

## DOS OBJECIONES DE LUIGI FERRAJOLI A LA TEORÍA PRINCIPIALISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES\*

### Luigi Ferrajoli's Two Objections to the Principles Theory of Constitutional Rights\*

---

**Dr. Robert Alexy**

Catedrático de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho  
Universidad Christian-Albrechts de Kiel, Alemania  
alexylaw@uni-kiel.de

#### **Resumen**

Ferrajoli ha presentado dos objeciones en contra de la teoría principialista de los derechos fundamentales. La primera concierne a la cuestión institucional relativa a la legitimidad democrática del control de las decisiones del parlamento por parte de una corte constitucional, y la segunda a la cuestión metodológica acerca del tipo o modelo de argumentación a través del cual se puede determinar la inconstitucionalidad de una ley. La base de la teoría de los principios es la distinción entre reglas y principios. Las reglas son mandatos definitivos, mientras que los principios son mandatos de optimización. Los principios entendidos como mandatos de optimización implican al examen de proporcionalidad, y la ponderación representa un elemento esencial del examen de proporcionalidad. Mi tesis principal en contra de la objeción metodológica es que la ponderación es una forma racional de argumentación, tal como se sigue de la explicación brindada por la fórmula del peso. En contraposición, Ferrajoli afirma que el método racional para la aplicación de derechos fundamentales no es la ponderación, sino la subsunción. Él sugiere sustituir la ponderación de derechos fundamentales por un modelo de subsunción en el que se consideren todas las circunstancias del caso. A modo de réplica, yo sostengo que el postulado de considerar todas las circunstancias del caso es aceptable, pero trivial, pues no permite reconstruir racionalmente la solución de conflictos entre derechos fundamentales o entre derechos fundamentales y bienes colectivos. Para lograr tal

---

\* Traducción del inglés al español a cargo del Dr. Federico DE FAZIO, Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina, [federicodefazio@derecho.uba.ar](mailto:federicodefazio@derecho.uba.ar).

\* Quiero agradecer a Stanley PAULSON por sus sugerencias y consejos de estilo en idioma inglés.

reconstrucción, tanto la fórmula del peso como la segunda ley de la teoría de los principios, esto es, la ley de la colisión, son indispensables. Sobre la base de este argumento metodológico, que sostiene que es posible la ponderación racional de derechos fundamentales, el control judicial de constitucionalidad puede ser considerado como una representación argumentativa de las personas, lo que resulta compatible con la democracia. Esta conexión entre los argumentos metodológicos e institucionales conduce a una justificación del control judicial de constitucionalidad.

**Palabras claves:** teoría de los principios; objeciones metodológicas e institucionales; ponderación y subsunción; fórmula del peso; control judicial de constitucionalidad; racionalidad; democracia.

### ***Abstract***

Ferrajoli has raised two objections to the principles theory of constitutional rights. The first concerns the institutional question of the democratic legitimacy of the control of the democratically legitimized parliament by a constitutional court, the second the methodological question of the kind or model of argumentation by means of which the unconstitutionality of a norm can be determined. The basis of principles theory is the distinction between rules and principles. Rules are definitive commands. Principles are optimization requirements. Principles as optimization requirements imply proportionality analysis, and balancing is an essential element of proportionality analysis. My main thesis against the methodological objection is that balancing is a form of rational argumentation, if it follows the lines explicated by the Weight Formula. Ferrajoli argues that not balancing but subsumption is the rational method of the application of constitutional rights. He suggests to substitute the balancing of constitutional rights by the consideration of all circumstances of the case in the context of subsumption. Against this I argue that the postulate to considerate all circumstances of the case is acceptable, but trivial. It is not able to reconstruct the rational solution of conflicts between constitutional rights and between constitutional rights and collective goods. For this the Weight Formula and the second law of principles theory, the Law of Competing Principles, are indispensable. On the basis of the methodological argument that rational balancing of constitutional rights is possible, constitutional review can be considered as an argumentative representation of the people, which is compatible with democracy. This connection of the methodological with the institutional argument leads to a justification of constitutional review.

**Keywords:** Principles theory; institutional and methodological objections; balancing and subsumption; Weight Formula; constitutional review; rationality; democracy.

## Sumario

1. El modelo de argumentación de la teoría de los principios. 1.1. ¿Mandatos de optimización como principios directivos? 1.2. Algunos elementos básicos de la teoría de los principios. 1.3. La teoría de las reglas de derecho fundamental de Ferrajoli. 2. Legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad y argumentación. **Referencias bibliográficas.**

En mayo del 2014, una conferencia tuvo lugar en Venecia en la que fueron contrapuestas las respectivas concepciones de Luigi FERRAJOLI y mía sobre la relación entre los derechos fundamentales, el control judicial de constitucionalidad y la democracia. Mi ponencia, "Constitutional Rights, Democracy and Representation", y la respuesta a ella formulada por FERRAJOLI, "Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy", fueron finalmente publicadas en 2015.<sup>1</sup> Dado que el artículo de FERRAJOLI fue escrito en italiano no he podido, hasta ahora, proporcionar una réplica lo suficientemente desarrollada. Por fortuna, Leonardo Di CARLO ha elaborado para mí una traducción al alemán del artículo de FERRAJOLI, lo que me ha hecho posible comprender el texto originalmente escrito en italiano. Estoy muy agradecido con él por este hermoso gesto y contento de poder brindar ahora una respuesta.

Las dos objeciones de FERRAJOLI en contra de la teoría principialista de los derechos fundamentales -él habla de un modelo principialista (*modello principialista*) en contraposición con su "modelo garantista" (*modello garantista*)-<sup>2</sup> refieren a las siguientes dos cuestiones: la cuestión institucional (*questione istituzionale*) relativa a la legitimidad democrática del control de las decisiones del parlamento por parte de una corte constitucional, y la cuestión metodológica (*questione metodologica*) acerca del tipo o modelo de argumentación a través del cual se puede determinar la inconstitucionalidad de una ley.<sup>3</sup> Las dos cuestiones están íntimamente conectadas. Mientras mayor sea la confiabilidad, y con ello la objetividad, de la argumentación, mayor será la legitimidad demo-

---

<sup>1</sup> ALEXY, Robert, "Constitutional Rights, Democracy and Representation", *Riv. fil. dir.*, 1, 2015, pp. 23-35; FERRAJOLI, Luigi, "Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy", *Riv. fil. dir.*, 1, 2015, pp. 37-52.

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi, *cit.*, p. 38.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 41.

crítica del control judicial de constitucionalidad, y viceversa. Esto implica que la respuesta a la cuestión institucional depende de la respuesta a la cuestión metodológica. Precisamente por ello, comenzaré por ésta última.

## 1. EL MODELO DE ARGUMENTACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

La base de la teoría de los principios es la distinción entre reglas y principios. Las reglas son normas que requieren algo de manera definitiva. Ellas son, por tanto, *mandatos definitivos*. Su forma de aplicación es la subsunción. En contraste, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en su mayor extensión posible, dadas las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. De este modo, los principios son *mandatos de optimización*.<sup>4</sup> Su forma de aplicación es la ponderación.

### 1.1. ¿MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN COMO PRINCIPIOS DIRECTIVOS?

En contraposición con muchos otros críticos de la teoría de los principios, FERRAJOLI coincide conmigo en torno a esta distinción conceptual.<sup>5</sup> No obstante, objeta la “excesiva extensión” (*eccesiva estensione*) que, según él, mi teoría tiene.<sup>6</sup> Es exactamente en este punto en el que surge el principal desacuerdo entre FERRAJOLI y yo. De acuerdo con la teoría de las normas de FERRAJOLI, la distinción entre principios directivos (*principi direttivi*), por un lado, y principios regulativos (*principi regolativi*), por el otro, es decisiva.<sup>7</sup> Los principios directivos son descritos como normas que no son jurídicamente vinculantes. Con respecto a estas normas, él sostiene que no hay ocasión alguna en la que pueda hablarse de violación (*non è configurabile nessuna violazione*).<sup>8</sup>

Aquí comienza mi principal argumento. FERRAJOLI presenta a modo de ejemplo algunos artículos de la constitución italiana que expresan normas no vinculantes, por ejemplo, el artículo 1, que dice “L’Italia è una Repubblica, fondata

---

<sup>4</sup> ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. J. Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 47-48.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi, *cit.*, p. 45.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 45-46.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 46.

<sup>8</sup> *Idem*.

sul lavoro”<sup>9</sup>. En Alemania, dicha norma se denominaría *Programmsatz*.<sup>10</sup> Él se pregunta: “¿Pero, por qué deben ser considerados principios directivos, y no reglas, la mayor parte de los derechos constitucionales como así también el principio de igualdad?”<sup>11</sup> Sin embargo, los derechos constitucionales entendidos como mandatos de optimización no tienen nada que ver con esas normas no vinculantes. A los fines de reconstruir la fuerza normativa de los derechos fundamentales *qua* mandatos de optimización, es útil hacer un acercamiento más detallado a algunos elementos básicos de la teoría de los principios.

## 1.2. ALGUNOS ELEMENTOS BÁSICOS DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

La teoría de los principios está intrínsecamente ligada con el examen de proporcionalidad. La razón de por qué esto es así radica en que la naturaleza de los principios como mandatos de optimización conduce directamente a una conexión necesaria entre principios y proporcionalidad. El principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) se compone de tres sub-principios: los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Estos tres principios expresan la idea de optimización. Los principios *qua* mandatos de optimización exigen una optimización tanto respecto de lo que es fácticamente posible como de lo que es jurídicamente posible. Los principios de adecuación y necesidad refieren a la optimización relativa a las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto concierne a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Aquí será únicamente considerada la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, esto es, el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

La optimización relativa a las posibilidades fácticas, cuestión que abordan tanto del principio de adecuación como del de necesidad, exige evitar aquellos costos que sean evitables. Los costos, empero, son inevitables cuando los principios entran en colisión. Aquí es donde la ponderación se vuelve necesaria. La ponderación es asunto del tercer sub-principio, del principio de proporcionalidad; el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este principio nos dice qué es lo que significa optimizar con respecto a las posibilidades jurídicas. En la *Teoría de los derechos fundamentales* he expresado este requerimiento de

---

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> Nota del Traductor: la expresión en idioma alemán *Programmsatz* puede ser traducida al español como *norma programática*.

<sup>11</sup> *Ibidem*: “Ma perché dovrebbero esse considerati pricipi direttivi, e non regole, anché la maggiore parte dei dirritti fondamentali e el prncipios uguaglianza?”.

optimización relativo a las posibilidades jurídicas a través de una ley que he denominado “ley de la ponderación”.<sup>12</sup> Esta ley dice:

“Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o interferencia de un principio, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.

La “ley de la ponderación” ha sido un importante paso en mi estudio sobre la ponderación. Pero, con el fin de lograr un análisis más profundo, preciso y completo, esta “ley de la ponderación” ha tenido que ser desarrollada un poco más. Este mayor desarrollo ha derivado en la “fórmula del peso”.<sup>13</sup> La “fórmula del peso” define el peso de un principio  $P_i$  en un caso concreto, es decir, el peso concreto de  $P_i$  en relación con el principio que le colisiona  $P_j$  ( $W_{ij}$ ), como el cociente entre, por un lado, el producto de la intensidad de la interferencia a  $P_i$  ( $I_i$ ), del peso abstracto de  $P_i$  ( $W_i$ ) y del grado de confiabilidad de las asunciones acerca de las implicancias que tiene la medida en cuestión para la no realización de  $P_i$  ( $R_i$ ) y, por el otro, el producto de los mismos valores con respecto a  $P_j$ , es decir, ahora con referencia a la satisfacción de  $P_j$ . Su forma básica<sup>14</sup> es la siguiente:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Una fórmula como la “fórmula del peso”, que expresa el cociente entre dos productos, solamente tiene sentido si todos sus factores pueden ser representados a través de números. Este es el problema de la gradación. En otro lugar,<sup>15</sup> he propuesto una escala discreta, esto es, una escala triádica no-continua, en la que se implementan secuencias geométricas. Esta escala asigna los valores “leve” ( $l$ ), “moderado” ( $m$ ) y “serio” ( $s$ ) a las intensidades de interferencia y los pesos abstractos. Estos valores son expresados por medio de los números  $2^0$ ,  $2^1$  y  $2^2$ , esto es, a través de 1, 2 y 4. En lo que respecta a la dimensión epistémica, es decir,  $R_i$  y  $R_j$ , se puede trabajar con los niveles “confiable” o “cierto” ( $r$ ),

---

<sup>12</sup> ALEXY, Robert, *A Theory...*, cit., p. 102.

<sup>13</sup> ALEXY, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, 16, 2003, pp. 433-449, en 443-448.

<sup>14</sup> Para una versión refinada, véase: ALEXY, Robert, “Proportionality and Rationality”, en Vicky Jackson y Mark Tushnet (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 13-29, en 18.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert, “The Weight Formula”, en Jerzy Stelmach, Bartosz Brozek, Wojciech Zaluski (eds.), *Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Jagiellonian University Press, Krakow, 2007, pp. 9-27, en 20-26.

“plausible” ( $p$ ), y “no evidentemente falso” ( $e$ ), a los que pueden asignárseles los números  $2^0$ ,  $2^{-1}$ ,  $2^{-2}$ , esto es, 1,  $\frac{1}{2}$  y  $\frac{1}{4}$ .<sup>16</sup> A través de esta escala triádica, se pueden capturar la mayoría de las decisiones dictadas por parte de las Cortes constitucionales. En casos en los que ésta no fuera suficiente, es decir, en los que haya que introducir gradaciones aún más finas, la representación puede extenderse a una escala triádica doble.<sup>17</sup>

La fórmula del peso es una reconstrucción aritmética de la estructura formal de la ponderación. Desde el punto de vista formal existe una notable similitud con la forma general de la justificación interna,<sup>18</sup> que expresa la estructura formal de la subsunción a través de la lógica matemática.<sup>19</sup> En ambos supuestos, la estructura formal en sí misma no resulta suficiente para garantizar la racionalidad de la decisión. Pero es necesaria si, conjuntamente con la dimensión sustantiva, se quiere alcanzar el máximo nivel de racionalidad.

Quien asigna sin más los números recién mencionados a las variables de la fórmula del peso, por ejemplo, a las variables  $I_i$  e  $I_j$ , es decir, a la intensidad de la interferencia de  $P_i$  y a la intensidad de la interferencia de  $P_j$  como consecuencia de no intervenir  $P_i$ , aplica una estructura sumamente racional de un modo sumamente irracional. La cuestión cambia fundamentalmente cuando dicha asignación de números se conecta con argumentos que pertenecen a la dimensión sustantiva. Esto es posible debido a que los números que deben colocarse en las variables de la fórmula del peso representan clasificaciones; en el caso de las variables  $I_i$  e  $I_j$ , las clasificaciones de “leve”, “moderado” y “serio”. Un ejemplo es el de la interferencia de la libertad de expresión ( $P_i$ ) con el fin de proteger el derecho al honor ( $P_j$ ). Si la interferencia de la libertad de expresión es clasificada como seria, esto es, si  $I_i$  recibe el valor 4, entonces el número 4 no representa otra cosa que la proposición “esta interferencia con la libertad de expresión es seria”. Lo mismo se aplica si la intensidad de la interferencia del derecho al honor como consecuencia de su no protección es clasificada como leve. El número 1 representa, también en este caso, a la proposición “la interferencia del derecho al honor como consecuencia de su no protección es leve”. El punto crucial es que tales proposiciones (que pueden ser denominadas

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>17</sup> *Idem*, pp. 22-23.

<sup>18</sup> Sobre este punto, véase ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Argumentation as Theory of Legal Justification* (pub. orig. 1978), trad. R. Adler y N. MacCormick, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 227.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert, *A Theory...*, *cit.*, p. 448.

“proposiciones clasificatorias”) requieren, como las aserciones en general, de una justificación. La cuestión es si pueden ser justificadas.

Los autores que objetan la racionalidad de la ponderación deben rechazar la posibilidad de justificar las proposiciones clasificatorias. Esto es precisamente lo que suponen los argumentos de arbitrariedad, decisionismo e intuicionismo, presentados respectivamente por Jürgen HABERMAS,<sup>20</sup> Bernhard SCHLINK<sup>21</sup> y Ralf PORSCHER.<sup>22</sup> En contra de todas estas posiciones he formulado la “tesis de la argumentación”.<sup>23</sup> Esta tesis dice que las proposiciones sobre las intensidades de la interferencia de  $P_i$  y  $P_j$  de como consecuencia de no intervenir  $P_i$  son pasibles de una justificación racional. Un ejemplo en este sentido se presenta en la decisión de la Corte Constitucional Federal alemana de 1997 sobre la obligación de los fabricantes de productos tabacaleros de poner advertencias acerca de los peligros que el fumar acarrea para la salud<sup>24</sup> (sentencia a la que ya me he referido en mi conferencia en Venecia).<sup>25</sup> Esta obligación representa una interferencia leve a la libertad de comerciar. En contraste, una prohibición total de comerciar cualquier tipo de producto tabacalero contaría como una interferencia seria. Entre esos casos leves y serios, pueden encontrarse otros con una intensidad moderada en la interferencia. Un ejemplo en este sentido sería una prohibición de vender a través de máquinas expendedoras de cigarrillos, junto con circunscribir la venta de productos tabacaleros exclusivamente a determinados establecimientos comerciales. Sería fácil refutar la tesis de que la obligación de poner advertencias acerca de los riesgos que acarrea fumar representa una intervención seria a la libertad de comerciar y que la prohibición total de comerciar productos tabacaleros representa una interferencia leve. Es precisamente por ello que la intensidad de la interferencia en la sentencia mencionada es establecida como leve. Del otro lado, está la importancia de proteger a la población de los riesgos que el fumar acarrea para la salud. La

---

<sup>20</sup> HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms* (pub. orig. 1992), trad. W. Rehg, Polity Press, Cambridge, 1996, p. 259.

<sup>21</sup> SCHLINK, Bernhard, “Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtfunktion”, *Grundrechte-Zeitschrift*, 11, 1984, p. 462.

<sup>22</sup> PORSCHER, Ralf, “The Principles Theory. How Many Theories and What is their Merit?”, en M. Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 241.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert, “On balancing...”, *cit.*, p. 23.

<sup>24</sup> BVerfGE 95, 173.

<sup>25</sup> ALEXY, Robert, “Constitutional Rights...”, *cit.*, p. 26.

Corte considera que esa importancia es alta.<sup>26</sup> Como consecuencia de todo ello, el caso es decidido. Naturalmente, hay casos en los que no es fácil establecer clasificaciones. Pero la existencia de casos en los que la ponderación es difícil, no excluye la existencia de casos claros de ponderación. Los casos claros de ponderación sirven de base para extender la idea de la racionalidad de la ponderación también a los casos difíciles.

### 1.3. LA TEORÍA DE LAS REGLAS DE DERECHO FUNDAMENTAL DE FERRAJOLI

En su respuesta a mi conferencia de Venecia, FERRAJOLI comienza con el caso de los fabricantes de productos de tabaco recientemente mencionado. Su reconstrucción es completamente diferente a la mía. De acuerdo con FERRAJOLI, no hay ponderación alguna entre dos principios que colisionan (en nuestro caso, entre la libertad de comerciar, garantizada por el artículo 12 (1) de la Ley Fundamental alemana, y la protección de la salud de la población, que es un bien colectivo con estructura de principio que el legislador está, cuanto menos, facultado para perseguir).<sup>27</sup> FERRAJOLI sostiene que solo existe una ponderación (*ponderazione*) "de las circunstancias concretas del caso sometido a la decisión".<sup>28</sup> Ahora bien, la ponderación es una actividad normativa. Si solamente jugaran un rol los hechos del caso, sería imposible alcanzar un resultado normativo. En este punto, dado que FERRAJOLI se opone a concebir los derechos fundamentales como principios, se sigue que se refiere a ellos en tanto reglas. Esta es la base de su tesis de la subsunción.

El foco que pone sobre los hechos del caso es la clave para entender la tesis de la subsunción de FERRAJOLI. Él dice que es posible hacer juicios precisos acerca de las violaciones de los derechos fundamentales.<sup>29</sup> Esto aplica tanto respecto del derecho a la igualdad como así también de los derechos a libertades clásicas y los derechos sociales (tal como el derecho a la salud o a la educación). Cuando cualquiera de estos derechos resulta violado (*violazione*), se deriva

---

<sup>26</sup> BVerfGE 95, 173 (183-7).

<sup>27</sup> ALEXY, Robert, *A Theory...*, cit., pp. 81-82. Véase, Además, ALEXY, Robert, "Individual Rights and Collective Goods", trad. R. Adler, in: *The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Schools*, vol. 8, *Rights*, editado por Carlos Nino, Aldershot/Hongkong/Singapur/Sidney, pp. 163-181.

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi, "Diritti fondamentali...", cit., p. 49, "delle concrete circostanze dei fatti sottoposti a giudizio".

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 46, "di queste norme sono ben configurabili precise violazioni".

una prohibición definitiva (*divieto perentorio*).<sup>30</sup> Coincido con FERRAJOLI sobre este punto. La decisión relativa a los productores de tabaco es un ejemplo de un resultado definitivo. Pero esta regla que resuelve el caso no es el resultado de una subsunción (*sussunzione*).<sup>31</sup> Sobre este punto mi desacuerdo con FERRAJOLI es profundo: esta regla surge de una ponderación.

A los fines de demostrar esto último, es necesario echar nuevamente un vistazo a la teoría de los principios. La teoría de los principios está definida por dos leyes: la ley de la ponderación, explicada a través de la (ya presentada) fórmula del peso, y la ley de la colisión. Esta última ley está constituida por dos conceptos. El primer concepto es el de relación de precedencia. Esta relación puede ser simbolizada por medio de "P". El segundo concepto es el de precedencia condicionada. Esto es simbolizado a través de "C". Sobre esta base, puede ser expresado el resultado de cada aplicación de la fórmula del peso.<sup>32</sup> Su forma básica es:

$$(P_i \mathbf{P} P_j)C$$

Esta fórmula expresa una relación de precedencia condicionada, que debe ser leída del siguiente modo: "el principio  $P_i$  precede al principio  $P_j$  bajo las condiciones  $C$ ". El punto decisivo es que esta relación de precedencia condicionada implica una regla. Precisamente, esto se expresa a través de la ley de la colisión, que dice así:

"Si un principio  $P_i$  tiene precedencia sobre un principio  $P_j$  en las circunstancias  $C$ :  $(P_i \mathbf{P} P_j)C$ , y si  $P_i$  da lugar a la consecuencia jurídica  $Q$  en las circunstancias  $C$ , entonces se aplica una regla válida que tiene a  $C$  como su supuesto de hecho y a  $Q$  como su consecuencia jurídica:  $C \rightarrow Q$ ."<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> *Idem*, p. 47.

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> Existen tres posibilidades:

- (1)  $W_{ij} > 1 \rightarrow (P_i \mathbf{P} P_j)C$ ;
- (2)  $W_{ij} < 1 \rightarrow (P_j \mathbf{P} P_i)C$ ;
- (3)  $W_{ij} = 1 \rightarrow \neg(P_i \mathbf{P} P_j)C \ \& \ \neg(P_j \mathbf{P} P_i)C$  (empate).

Estas tres reglas establecen la relación entre la fórmula del peso y la ley de la colisión.

<sup>33</sup> ALEXY, Robert, *A Theory...*, cit., p. 54.

Esta ley hace explícita la estructura lógica de la transición que va desde la colisión de principios hasta la regla final que se subsume en el caso individual. Esto permite poner en claro dónde FERRAJOLI y yo estamos de acuerdo y dónde disentimos. Ambos requerimos una transición desde un nivel normativo abstracto hasta una regla concreta. Y ambos básicamente remitimos a las circunstancias del caso (*circostanze*).<sup>34</sup> Pero FERRAJOLI pretende que esa transición sea llevada a cabo a través de una subsunción directa del caso individual en el derecho constitucional, mientras que yo sugiero que esa transición se alcance por medio de la ponderación de principios de acuerdo con la fórmula del peso, para recién luego, en un segundo paso, arribar a una regla concreta aplicable al caso individual según los términos de la ley de la colisión.

La legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad depende en un grado considerable de la posibilidad de una argumentación constitucional racional. Pero, ¿cuán racional es el modelo garantista de FERRAJOLI con su metodología basada en la tesis de la subsunción? FERRAJOLI propone un método clásico, inspirado en ARISTÓTELES y otros autores, que concibe a la ponderación como perteneciente a la dimensión de la equidad (*dimensione equitativa*).<sup>35</sup> Esta dimensión de la equidad “no consiste en otra cosa que en el entendimiento y la evaluación de las circunstancias concretas e irrepitibles”.<sup>36</sup> Esta conexión entre la equidad (como entendimiento y evaluación de las circunstancias concretas e irrepitibles) y la subsunción es, sin embargo, un pobre modelo metodológico. Este modelo puede ser sintetizado por medio de la siguiente regla: la norma que sirve de base para la solución del caso tiene que ser aplicada tomando en cuenta todas las circunstancias concretas del caso. En alemán uno diría: *unter Berücksichtigung aller Umstände*.<sup>37</sup> Esto es cierto, pero trivial. La teoría de los principios no niega que deben ser consideradas todas las circunstancias del caso. Sino que lo que requiere es que la consideración de todas esas circunstancias no sea llevada a cabo de cualquier manera, esto es, de modo caótico, sino por medio de un orden sistemático que garantice la mayor racionalidad posible. Este orden sistemático se encuentra definido por las dos leyes de la teoría de los principios: la ley de la ponderación, explicada a través de la fórmula del peso, y la ley de la colisión.

---

<sup>34</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Diritti fondamentali...”, *cit.*, p. 49.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> *Idem*. “in null’altro che nella compresione e nella valuatione delle concrete e irripetibili circostanze”.

<sup>37</sup> Nota del Traductor: la expresión en idioma alemán *unter Berücksichtigung aller Umstände*, puede ser traducida al español como *considerando todas las circunstancias*.

Sobre esta base, todos los argumentos ofrecidos por FERRAJOLI pueden ser refutados. FERRAJOLI combina su modelo de la subsunción con el concepto de aplicación (*applicazione*), y presenta esta combinación como algo opuesto a la ponderación (*ponderazione* o *bilanciamento*).<sup>38</sup> Con ello pasa por alto el hecho de que la ponderación es también una forma de aplicación de normas. Ella comienza con dos subsunciones; así, por ejemplo, con la subsunción de una opinión crítica en internet bajo el principio de libertad de expresión y, luego, con la subsunción de esa misma opinión crítica bajo el principio de derecho al honor. Si uno tomara en cuenta a uno de esos derechos fundamentales de manera aislada, no estaría haciendo una aplicación adecuada de la constitución. Por el contrario, solamente estaría aplicando una parte de la constitución. Pero, aplicar solo una parte de la constitución cuando otra parte también reclama ser aplicada, no es una aplicación en sentido estricto de la constitución. En síntesis, la contraposición entre aplicación y ponderación es equivocada. La ponderación es una aplicación de la constitución, y es, en casos donde estén involucrados derechos fundamentales, una correcta aplicación de la constitución.<sup>39</sup>

Todo esto implica que la teoría de los principios no destruye la normatividad (*normatività*) de la constitución.<sup>40</sup> Por el contrario, esta teoría ofrece el método más racional para preservar su normatividad. En este sentido, podría decirse que el modelo principialista (*modello principialista*) no se contrapone al modelo garantista (*modello garantista*),<sup>41</sup> sino que es el mejor *modello garantista*.

## 2. LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD Y ARGUMENTACIÓN

En mi conferencia de Venecia, he presentado un elemento decisivo en favor de la legitimidad del control judicial de constitucionalidad: la idea de una repre-

---

<sup>38</sup> FERRAJOLI, Luigi, "Diritti fondamentali...", *cit.*, p. 50.

<sup>39</sup> Naturalmente, una constitución puede también contener derechos fundamentales con estructura de reglas. Un ejemplo al respecto es el artículo 102 de la constitución alemana, que dice: "La pena de muerte queda abolida". Otro ejemplo de una determinación normativa llevada a cabo por el constituyente que tiene el carácter de una regla es el artículo 104 (2) (3) de la constitución alemana, que reza del siguiente modo: "La policía no tiene permitido mantener a alguien arrestado bajo su propia autoridad más allá del día después del arresto". Con todo, la mayor parte del catálogo de derechos constitucionales no tiene este carácter.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert, "Constitutional Rights...", *cit.*, p. 50.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 38.

sentación argumentativa de las personas.<sup>42</sup> FERRAJOLI califica el concepto de representación argumentativa como “una categoría extraña”, que de acuerdo con su opinión es “equivocada” y quizá también absurda.<sup>43</sup> Su argumento sostiene que la representación política consiste en representar aquellos deseos e intereses que encuentran su expresión al momento de votar.<sup>44</sup> Esta es una concepción decisionista de la democracia. Este modelo decisionista contrasta con mi concepción deliberativa de la democracia, que incluye todos los elementos del modelo decisionista, pero agrega un elemento adicional: el elemento de la argumentación.<sup>45</sup>

FERRAJOLI separa al control judicial de constitucionalidad del discurso democrático más general. Según su opinión, la Corte tiene que hallar la “verdad”.<sup>46</sup> Es cierto que la verdad es un punto decisivo, pero solo podemos intentar aproximarnos a ella por medio de la argumentación; en particular, dentro de un Estado democrático, a través de la argumentación pública. La argumentación de una Corte constitucional es, en efecto, pública, y en su marco se elevan dos pretensiones. La primera es la pretensión de que su interpretación de la constitución es correcta. Aquí yace una diferencia decisiva con respecto a la argumentación pública que realiza el parlamento. Por supuesto, la argumentación pública del parlamento puede hacer referencia a la constitución, pero ello no significa que siempre tenga que hacerlo. También puede simplemente afirmar que se encuentra operando dentro del ámbito que la constitución deja libre para la toma de decisiones políticas, y que la decisión particular que promueve es la mejor decisión desde el punto de vista de las razones políticas. La segunda pretensión que está necesariamente conectada con la argumentación de una Corte constitucional, es la pretensión de que esa argumentación sea aceptada por parte de todo aquel que reconoce la autoridad de la constitución. FERRAJOLI rechaza esta conexión entre la legitimidad del control judicial de constitucionalidad y el “consenso racional de las personas racionales”.<sup>47</sup> Su crítica dice: “Non sono d'accordo”.<sup>48</sup> Mi respuesta a ella es muy simple: “Non

---

<sup>42</sup> *Idem*, p. 32-34.

<sup>43</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Diritti fondamentali...”, *cit.*, p. 43. “una categoria singolare, a mio parere fourviante”.

<sup>44</sup> *Ibidem*. “nella rappresentanza delle volontà, degli interessi, delle opzioni e degli orientamenti politici degli elettori”.

<sup>45</sup> ALEXY, Robert, “Constitutional Rights...”, *cit.*, p. 32.

<sup>46</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Diritti fondamentali...”, *cit.*, p. 44.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 43. “consenso razionale delle persone razionali”.

<sup>48</sup> *Idem*.

sono d'accordo". El constitucionalismo es un intento maravilloso por institucionalizar la dimensión ideal del derecho dentro del ámbito de la realidad política. Es una expresión de la "confianza en la razón".<sup>49</sup> Esta confianza puede ser destruida en algunos momentos, pero también puede prevalecer en otros.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Argumentation as Theory of Legal Justification* (pub. orig. 1978), trad. R. Adler y N. MacCormick, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights* (pub. orig. 1985), trad. J. Rivers, Oxford University Press, 2002.
- ALEXY, Robert, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris*, 16, 2003.
- ALEXY, Robert, "The Weight Formula", en Jerzy Stelmach, Bartosz Brozek, Wojciech Zaluski (eds.), *Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Jagiellonian University Press, Krakow, 2007.
- ALEXY, Robert, "Constitutional Rights, Democracy and Representation", *Riv. fil. dir.*, 1, 2015.
- ALEXY, Robert, "Proportionality and Rationality", en Vicky Jackson y Mark Tushnet (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- ALEXY, Robert, "Individual Rights and Collective Goods", trad. R. Adler, in: *The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Schools*, vol. 8, *Rights*.
- FERRAJOLI, Luigi, "Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy", *Riv. fil. dir.*, 1, 2015.
- HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms* (pub. orig. 1992), trad. W. Rehg, Polity Press, Cambridge, 1996.
- PORSCHER, Ralf, "The Principles Theory. How Many Theories and What is their Merit?", en M. Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- SCHLINK, Bernhard, "Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtfunktion", *Grundrechte-Zeitschrift*, 11, 1984.

---

Recibido: 14/3/2021  
Aprobado: 1/4/2021

---

<sup>49</sup> ALEXY, Robert, "Constitutional Rights...", *cit.*, p. 34.