las respuestas a estas preguntas han sido formuladas de manera afirmativa por algunos autores, sobre todo por los partidarios de la teoría neoconstitucionalista, lamentablemente esas afirmaciones han sido esgrimidas sin más, sin juicio crítico previo o simplemente admitiendo como ciertas las ideas de autores continental-europeos sin oponer mayores argumentos en una admisión *ad auctoritatem*, como verdades evidentes.

Como se dijo antes, en todos los ordenamientos jurídicos (o en casi todos) las leyes infraconstitucionales se sujetan a algún control de constitucionalidad. El origen de la institución es definitivamente estadounidense, es una de las contribuciones del constitucionalismo norteamericano de inicios del siglo XIX, por medio de la cual “se estableció la función de la judicatura de interpretar la ley (...) y establecer el valor jerárquico de la constitución como documento resultante del poder constituyente originario en el que éste escritura su voluntad...”¹².

El control de constitucionalidad de las leyes no llegó a Europa hasta finalizada la primera veintena del siglo XX con la propuesta de Hans Kelsen, cuya obra “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. La Justicia Constitucional”, fue presentada por primera vez en la Viena de 1928 “durante la quinta reunión de Profesores de Derecho Público celebrada en Viena los días 23 y 24 de abril de 1928, momento en el cual su autor, aparte de magistrado del Tribunal Constitucional Austríaco, era profesor de Derecho Público de la Universidad de Viena”¹³.

Sin embargo, la idea del control de la regularidad constitucional propuesta por Kelsen dista mucho de la idea contemporánea que se tiene de tal institución, pues para él, dicho control consistía en una simple operación lógica de confrontación entre el contenido de una norma infraconstitucional con alguna norma de la Constitución, de manera tal que no existía en dicha operación lógica, ni la aplicación de la ley a un caso concreto alguno, ni la emisión de un juicio u opinión política, era una función de legislador negativo solamente y para ser intelectualmente honestos, conociendo la obra de Kelsen, él no estaría de acuerdo en absoluto con algunas de las funciones actuales de los tribunales constitucionales.

En cuanto al control de constitucionalidad de los Estados de la región latinoamericana, su recepción se debe a “influencias sobre su sistema de justicia

¹² Carlos Manuel Villabela, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano* (México: Mariel, 2014), 34.

¹³ Domingo García Belaunde, “Nota preliminar”, en *La garantía jurisdiccional de la constitución. La justicia constitucional*, por Hans Kelsen (México: Centro de Estudios Carbonell, 2017), Pp. IX.

constitucional, primero del sistema norteamericano, trasplantado sobre los derechos español o portugués, pertenecientes a la tradición jurídica romano canónica, y muy recientemente también del sistema austriaco a través del establecimiento de tribunales constitucionales especializados, por lo que asume una gran complejidad”¹⁴.

¿En qué consiste el debate sobre la supuesta tensión entre democracia y control de constitucionalidad de las leyes? En opinión de Gargarella: “Es el debate acerca del papel que le corresponde al pueblo en la discusión y decisión de los asuntos constitucionales, es decir, el papel del pueblo en la discusión y decisión de los temas públicos más relevantes relacionados con la organización de la vida en común.”¹⁵ Este debate, según indica Gargarella, ha sido promovido, sobre todo, por un movimiento de origen estadounidense - que ya mencionamos al inicio- denominado *constitucionalismo popular*.

En opinión de Gargarella, este *constitucionalismo popular* que plantea tal debate no consiste en un grupo compacto y uniforme, sino en algunas propuestas que tienen en común esa forma de entender el constitucionalismo y se han vinculado a ella. “Consideran que el pueblo debe recuperar o pasar a ocupar un lugar central o más central en la vida constitucional de sus propias comunidades”¹⁶.

Semejante inquietud no representa una simple pretensión más entre las muchas que circulan dentro del constitucionalismo. Se trata de una pretensión que busca poner en cuestión muchos de los principios más asentados o tradicionales dentro del constitucionalismo.

En otras palabras, este tipo de constitucionalismo denominado *popular* estimula a repensar el papel jugado por los ciudadanos en la el desarrollo del constitucionalismo (asumiendo que esa historia ha sido contada de un modo que ha opacado su presencia e influencia efectivas); así como a reflexionar sobre la conocida *dificultad contramayoritaria*; y sobre la pregunta acerca de quién debe quedarse con *la última palabra* en asuntos de primordial interés público; sobre las relaciones debidas entre los poderes políticos y el poder judicial; o sobre el papel que efectivamente tiene e idealmente debiera tener la ciudadanía en el control de los asuntos que más le interesan.

En definitiva, opina Gargarella que, el constitucionalismo popular nos interroga frontalmente acerca de los temas más cruciales referidos a la relación constitucionalismo-democracia.

Dada la obvia relevancia de las cuestiones recién citadas, no debiera resultar necesario hacer un esfuerzo argumentativo mayor para señalar el valor propio de las discusiones propuestas por el constitucionalismo popular. Sin embargo, Gargarella expresa

¹⁴ Jorge Carpizo, *Estudios constitucionales* (México: Porrúa-UNAM, 2012), 533-534.

¹⁵ Roberto Gargarella, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en *Control constitucional y activismo judicial*, Por Bernal Campos y Joel Heber (Perú: Ara Editores, 2012), 287.

¹⁶ *Ibid.*, 288.

que: "...sí tiene sentido señalar por qué es que estas discusiones resultan relevantes también, de modo especial, en América Latina."¹⁷

Sin embargo, continúa Gargarella, algunos podrían decir lo contrario. Son varias, en efecto, las razones que podrían alegarse para desestimar el valor de un emprendimiento como el que se acomete. Alguien podría decir, por caso, que las discusiones que propone el constitucionalismo popular refieren a discusiones nacidas en, y muy propias de, el contexto norteamericano. Otros podrían señalar, por caso, que, en América Latina, las controversias sustantivas que resultan relevantes son las que involucran a los poderes fácticos, y no a los poderes constitucionales.

Otros más podrían decir que, dentro de la estructura constitucional latinoamericana, el único análisis que realmente importa es el relacionado con el Poder Ejecutivo – indudablemente el *primus inter pares* (el primero entre iguales) del sistema constitucional regional–. En esa misma línea, pero con más agudeza, alguno podría decir, también, que el tipo de soluciones institucionales que el constitucionalismo popular suele proponer (típicamente, quitarle *la última palabra* a los tribunales, resultan poco interesantes, para un contexto agobiado por problemas mayúsculos, como lo es el latinoamericano.

En opinión de Ferreres: “La cuestión nuclear que plantea el constitucionalismo popular se refiere al *desacople entre derecho y pueblo*. Es decir, el constitucionalismo popular está urgiendo a pensar otra vez, y a pensar mejor, sobre la mayúscula, amplia y profunda brecha que se advierte entre el derecho con el que contamos, y las comunidades sobre las cuales ese derecho se aplica”¹⁸.

Gargarella, expresa que: “Hoy como nunca podemos reconocer de qué modo, cuando habla el derecho, una amplísima mayoría de nuestra población no se ve representada por el mismo, no se reconoce en el mismo. La ciudadanía escucha al derecho y no encuentra su propia voz en esa voz que escucha. Si eventualmente lee al derecho, no lo entiende; y si se le traducen sus contenidos tiene razones para rechazarlos, para no sentirse identificada con ellos. El derecho no suele ser lo que Rousseau soñaba que fuera, es decir, un espejo en donde la sociedad puede mirarse y verse a sí misma reflejada. Más bien, el derecho suele ser demasiadas veces, para demasiada gente, lo contrario de ello, generando situaciones de alienación legal, más que de autorrealización colectiva.”¹⁹

Este tipo de problemas de disociación o desacople entre derecho y comunidad, no sólo existen en América Latina, dice Gargarella, sino que encuentran en la región una relevancia muy particular (y no a la inversa, como sostienen quienes consideran que el problema en cuestión es un problema norteamericano). Ello así, al menos, por dos razones. En primer lugar, porque en América Latina, a diferencia de los que ocurre en los Estados

¹⁷ Roberto Gargarella, “¿Por qué estudiar el constitucionalismo popular en América Latina?”, en *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, por: Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega (México: Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013), XIV.

¹⁸ Victor Ferreres, *El control judicial de la constitucionalidad de la ley* (México: Editorial Fontamara, 2012), 58.

¹⁹ Roberto Gargarella, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en *Control constitucional y activismo judicial*, 185.

Unidos, el derecho (y muy en particular las decisiones de nuestros tribunales superiores) no es objeto de un continuo escrutinio público, sobre todo a través de la prensa masiva y los medios especializados.

El hecho de que los medios de comunicación o las universidades tomen a los fallos judiciales como objeto cotidiano de análisis —una decisión motivada también, finalmente, por la presencia de una cierta demanda social al respecto— hace que en los Estados Unidos el derecho quede sujeto a algunos controles mayores, que en última instancia permiten el tendido de frágiles y dificultosos lazos entre derecho y comunidad, una situación que lamentablemente es mucho menos habitual en América Latina.

La segunda razón dice Gargarella, que muestra por qué los problemas en cuestión son particularmente relevantes para Latinoamérica tiene que ver, obviamente, con la desigualdad extrema que padece la región, en todas sus esferas —desigualdad política, económica, social, cultural—. Dicha desigualdad tiende a traducirse, naturalmente, en un derecho también desigual y, podríamos agregar, cada vez más desigual.

En la región, seguramente más que en otros contextos, la creación, interpretación y aplicación del derecho tiende a quedar en manos de élites minúsculas, normalmente desvinculadas de los intereses y necesidades de la colectividad. El resultado de todo ello es, obviamente, un derecho producido de elites, normalmente en beneficio propio, aunque ejercido en nombre de todos los miembros de la comunidad.

En contextos como los descritos, concluye Gargarella, debiera ser claro, el cuestionamiento al derecho desvinculado de la comunidad, tanto como la discusión relacionada con cómo recuperar un papel decisivo para la ciudadanía en la creación y gestión del derecho, no pueden resultar sino cruciales.

En ello consiste entonces la idea del argumento contramayoritario u objeción contramayoritaria, sin embargo, se deben realizar algunas aclaraciones. En primer lugar, el denominado *constitucionalismo popular* es de origen norteamericano y heredero de los *critical legal studies*, movimiento también surgido en los años setenta en los Estados Unidos de América, que a la vez es heredero del realismo jurídico americano, movimiento que tuvo su auge entre los años 1925 y 1940 en dicho país; estos movimientos, denominados *realistas*, promovieron una revuelta antiformalista en Norteamérica, que planteaba una fuerte objeción al principio del imperio de la ley.

En segundo lugar, se debe recordar que la facultad de realizar el control de constitucionalidad de las leyes en Los Estados Unidos de América no fue otorgada por la Constitución norteamericana a la Suprema Corte, pues de su texto solo se puede inferir implícitamente tal facultad, en ese sentido, ya Alexander Hamilton en el “El Federalista” había hecho algunas contribuciones teóricas para considerar el concepto de supremacía constitucional, el cual utilizaron los *justice* de la Suprema Corte para autoarrogarse la facultad de realizar el *judicial review*.

En tercer lugar, debe entenderse, revisando la historia del origen de la Constitución americana, que la facultad de realizar el control de constitucionalidad de las leyes por parte

de la Suprema Corte estadounidense, no fue acordada ni otorgada democráticamente por el pueblo norteamericano, fue una función acordada de un ejercicio interpretativo que se convirtió en costumbre constitucional, y que dados los principios del sistema anglosajón, especialmente el del precedente (*stare decisis*) se arraigó de manera fuerte en la práctica de los tribunales.

Dadas las premisas anteriores, el argumento contramayoritario planteado por el denominado *constitucionalismo popular*, heredero de los movimientos realistas, tiene un fundamento teórico y filosófico defendible, en tanto es cierto que el pueblo nunca otorgó democráticamente la facultad de la revisión judicial de las leyes a los jueces norteamericanos; sin perjuicio de la tradición democrática que tuvo tan arraigada -hace un tiempo ya- la nación norteamericana, tradición que dada la evolución de dicha nación que aportó a la cultura constitucional la primera Constitución escrita del mundo, ya no es el reflejo hoy en día, de la Norteamérica previa a la segunda guerra mundial.

No sucede lo mismo en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en cuyas constituciones se recoge taxativamente la voluntad del pueblo en cuanto a que el poder judicial, o bien un tribunal especializado, ejerza el control constitucional de las leyes. En ese sentido, afirmar que la institución del control de constitucionalidad de las leyes entra en tensión con la democracia, es contradecir precisamente el origen democrático de la referida institución.

3. La teoría de Robert Alexy sobre la representación popular argumentativa de los tribunales constitucionales

Alexy plantea su teoría de que *la única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia es considerando que aquel es también una forma de representación del pueblo*. En dicha afirmación, Alexy da por sentadas implícitamente, las siguientes tesis:

- a) que existe una tensión -que no ha sido posible conciliar- o que por lo menos se mantiene latente, entre democracia y control de constitucionalidad de las leyes y;
- b) que los tribunales constitucionales que ejercen el control de constitucionalidad de las leyes gozan de una especie de representación popular -argumentativa- como la denomina el autor.

Uno de los argumentos más importantes que emplea Alexy para justificar su teoría de la representación argumentativa es el de que, en un Estado democrático, “toda autoridad del Estado proviene del pueblo”²⁰, sin embargo, reconoce que “por regla general, los jueces

²⁰ Perfecto Andrés Ibañez & Alexy Robert. *Jueces y ponderación argumentativa* (Madrid: Instituto de España, 2006), 12.

de los tribunales constitucionales no cuentan con legitimación democrática directa”²¹; ello porque su designación no deviene de un ejercicio de democracia directa.

Con base en dicho argumento, Alexy pasa a su segundo argumento justificativo: “...un modelo democrático adecuado debe incluir no solo decisión sino también argumentación”²². Con ello, según Alexy, se logra evolucionar de una idea de democracia *representativa* a la idea de democracia *deliberativa*, sin embargo, Alexy no explica el método ni la legitimación democrática para realizar dicha transformación, lo que deja su argumento en un nivel político, sin fundamento normativo alguno. El sistema democrático no puede pasar de representativo a deliberativo sin más, solo porque un tribunal lo afirme indistintamente de si se trata de un tribunal constitucional o no, y no se sabe, al día de hoy, que alguna Constitución le hubiese otorgado tal facultad a algún tribunal constitucional.

Continúa Alexy su argumentación de la siguiente manera: “La democracia deliberativa es un esfuerzo para institucionalizar el discurso como medio para la toma pública de decisiones, tanto como sea posible...en cambio la representación del pueblo en el tribunal constitucional es puramente argumentativa”²³. Como es fácil de observar, Alexy, igual que muchos otros autores, comete el error señalado ya mucho tiempo atrás por David Hume: pasa del ser al deber ser sin justificar racionalmente ni explicar cómo se da ese paso.

Empieza por esgrimir unos argumentos que tratan de justificar la pretendida representación popular que, según él, debiera poseer el tribunal constitucional e inmediatamente salta a afirmar que *efectivamente* el tribunal constitucional posee dicha función: ... *en cambio la representación del pueblo en el tribunal constitucional es puramente argumentativa*. En tal frase, Alexy da por sentado que el tribunal constitucional efectivamente ejerce una representación del pueblo, aminorando su impacto político con el término agregado: *argumentativa*. La violación a la ley de Hume es más que evidente en la argumentación de Alexy: simplemente presume que como todo poder viene del pueblo, al ejercer el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes, el tribunal constitucional lo está representando.

Ese argumento entonces puede ser aplicable a cualquier función estatal, un ingeniero que labore para el Poder Ejecutivo puede argumentar que como todo poder viene del pueblo, él, al construir una carretera o un puente, posee la representación del pueblo, lo mismo puede decir el empleado que labore para el Legislativo en el control de asistencia del personal, o el auxiliar fiscal que labore para el Ministerio Público, o el Oficial de un Juzgado de cualquier orden. El argumento, no solo es falaz, sino antidemocrático, pues la representación popular es algo serio y por esa razón, el legislador constitucional solo la contempló para aquellos funcionarios que hubieren sido electos en un ejercicio de democracia directa. Ningún funcionario público puede atribuirse una representación popular que la propia Constitución no le hubiese otorgado previamente en tu texto.

²¹ *Ibíd.*,13.

²² *Ibíd.*,14.

²³ *Ibíd.*

Más adelante, en su ensayo sobre la representación popular argumentativa del tribunal constitucional, Alexy reconociendo la debilidad de los argumentos que la justifican, acude al argumento de la pretensión de corrección y de la racionalidad del derecho: “Solo las personas racionales son capaces de aceptar argumentos sobre la base de su corrección o sensatez. Esto muestra que existen dos condiciones fundamentales para una verdadera representación argumentativa: a) la existencia de argumentos correctos o razonables y b) la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables por la mera razón de que son correctos o razonables”²⁴.

El argumento de la pretensión de corrección del derecho y el argumento de la razonabilidad, no son argumentos jurídicos, son argumentos morales que Alexy ha utilizado en otros ensayos para justificar la tesis de la relación o conexión necesaria entre derecho y moral y, por lo tanto, son argumentos impropios para justificar la existencia de una delegación de representación popular que únicamente la Constitución puede otorgar de forma normativa, independientemente de si se trata de una representación argumentativa o política.

Prosigue Alexy con el argumento que representa la posición más radical del activismo judicial: “Si estas dos condiciones se cumplen, la respuesta a la pregunta anteriormente formulada sobre porqué la argumentación representativa debería tener prioridad sobre la representación basada en elecciones y reelecciones ya no representa dificultad alguna”²⁵.

Con esta afirmación queda claro que Alexy, en una pretensión inmoderada de protagonismo activista, desea que el ocupar el cargo de juez de un tribunal constitucional posea mayor legitimidad política y jurídica de la que posee un funcionario electo en un ejercicio de democracia directa. Es decir, que invadir el poder soberano legislativo autoproclamándose representante del pueblo sería una función del tribunal constitucional porque la autoproclamada representación popular argumentativa *debe tener prioridad* sobre la representación obtenida constitucionalmente en una elección popular.

Pareciera entonces que los principios de Estado de derecho, seguridad jurídica, legalidad e imperio de la ley carecen de significación en la teoría de la representación popular argumentativa de Robert Alexy.

García Amado se refiere a Alexy en los siguientes términos: “Desde finales del siglo XX, creo que viene siendo más común ya la asociación entre Filosofía del Derecho y Derecho Público, y bástenos recordar la figura señera de Robert Alexy, probablemente el último gran iusfilósofo alemán, a la espera de nuevas cosechas, no muy probables”²⁶.

Sin perjuicio del gran trabajo de Robert Alexy y sus contribuciones a la Teoría de los Derechos Fundamentales y por supuesto sin ánimo de denostar la figura de este respetable iusfilósofo alemán, en cuanto a su teoría de la representación popular argumentativa de los tribunales constitucionales -que el da por probada- pareciera que es producto de un loable -

²⁴ *Ibíd.*, 17.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Juan Antonio García Amado. *Teorías de la tónica jurídica* (Lima: Palestra Editores, 2018), 13.

pero improbable en cuanto a su fundamentación y verificación en la realidad- último esfuerzo para apuntalar el notorio activismo judicial del cual ha sido impulsor.

Pero no se debe olvidar que el Derecho no es nuevo, y su valía radica precisamente en la antigüedad de sus orígenes y la perdurabilidad de sus instituciones. Pretender cambiar las verdaderas raíces y fundamentos más que sólidos de la teoría democrática, de la soberanía y de la representación popular con una teoría imaginada quizás en una mesa de gabinete en un momento de entusiasmo intelectual, es una pretensión bastante alta, hasta para un filósofo del derecho tan respetable como Alexy.

Las instituciones constitucionales tienen una génesis antigua, producto de la evolución de las ideas por miles de años. Las que han perdurado, es porque han pasado el tamiz histórico no sólo de las demostraciones teóricas, sino de la capacidad explicativa de la realidad y de su testeado en la práctica jurídico-política, por eso el análisis del derecho requiere no solo el conocimiento de sus instituciones y su historia, sino profundidad lógica, filosófica, metodológica y epistemológica para poder ser acertado.

4. Conclusión

En lo que respecta a la propuesta de representación popular a través del control de constitucionalidad de Alexy -aunque él quiera disminuir el impacto de tal propuesta calificándola de *representación argumentativa*- no se ha sabido, por lo menos en los ordenamientos constitucionales del sistema continental europeo ni en los iberoamericanos, que sus constituciones contengan, explícita o implícitamente algún mandato que otorgue representación popular a los tribunales constitucionales.

Ahora bien, si existiera tal mandato -explícito o implícito-, convertiría necesariamente a dichos tribunales en órganos políticos -pues tal naturaleza tiene la representación popular- y, en consecuencia, las exigencias de independencia, imparcialidad y neutralidad requeridas precisamente por la democracia a los jueces debido a la naturaleza de sus cargos, se vería anulada si se les atribuyera tal representación.

La propuesta de Alexy debe verse con recelo, pues incita a un activismo judicial que se adjudica una representación popular inexistente (aunque él la califique de *argumentativa*) no solo normativamente, sino en tanto la función primordial del tribunal constitucional es la defensa del orden constitucional contenido en el mismo texto de la Constitución, sin ningún sesgo político que defienda intereses ideológicos o sectoriales.

Referencias

- Alexy, Robert. "Ponderación, control de constitucionalidad y representación". En: *Jueces y ponderación argumentativa*. México: UNAM-IIIJ, 2006.
- Atienza Rodríguez, Manuel. "Argumentación y Constitución". En: *fragmentos para una teoría de la constitución*. Madrid: lustel, 2007.

- Atienza, Manuel. *Escritos polémicos. Diálogos sobre derecho, argumentación y democracia*. Lima: Palestra Editores, 2021.
- Carpizo, Jorge. *Estudios constitucionales*. México: Editorial Porrúa-UNAM, 2012.
- Chueca, Ricardo. “La representación política, una conjetura colectiva”. En: *fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*. Por Pablo Riberi. México: UNAM-IIIJ, 2019.
- Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011.
- Ferreres, Víctor. *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*. México: Fontamara, 2012.
- García Amado, Juan Antonio. *Teorías de la tópic jurídica*. Lima: Palestra Editores, 2018.
- García Belaunde, Domingo. “Nota preliminar”. En: *la garantía jurisdiccional de la constitución. La justicia constitucional*. Por Hans Kelsen. México: Centro de Estudios Carbonell, 2017.
- Gargarella, Roberto. “¿Por qué estudiar el constitucionalismo popular en América Latina?”. En: *constitucionalismo popular en Latinoamérica*. Por Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega. México: Porrúa-UNAM, 2013.
- Gargarella, Roberto. “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”. En: *Control constitucional y activismo judicial*. Por Heber Joel Campos Bernal. Perú: Ara Editores, 2012.
- Gargarella, Roberto. *Teoría y crítica del derecho constitucional. Tomo I. Democracia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 2018.
- Salazar Ugarte, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Tushnet, Mark. “Popular constitutionalism as political law”. En: *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*. Por Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega. México: Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013.
- Villabela, Carlos Manuel. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano*. México: Mariel, 2014.

Derechos de Autor (c) 2022 Brenner Israel Ronaldo Lopez de Leon



Este texto está protegido por una licencia [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Usted es libre para Compartir —copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato— y Adaptar el documento —remezclar, transformar y crear a partir del material— para cualquier propósito, incluso para fines comerciales, siempre que cumpla la condición de:

Atribución: Usted debe dar crédito a la obra original de manera adecuada, proporcionar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que tiene el apoyo del licenciante o lo recibe por el uso que hace de la obra.

[Resumendelicencia](#) - [Textocompletodelalicencia](#)

OPUS MAGNA
CONSTITUCIONAL

Opus Magna Constitucional
ISSN 2707-9856
<https://opusmagna.cc.gob.gt>
Corte de Constitucionalidad
<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.90>

Tomo XIX
Guatemala
Octubre 2022