

**DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD:
COMPATIBILIDAD Y EXIGENCIAS**

*Juan Rodrigo ZELAYA**

*1^{er} Premio del 1^{er} Concurso de Ensayos de EN LETRA sobre
Derecho Constitucional en la Categoría "Graduados"*

Fecha de recepción: 14 de octubre de 2016

Fecha de aprobación: 28 de febrero de 2017

Resumen

Este trabajo pretende brindar una justificación teórica desde la perspectiva de la democracia deliberativa y la teoría del discurso respecto del control de constitucionalidad de la legislación ordinaria. La democracia deliberativa desplaza el valor epistémico generalmente asignado a la regla de la mayoría y lo ubica en el procedimiento de toma de decisiones -el principio del discurso-, según el cual todos los afectados por ellas deben tener la posibilidad de intervenir en condiciones de simetría en un debate público, dotando así de racionalidad discursiva a la actuación estatal. La legitimidad de los jueces para revisar la legislación democrática no emana de supuestos conocimientos especiales que les permiten acceder a la única respuesta cobijada en el sistema constitucional, sino de un proceso inclusivo de formación de la voluntad del órgano, de una actividad permeable a los aportes de la ciudadanía y de la sociedad civil, y de decisiones abiertas a respuestas del legislador, que incentiven un debate público y que transformen la interpretación constitucional en un proceso cíclico que se nutre permanentemente a sí mismo.

* Abogado graduado de la Universidad de Mendoza (Argentina). Prosecretario de la Sala II de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Correo electrónico de contacto: juanrzel@gmail.com y jzelaya@jus.mendoza.gov.ar

Palabras clave

Democracia deliberativa – control de constitucionalidad –revisión judicial – supremacía constitucional – legitimidad – principio del discurso – principio democrático

DELIBERATIVE DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALITY REVIEW: COMPATIBILITY AND REQUIREMENTS

Abstract

The aim of this is to provide a theoretical justification from the perspective of deliberative democracy and discourse theory regarding the control of constitutionality of ordinary legislation. Deliberative democracy shifts the epistemic value generally assigned to the majority rule and places it in the decision-making process (principle of discourse) according to which all those affected by them must be able to take part in conditions of symmetry in a public debate, thus providing discursive rationality to the State's performance. The legitimacy of judges to review democratic legislation does not emanate from supposed special knowledge that allows them to access the only response covered by the constitutional system, but an inclusive process of forming the body's will, but an inclusive process of formation of the will of the organ, an activity permeable to the contributions of citizens and civil society, and open-ended decisions to the legislator's responses, to stimulate public debate and to transform constitutional interpretation into a cyclical process that nourishes itself permanently.

Key words

Deliberative democracy – constitutional review – judicial review – constitutional supremacy – legitimacy –discourse principle – democratic principle

I. Introducción

En este trabajo abordaré un punto usualmente obviado por la doctrina al estudiar el control de constitucionalidad: cuál es la justificación teórica para facultar a un órgano que no es directamente elegido por el pueblo a invalidar leyes provenientes de un Congreso democrático. El razonamiento será desarrollado a partir de la teoría del discurso y de su aplicación al Estado de Derecho —esto es, el principio democrático— como así

también se recurrirá a los pilares teóricos de un modelo deliberativo de democracia a partir de los conceptos desarrollados por sus principales exponentes —especialmente, Jurgen Habermas—.

II. Control judicial. Pretensiones de justificación y críticas

En el siglo XXI, la mayor parte —casi la totalidad— de los Estados del mundo occidental se han organizado en forma de democracias constitucionales, estructura institucional que pone en tensión las tradiciones política democrática y constitucional, respectivamente. La primera, pues, persigue el ideal de soberanía popular o autogobierno colectivo; y la segunda, a través del gobierno de las leyes. Mientras que el primero presupone un poder ilimitado del pueblo, el segundo apunta a la limitación de las decisiones de gobierno, aún mayoritarias, a través de su sometimiento a normas, derechos o principios de superior jerarquía (ELFMAN, 2016, I: 48).

Juan Carlos BAYÓN (2003) recuerda la tensión existente entre constitucionalismo y democracia a partir de tres notas que caracterizan al primero: la rigidez constitucional, la supremacía constitucional, y el control judicial de constitucionalidad de las normas. A ellos suele hacerse lo que Bickel llama *objeción contramayoritaria*, la cual se asienta en dos argumentos fundamentales: (a) si la democracia es el método de toma de decisiones por mayoría, la primacía constitucional implica precisamente restricciones al ámbito de actuación de aquellas; y (b) cabe preguntarse qué legitimidad tienen jueces no representativos ni políticamente responsables para invalidar decisiones de un legislador democrático (p. 214). En el debate académico suele mezclarse la discusión sobre justificación de la supremacía constitucional con la del control judicial de constitucionalidad, y ello debido a que, ciertamente, los dos temas están íntimamente conectados.

En otras palabras, por un lado, puede cuestionarse que en el marco de un sistema democrático de gobierno sea posible establecer límites sustanciales a las decisiones que pueden tomar los órganos representativos sin perder la cuota de legitimidad que exige el principio de soberanía popular. Si admitimos que ello es posible, surge una segunda cuestión: quiénes son los encargados de determinar si la producción normativa es compatible con aquellos límites de contenido establecido en las constituciones. En concreto, debemos contestar: ¿qué justifica que sean los jueces —y no otros órganos— los encargados de advertir y subsanar las incompatibilidades entre la legislación ordinaria y

las disposiciones constitucionales? Para contestar el interrogante, deberé en cierto modo dar por justificado *ex ante* la legitimidad de lo primero.

El análisis se circunscribe a aquellos sistemas institucionales en los cuales son los jueces —como tribunal constitucional o en forma difusa— quienes ejercen el control de constitucionalidad de las normas, actuando como intérpretes últimos del texto constitucional. También se asume que ellos son electos por vías indirectas de elección popular —esto es, con acuerdos entre el poder ejecutivo, legislativo y, en algunos casos, órganos extrapoderes o el mismo poder judicial—.

A) Justificación clásica del control judicial de normas

Comenzaré analizando cuatro posiciones que abordan una postura justificatoria de la legitimidad del control judicial de constitucionalidad. Las dos primeras logran dar respuesta a la necesidad de un órgano de control —ello, a partir de la justificación de la supremacía constitucional— pero no brindan argumentos sólidos que permitan explicar por qué deben ser los jueces los que actúen en ese rol. Las dos restantes dan respuesta al interrogante, por lo que se marcarán las premisas por ellas asumidas para desarrollar un análisis crítico de las mismas en el último punto del texto.

i.

Desde una concepción dualista de la democracia, el control judicial de constitucionalidad de las normas se justifica en la distinción de dos tipos de actos democráticos: (a) los constitucionales, que son excepcionales, reflejan la voluntad de los miembros de la comunidad, y están plasmadas en textos constitucionales o momentos fundacionales de la vida política; y (b) los ordinarios, emanados de los representantes del pueblo en el ejercicio de su función. Sólo en las primeras habría un verdadero acuerdo social de los titulares de la soberanía, por lo que resulta justificado confiar a los jueces su protección frente a cualquier decisión ordinaria de los representantes que tiendan a desconocerla. El control judicial de constitucionalidad no supone una supremacía del poder judicial sobre el legislativo sino “del pueblo sobre ambos”, pues cuando la voluntad de la legislatura está en contra de lo expresado por el pueblo en la Constitución, “los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a la primera” (HAMILTON, 1787). Así, “ningún acto legislativo [...] contrario a la constitución puede ser válido. Negar esto sería afirmar que el delegado es más que el principal; que el servidor está arriba de su señor;

que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo" (p. 340).

Este argumento, satisfactorio para justificar la supremacía constitucional en relación con la legislación ordinaria, no explica qué justifica que sean los jueces quienes decidan las controversias entre ambas. La omisión de tratamiento del tema obedece a un preconcepción no justificado racionalmente, según el cual las incompatibilidades entre la legislación ordinaria y la constitución serían fácilmente perceptibles en todos los casos, lo cual quita relevancia al sujeto en el cual recae esa función. Por el contrario, la experiencia ha demostrado que los jueces deben permanentemente interpretar el derecho en base a principios para suplir las lagunas y contradicciones que muestra el ordenamiento jurídico, como así también que el contenido de las cláusulas constitucionales es objeto de importantes desacuerdos que se reflejan en opiniones divergentes sobre su significado. Esa idea de negar el elemento interpretativo del derecho responde a los postulados que Montesquieu marcaba en *El espíritu de las leyes* (1747) en relación con un poder judicial limitado a la aplicación irrestricta de la norma, sin espacio para el desarrollo de una práctica interpretativa del sistema jurídico. Desde esta concepción, el juez cumple la función de "boca que pronuncia las palabras de la ley" y las sentencias "deben corresponder siempre al texto expreso de la Ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella" (MONTESQUIEU, 1747: 131). Ello lo llevó a decir luego que "de los tres poderes de que hemos hablado, el de juzgar es, en cierto modo, nulo" (p. 136).

ii.

Una segunda corriente sostiene que los jueces únicamente están legitimados para revisar la constitucionalidad de las normas si (y solo si) tienden a proteger los presupuestos del procedimiento democrático en la conformación de las decisiones colectivas (ELY, 1997; NINO, 1996). Ely critica lo que él llama "tesis de los valores fundamentales" de Dworkin, y destaca que los tribunales constitucionales deben limitarse a "asegurar que el proceso político —que es donde esos valores se encuentran realmente identificados, ponderados e instalados— esté abierto de modo igualitario a todos los puntos de vista existentes sobre algo" (ELY, 1997: 74). Comparte que la "tiranía de la mayoría" es el principal problema de la democracia, pero entiende que ello no se combate a partir de una determinada comprensión de los derechos fundamentales del hombre, sino asegurando que las decisiones se tomen a través de procedimientos igualitarios. Así, la constitución estadounidense debe leerse de un modo procedimental, incluso la

declaración de derechos, cuyo objetivo es lograr una imparcialidad procedimental en la resolución de las disputas a pequeña escala o individuales y el aseguramiento de una participación extensa en procesos y distribuciones gubernamentales (p. 87).

NINO (1989), por su parte, sostiene que la discusión y decisión mayoritaria tiene un mayor valor epistemológico que otros procedimientos, pues ofrece mayores probabilidades de arribar a decisiones moralmente correctas que las soluciones que se dictan a través de otros procedimientos, y ello debido a que (p. 87):

la discusión generalizada, amplia, abierta y la decisión mayoritaria promueven procedimientos que tienden a la imparcialidad y al conocimiento de los hechos relevantes, porque hace que todos o una buena parte de la población hagan conocer a través del proceso democrático cuáles son sus intereses y que haya una tendencia a tomar esos intereses en cuenta para lograr formar coaliciones mayoritarias y que esas coaliciones no se rompan bajo la presión de otros grupos.

Sin embargo, en relación con el control de constitucionalidad, NINO (1989) afirma que de su propia concepción de la democracia surge una limitación a los órganos mayoritarios, que es la que corresponde a los jueces mediante el control de constitucionalidad (p. 88):

lo único que la mayoría no tiene legitimidad para decidir es la restricción de las condiciones y los presupuestos que hacen del procedimiento democrático un mecanismo apto para encontrar soluciones correctas. La misma mayoría que podría estar viciada por fallas en las condiciones de la discusión amplia, abierta y de la decisión mayoritaria es obvio que no puede decidir sobre si esas condiciones se dan, porque esa decisión estaría afectada por los mismos defectos que se estaría discutiendo, si se satisfacen o no. Es por ello que es necesario contar con órganos independientes que controlen si esos presupuestos y esas condiciones del procedimiento de discusión, de debate y de decisión democrática se han satisfecho o no.

Si bien esta idea reduce la competencia material del control de constitucionalidad, incurre en el mismo vicio que la corriente anterior: justifica la necesidad de limitar —en este caso procedimentalmente— las decisiones mayoritarias, pero no explica por qué deben ser los jueces los encargados de ejercer esa función; es decir, explica la supremacía constitucional y, por ende, de un control de constitucionalidad —incluso en una extensión bastante cercana a la que aquí se defenderá— pero no los motivos para que esa facultad recaiga en los jueces.

iii.

Ronald DWORKIN (1977) sostiene la idea de que son los jueces quienes están mejor posicionados o capacitados para identificar o proteger los principios o derechos constitucionales. Para entender su posición, deben introducirse tres conceptos que orientan el desarrollo de su teoría. En primer lugar, considera que los ciudadanos tienen derechos morales de carácter prejurídico (DWORKIN, 1977: 219 y 230), por lo que afirma que la teoría sólo es compatible con el reconocimiento de derechos morales previos al Estado, y que desde una óptica contraria —a la cual llama "escepticismo político"— lo más coherente sería dejar de lado la intervención judicial sobre la legislación (p. 221).

En segundo lugar, DWORKIN (1977) asume un estereotipo particular de juez, "un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas", llamado Hércules, quien (p. 177):

acepta las principales normas constitutivas y regulativas no controvertidas del derecho en su jurisdicción [...], acepta que las leyes tienen el poder general de crear y extinguir derechos, y que los jueces tienen el deber general de ajustarse a las decisiones anteriores de su tribunal o tribunales superiores cuyas bases lógicas [...] abarquen el caso que tienen entre manos.

Por último, distingue derechos individuales y objetivos colectivos. Los primeros se defienden mediante argumentos de principio, y los segundos por argumentos políticos. Los jueces, para resolver los casos difíciles, deben recurrir a los primeros, pues los segundos son propios de la actividad legislativa.

Ahora bien ¿qué rol ocupa en Dworkin la justicia constitucional? Él entiende que la competencia de los jueces se limita a los derechos individuales, mientras que los objetivos sociales colectivos —entendidos como objetivos agregativos de la sociedad— son exclusivos del poder político (DWORKIN, 1977: 150). Las decisiones sobre objetivos colectivos tienen en cuenta la agregación de preferencias de los distintos individuos de la sociedad, lo que resulta más propicio para una decisión política. En cambio, las decisiones sobre derechos individuales, por el tipo de argumentos al cuál cabe recurrir, ubican al juez en mejores condiciones para arribar a un resultado justo. En sus términos, “un juez que esté aislado de las exigencias de la mayoría política cuyos intereses podría vulnerar el derecho en cuestión se halla, por consiguiente, en mejor situación para evaluar el argumento” (DWORKIN, 1977: 152).

Contra las críticas que le asignan a esta idea la imagen de un juez creador de derecho, él responde que Hércules, al resolver en base a principios, no crea derecho alguno sino que desentraña el verdadero sentido del sistema y alcanza a través de una *praxis* interpretativa la *única* respuesta adecuada prevista en el orden jurídico. De ese modo, el control de constitucionalidad no sería antidemocrático ni invasivo de la función legislativa, sino que, por el contrario, un juez de esas características es el sujeto más idóneo para resguardar el esquema de los principios constitucionales fijados y para interpretar la legislación de acuerdo a “la intención o propósito de una determinada ley o cláusula” y a “los principios que están en la base de las normas jurídicas positivas” (DWORKIN, 1977: 176).

Dworkin no logra explicar cómo determinar frente a un caso concreto si estamos frente a un derecho individual o a un interés colectivo, siendo probable que en muchos casos ambos tiendan a confundirse, pues el interés colectivo en muchos casos se establece para la satisfacción de derechos individuales. Tampoco exterioriza las razones por las que entiende que el juez posee un razonamiento epistémicamente más fuerte que los demás órganos del Estado o que los ciudadanos.

iv.

Por último, debemos recurrir a la idea de que los jueces ostentan una representación argumentativa de la sociedad, por oposición a la representación política que reviste a los funcionarios de los demás poderes del Estado, desarrollada por Robert ALEXY (1993). Al igual que Dworkin, pero empleando otra terminología, este autor

entiende que el rol de los jueces constitucionales es custodiar los "derechos fundamentales", para lo cual siempre es necesario el desarrollo de una práctica argumentativa. La argumentación jurídica, que es un tipo de discurso práctico, se concreta a través de un modelo procedimental de cuatro gradas: (a) el discurso práctico general, (b) el procedimiento legislativo, (c) el discurso jurídico, y (d) el procedimiento judicial.

El primer procedimiento es un código general de la razón práctica. Como éste no puede brindarnos un único resultado frente a cada caso particular, es necesario un segundo procedimiento (el legislativo) (i) en el cuál no sólo se argumenta sino que también se decide, (ii) está definido por un sistema de reglas que garantiza una medida considerable de racionalidad práctica, y (iii) que es justificable dentro del marco del primer procedimiento. Sin embargo, como el procedimiento legislativo no puede prever soluciones para cada estado de cosas que se presente, se recurre al discurso jurídico. Éste, al igual que el primero, no está institucionalizado en sentido estricto, pero se encuentra sujeto a la ley, al precedente y a la dogmática, lo cual reduce la inseguridad del discurso práctico general (el procedimiento de primer grado), pero esa falta de institucionalización impone recurrir a un nuevo procedimiento: el judicial, en el cual también se argumenta y decide, pero su resultado únicamente será razonable si sus reglas y su realización satisfacen las exigencias de los tres procedimientos anteriores (ALEXY, 1993: 526-33).

ALEXY (1993) reconoce que todo ejercicio de la autoridad estatal sólo puede justificarse si es compatible con la democracia; y, por ende, el control de constitucionalidad, como acto de autoridad, no puede ser ajeno a tales exigencias. La democracia indirecta, caracterizada por la idea de representación, reconoce al legislador como representante del pueblo producto de la celebración de elecciones democráticas. Siguiendo esa línea, afirma que la única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia es atribuyéndole a los jueces algún tipo de representación del pueblo.

Con una idea cercana a la que aquí se defenderá, Alexy pretende superar el dilema recurriendo al concepto de democracia deliberativa. Así, destaca que la democracia basada únicamente en los conceptos de elecciones y regla de la mayoría es esencialmente decisionista, y una democracia deliberativa "es un esfuerzo para institucionalizar el discurso como medio para la toma pública de decisiones, tanto como sea posible" (ALEXY, 2008: 14). Por ello, la representación de los jueces constitucionales al declarar la inconstitucionalidad de una norma sería esencialmente argumentativa. Frente a las

críticas —especialmente de Habermas— que le asignan una excesiva idealización del rol judicial que deriva en un poder ilimitado de ellos, las rechaza demostrando que “el control de constitucionalidad está conectado con lo que la gente realmente piensa” (ALEXY, 2008: 16). Así, establece dos condiciones de la argumentación judicial para una verdadera representación argumentativa: (a) los argumentos deben ser “correctos o razonables”; y (b) “deben existir personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables, por la mera razón de que son correctos o razonables”. Para él, los argumentos razonables o “buenos” son los que representan la opinión del pueblo.

El control de constitucionalidad será compatible con la democracia en tanto proteja “aquello que los ciudadanos consideran tan importante como para que no pueda ser confiado a la mayoría parlamentaria simple” (ALEXY, 2003: 39). Ahora bien, para determinar qué es aquello que consideramos importante, es necesario adoptar una determinada postura moral. Siguiendo a Rawls, Alexy explica que “hay que plantearse, pues, qué es aquellos que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple legislador no pueda decidir sobre ello” (p. 40). Desde esa perspectiva, el tribunal actuaría de modo antidemocrático si pretendiera situar su concepción en contra de la del legislador. Por el contrario, actuaría en respaldo del principio democrático si asumiera “una representación argumentativa de los ciudadanos, por oposición a su representación política en el parlamento” (*id.*).

Si bien se comparte parcialmente la postura expuesta en relación con la concepción democrática adoptada, surgen algunos reparos en cuanto a la función jurisdiccional de control de la actividad legislativa, que por razones de orden expositivo serán expuestas en el último punto del escrito.

B) Posturas críticas

En los últimos tiempos han proliferado corrientes de pensamiento críticas del control judicial de normas, desde aquellas más extremas que le asignan a esa función un carácter netamente antidemocrático, hasta las que proponen una concepción matizada de esa facultad.

Alexander Bickel desarrolló el concepto de “objeción contramayoritaria” al

constitucionalismo, según la cual la revisión judicial se caracteriza por tres notas que no son sostenibles en un sistema democrático: (a) la forma no-democrática del nombramiento de los jueces; (b) la duración excesivamente larga de sus mandatos; y (c) la naturaleza de sus decisiones, no revisables por los demás poderes (VERLY, 1991). En un sentido similar, Jeremy Waldron refuta el supuesto riesgo de caer en "la tiranía de la mayoría" señalando que se trata de una intuición engañosa, dado que al momento de sancionar la constitución se debió decidir sobre aquello que las mayorías no podían disponer, y para tomar esa decisión siempre se recurrió a procedimientos de toma de decisiones por mayoría; es decir, en los momentos de política constituyente el contenido que quedaría vedado a la democracia se decidió mediante un procedimiento, también democrático. Siguiendo la misma lógica, los procedimientos democráticos que se dan en la política constituida no están limitados por criterios sustantivos, sino por otro procedimiento, que es el control de constitucionalidad, que a su vez se expresa en decisiones que toman los tribunales por medio de la regla de la mayoría. Sin embargo, en esos casos nadie habla de la tiranía de la mayoría, como ocurre con las decisiones tomadas por órganos políticos (WALDRON, 2005).

En definitiva, el control judicial de constitucionalidad no sería más que otro procedimiento y, como tal, falible, por lo que nada justificaría que en ellos recaiga el poder *de facto* de determinar el contenido preciso de los límites al funcionamiento de las mayorías, pues esto implica que, en caso de discrepancia entre la opinión de la mayoría sobre un caso concreto y la opinión de los jueces constitucionales, sería la de estos la que prevalecería.

POST y SIEGEL (2013), por su parte, no cuestionan la legitimidad del Poder Judicial sino el modo en que ejerce su facultad de revisión: de modo absoluto, sin matices, arrogándose la función de último intérprete del texto constitucional. Por el contrario, ellos toman como el modelo de actuación judicial algunos ejemplos de activismo seguidos por la llamada "Corte Warren" en casos como *Brown vs. Board of Education*. Estos argumentos desplegados por Waldron, Post y Siegel serán retomados en los párrafos finales como aportes para una propuesta deliberativa de control de constitucionalidad.

En otro orden de pensamiento, ACKERMAN (2011) propone que el control de constitucionalidad surja de un órgano político. Si bien el objeto del trabajo no permite extenderse sobre el particular, cabe reseñar que él ataca la tensión entre constitucionalismo y democracia partiendo de una distinción entre la "política normal" y

la "política constitucional" argumentando que mientras la primera transcurre bajo sistemas constitucionales ya establecidos, la segunda surge excepcionalmente y en momentos determinados de la vida institucional. Así, destaca tres momentos históricos que constituyen situaciones de política constitucional en la vida estadounidense: (a) la fundación, (b) la reconstrucción, y (c) el *New Deal*. Las críticas al constitucionalismo serían válidas respecto de la primera, pero no de la segunda. Durante la política normal, el proceso democrático lo representa mejor un modelo económico que caracteriza a los votantes como agentes instrumentales que persiguen tan sólo maximizar sus propias preferencias. En esos casos, está justificado el temor a una mayoría tiránica y recurrir a los frenos y contrapesos madisonianos. En la política constitucional —que aparece sólo frente a una crisis que une a toda la población y hace que todos trasciendan sus propios intereses egoístas y tomen en consideración el bien común—, la democracia asume naturaleza deliberativa (BELLAMY, 2010: 147-8).

A diferencia de las justificaciones clásicas, ACKERMAN (2011) no cree que deba limitarse la voluntad popular para evitar la tiranía de la mayoría, sino que el pueblo únicamente actúa en los momentos de política constitucional, mientras que en los de política normal son los representantes quienes actúan y, siendo que ellos no son el pueblo, es necesario limitarlos. Por ello, el tribunal constitucional debe ser político y su papel consiste en respetar las intenciones del pueblo tal como quedaron expresadas en el último momento relevante de la política constitucional. Así, explica que el nacimiento de los presidencialismos y la asunción "de poderes independientes en el centro y en la periferia" exige la actuación de un juez que actúe coordinando la interacción institucional entre esos poderes (ACKERMAN, 2011).

III. Justificación del control judicial desde la teoría del discurso y la democracia deliberativa

Desde la propuesta habermasiana para un modelo deliberativo de democracia, el control judicial de constitucionalidad no se considera negativo ni ilegítimo. No obstante, para justificar desde la teoría del discurso la legitimidad de sujetos no electos directamente por el pueblo para controlar la constitucionalidad de las normas, se hace necesario introducir algunas nociones básicas acerca de ella.

A) Democracia deliberativa: aproximación conceptual

El pilar teórico que sostiene a la democracia deliberativa es el "principio del discurso", que se ubica como un principio universal de justificación basado en el entendimiento intersubjetivo y aplica una pragmática universal del lenguaje.

La pragmática universal, empleada a través de un método reconstructivo, permite identificar las condiciones universales del entendimiento posible, siempre presentes en todo discurso argumentativo. Ellas nos sitúan en el terreno de la intersubjetividad y pueden individualizárselas como: (a) pretensión de verdad, por la cual el interlocutor afirma que el contenido del acto de habla tiene cierta correspondencia con la realidad; (b) pretensión de inteligibilidad, por la cual el interlocutor pretende plantear el tema de un modo que resulte comprensible; (c) pretensión de veracidad, que tiene que ver con la correspondencia entre lo que se dice y lo que se piensa; y (d) pretensión de corrección normativa, que regula la condición de los enunciados.

La teoría habermasiana se sitúa en un enfoque posmetafísico de la filosofía, pues las condiciones de la racionalidad que señalamos no se encuentran en la naturaleza propia del sujeto sino en un procedimiento; es decir, para la pragmática universal, las condiciones de validez del discurso argumentativo sólo pueden demostrarse o identificarse a través de un proceso fáctico.

B) Principio del discurso

El principio del discurso sostiene que "válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales" (pp. 172-73). Con "válido", HABERMAS (1998) se refiere a "normas de acción y a los correspondientes enunciados normativos generales o universales; expresa un sentido inespecífico de validez normativa que es todavía indiferente frente a la distinción entre moralidad y legitimidad" (*id.*); por "normas de acción" se refiere a "expectativas de comportamiento generalizadas en la dimensión temporal, en la social y en la de contenido" (*id.*); por "afectado" se llama a "cualquiera a quien puedan concernir en sus intereses las consecuencias a que presumiblemente pueda dar lugar una práctica general regulada por normas (*id.*); y por "discurso racional" se entiende (*id.*):

toda tentativa de entendimiento acerca de pretensiones de validez que se hayan vuelto problemáticas, en la medida en que esa tentativa tenga lugar bajo condiciones de comunicación que dentro de un ámbito público constituido y estructurado por deberes ilocucionarios posibiliten el libre procesamiento de temas y contribuciones, de informaciones y razones.

El "discurso", término propio de la filosofía contemporánea, constituye un tipo de diálogo intersubjetivo a partir del cual se intenta conocer la realidad natural y social y dar solución a un conflicto a través de la norma. De ese modo, no debe entenderse como un objeto sino como un conjunto de acciones que se realizan para dar solución a un problema teórico o práctico y cuyos presupuestos se pueden identificar a través de una reconstrucción pragmática. En el discurso argumentativo todos los afectados tienen derecho a participar y expresar sus posiciones, y el deber de fundamentar y argumentar. Para ello, debe garantizarse un contexto que permita que esos derechos y deberes se asuman en paridad de condiciones, lo cual se logra asegurando situaciones de simetría sin las cuales podrá haber argumentación o diálogo, pero no discurso en sentido técnico. La introducción del principio del discurso presupone ya que las cuestiones prácticas pueden en general enjuiciarse imparcialmente y decidirse racionalmente (HABERMAS, 1998: 174).

C) El principio democrático

El principio democrático resulta de la aplicación del principio del discurso al Estado de Derecho y, particularmente, a "aquellas normas de acción que se presentan en forma de derecho y que pueden justificarse con ayuda de razones pragmáticas, de razones ético políticas y de razones morales, y no sólo con ayuda de razones morales" (HABERMAS, 1998: 173). Para ello, debemos partir de la base de reconocer que es posible una formación racional de la opinión y voluntad política, entendiendo por racionalidad el concepto señalado al comienzo de este punto. Su función es, en pocas palabras, fijar un procedimiento legítimo de producción normativa, es decir, explicar cómo realizar la práctica autodeterminativa de los miembros de una comunidad jurídica que se reconocen unos a otros como libres e iguales de una asociación en la que han entrado voluntariamente.

Es un principio procedimental porque indica el modo para institucionalizar la voluntad política de una comunidad, esto es, a través de un sistema de derechos que

asegure a cada miembro igual participación en un proceso de producción normativa (HABERMAS, 1998: 175-76). No obstante, la democracia deliberativa también tiene un contenido sustancial, que deriva de la función que se le asigna al principio democrático: si éste existe para regular y controlar el propio medio que es el derecho, ello implica que el procedimiento exige el reconocimiento de derechos previos a él que aseguren un diálogo intersubjetivo.

Estas notas muestran que la democracia deliberativa quita valor epistémico a la regla de la mayoría y lo traslada al principio del discurso. La primera centra su atención en un momento determinado del proceso democrático —en la votación— y, por ende, es útil para explicar la legitimidad de origen de la autoridad. El segundo se dirige a legitimar la práctica que pone en marcha el ejercicio de esa autoridad. Lo que realmente concede legitimidad al sistema no es la decisión mayoritaria sino el procedimiento de construcción del consenso, sin por ello desconocer que, en la mayoría de los casos, derivará tarde o temprano de un proceso de votación.

D) Liberalismo y republicanismismo en el marco del principio democrático

El modelo de democracia deliberativa no está enmarcado en las tradicionales concepciones liberal y republicana, sino que busca ubicarse como una superación de ambas. El liberalismo concibe al proceso democrático como un modo de programar el Estado en base a la sociedad, y la política cumple la función de amarrar e impulsar los intereses sociales privados frente a un aparato estatal especializado en el empleo administrativo del poder para fines colectivos. El republicanismismo, en cambio, no agota la función política en la mediación entre ciudadano y Estado sino que además la entiende como un modo de socialización en su conjunto (HABERMAS, 1992).

Las consecuencias de esa distinción —que no son pocas— exceden el marco de este trabajo, pero resulta relevante detenerse en una de ellas para analizar cómo ingresa el control de constitucionalidad en ambas corrientes. El liberalismo reconoce una serie de derechos individuales de naturaleza pre-jurídica, que actúan como fundamento del orden jurídico, de tal modo que la legitimidad de éste depende del grado de reconocimiento de aquellos, por lo cual esos derechos constituyen el límite de lo sustancialmente disponible por el derecho. Por su parte, el republicanismismo, asentado en la idea de soberanía popular, asocia la legitimidad de las leyes al procedimiento democrático de su génesis y mantiene así una conexión interna entre la *praxis* de autodeterminación de un pueblo y el carácter

impersonal de las leyes (HABERMAS, 1992). De ese modo, los derechos subjetivos obtienen su legitimidad del proceso de gestación que los termina reconociendo, lo cual implica que las decisiones mayoritarias no estarían sujetas a límite sustancial alguno.

La teoría habermasiana avanza respecto de las tensiones que separan ambas corrientes, y las compatibiliza y justifica teóricamente a partir de la afirmación que soberanía popular y derechos individuales son conceptos cooriginarios que se presuponen recíprocamente. Para ello, reconstruye el principio de soberanía popular a partir del principio del discurso y, si bien se sitúa cerca de la concepción republicana en algunos aspectos, también se alejará de ella al hacer referencia a un sistema de derechos individuales entendidos como libertades subjetivas de acción. Así, afirma que no hay dominación legítima sin reconocimiento del pueblo y asume a la ciudadanía como fundamento del orden político —concepto republicano—, pero se distancia de Rousseau al rechazar la idea de compactar la soberanía en un solo acto de promoción e identificación del ordenamiento político con unanimidad (ROUSSEAU, 1762: 27). Por el contrario, entiende que la soberanía popular tiene que poder formalizarse, institucionalizarse, reconociendo de ese modo la necesidad de la democracia y de la representación política. Igualmente, la desconfianza en las decisiones mayoritarias —reflejado en el principio del discurso— y la referencia permanente al concepto de sociedad civil constituyen notas liberales alejadas del plano del comunitarismo y más cercanas a un contexto de pluralismo. En el mismo sentido, el asumir a la soberanía popular como un ámbito para el ejercicio de libertades individuales, implica reconocer a estas últimas como anteriores a la primera.

Sin embargo, el concepto de sociedad civil no se adopta en el sentido liberal de Hegel, en términos de derecho privado, sino comprensivo de asociaciones, organizaciones y movimientos surgidos de forma espontánea que recogen la “resonancia” de los problemas sociales que se encuentran en los ámbitos de la vida privada. Luego, esos sujetos lo condensan y transmiten al espacio de la opinión pública (HABERMAS, 1998: 447). El concepto de sociedad civil se asienta sobre la base de un pluralismo que garantice el acceso a derechos políticos activos y pasivos y a la libertad de opinión, pues sin ese “sólido pluralismo” la trama asociativa perdería su autonomía y espontaneidad (HABERMAS, 1998: 449).

Todo lo que ocurre en la política tiene su origen en la sociedad civil y en los espacios de la opinión pública, de modo tal que la soberanía popular se torna eficaz en forma indirecta. El sistema de derechos, al cumplir la función de institucionalización de

esos espacios, dota de legitimidad al orden normativo. En este último aspecto, los rasgos liberales se mezclan con los republicanos, a partir de una concepción activa de la ciudadanía, de ser ésta el ámbito donde se desarrolla el poder político que legitima a la acción de gobierno. La ciudadanía, reflejada en la sociedad civil y la opinión pública es participativa y no se limita al acto eleccionario. Ello hace que el sistema entienda a la periferia como fuente de toda legitimidad de la actuación estatal. En este sentido, el Poder Administrativo sería el centro por ser el lugar de toma de decisiones, y la sociedad civil la periferia que brinda los elementos para nutrir las decisiones del centro. En palabras del autor, "quienes actúan desde el escenario deben la influencia que ejercen desde él al asentimiento de la mayoría" (HABERMAS, 1998: 463).

E) Cooriginalidad entre soberanía popular y derechos individuales

La cooriginalidad entre soberanía popular y derechos humanos se entiende a partir del complemento del principio democrático con el *status* de sujeto de derecho que los ciudadanos deben atribuirse y reconocerse mutuamente para que el proceso sea realmente legítimo. Habermas reconoce la existencia de derechos fundamentales, cuya génesis se da en un proceso circular en el que intervienen el código que es el derecho y el mecanismo para la producción de derecho legítimo (el principio democrático). Para desarrollar el principio democrático es necesario que los ciudadanos se atribuyan y reconozcan mutuamente una serie de derechos, sin lo cual no podrían regular legítimamente su convivencia con los medios del derecho positivo.

El reconocimiento recíproco referido genera tres categorías de derechos que, al fijar el *status* jurídico del ciudadano, engendran el código que es el derecho: (1) derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del derecho al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción, que exige como presupuesto necesario las dos siguientes; (2) derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del *status* de miembro de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica; y (3) los derechos fundamentales que resultan directamente de la accionabilidad de los derechos, es decir, de la posibilidad de reclamar judicialmente su cumplimiento, del desarrollo y configuración políticamente autónomos de la protección de los derechos individuales (HABERMAS, 1998: 188). Estos derechos constituyen la forma de asociación horizontal de los individuos y consagran la autonomía privada del ciudadano, en cuanto al reconocerse mutuamente como destinatarios de las leyes, se reconocen un *status* de ciudadano en virtud del cual pueden

reclamar derechos y hacerlos valer unos frente a otros. Estos derechos son lo que hacen posible el principio del discurso. Pero no deben entenderse como derechos liberales anteriores al Estado, sino como derechos que surgen de las relaciones que guardan entre sí ciudadanos libremente asociados.

La cuarta categoría es la que permite reconocerlos como autores del orden jurídicos al cual se someten: (4) derechos fundamentales a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión y la voluntad comunes, en lo que los ciudadanos ejerzan su autonomía política y mediante los que establezcan derecho legítimo.

Por último, para que esos derechos sean ejercitables es necesario recurrir a condiciones posibilitantes, entendidas como: (5) derechos fundamentales a que se garanticen condiciones de vida que vengan social, técnica y ecológicamente aseguradas en la medida en que ello fuere menester en cada caso para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos antes mencionados (HABERMAS, 1998: 189).

La cooriginalidad entre soberanía popular y derechos individuales se da de modo circular, donde esos derechos fundamentales se retroalimentan recíprocamente: los que explican el carácter de ciudadano del individuo actúan como condiciones posibilitantes del ejercicio de la autonomía política y, al mismo tiempo, aun cuando no estén a disposición del legislador por ser condiciones previas al ordenamiento, tampoco pueden restringir la soberanía de éste, pues el ejercicio de la autonomía política significa a la vez una interpretación, configuración y desarrollo de esos derechos. En definitiva, sólo podemos afirmar que la legitimidad del derecho surge de la legalidad si nos representamos al sistema jurídico como un proceso circular que retorna recursivamente sobre sí mismo y se legitima a sí mismo.

F) Justificación discursiva del control judicial de constitucionalidad de las normas

i.

Con los conceptos dados, es posible arribar a una idea de legitimación democrática del control judicial de constitucionalidad, pero con particularidades propias que emanan de la teoría del discurso y que se reflejan en exigencias particulares tanto dentro como fuera del proceso judicial.

En el apartado anterior se explicó cómo desde la teoría que asumimos la legitimidad de la actuación estatal no emana por completo del acto eleccionario que da origen a la representación sino de la calidad del procedimiento de toma de decisiones, que debe asegurar la intervención de todos los afectados como participantes en discursos racionales. De ahí que la elección popular directa dota al representante de una legitimidad de origen en el cargo, mas no de una delegación de la voluntad popular en su persona. Existe una permanente tensión entre los integrantes del cuerpo y la sociedad que representan. Por ello, los discursos ético-políticos "no han de interpretarse conforme al modelo de quien actúa delegadamente en nombre de otro, sino que constituyen sólo el centro o foco organizado del circuito de comunicación que representa un espacio público no organizable en su totalidad" (HABERMAS, 1998: 251). A los discursos morales, al estar sometidos a un *test* de universalización, se les exige una especial apertura de las deliberaciones institucionalizadas al flujo de información y a la presión de los problemas proveniente de la opinión pública no organizada. Por lo dicho, el discurso parlamentario únicamente será legítimo si puede satisfacer la condición de participación de todos los miembros en forma igualitaria, si permanece permeable, sensible y abierto a incitaciones, temas e intervenciones, a informaciones y razones que les afluyen de un espacio público estructurado a su vez discursivamente. El concepto normativo que la teoría le asigna al espacio u opinión pública es lo que justifica la decisión estatal y le da su cuota de racionalidad que emana de la sociedad civil. En caso de ser éste bloqueado, destruiría el estado legislativo de derecho

ii.

Comenzaré por exponer el fundamento de la legitimidad del juez en la aplicación del derecho, para luego tratar particularmente su función concreta de control. La división de poderes se caracteriza por una diferenciación de funciones: (a) de discusión y programación general de la actividad del Estado; (b) de resolución de conflictos de acción; y (c) de implementación de leyes que no son auto-ejecutivas. Así, la actividad parlamentaria da origen a leyes, de las cuales surgen derechos individuales, que luego se tornarán pretensiones jurídicas individuales y que en algún punto exigirán su aplicación a los casos particulares. La vigencia real de esas pretensiones, derechos subjetivos y leyes depende en última instancia de su accionabilidad, y de ahí la necesidad de garantizar vías procesales para proteger judicialmente los derechos individuales (HABERMAS, 1998: 240).

En este sentido, cabe destacar que el derecho, como sistema de acción que lo diferencia de la moral, exige al Estado que actúe no sólo como poder sancionador, sino también como poder de aplicación. Las normas jurídicas no tienen posibilidad de autoaplicarse o ejecutarse, sino que el derecho cobra sentido sólo frente a un determinado estado de cosas. Cuando una situación de la realidad está expresamente prevista en la norma, el derecho se aplica mediante la subsunción sin inconvenientes; pero, como el sistema de normas no puede prever la infinidad de estados de cosas posibles, suelen aparecer lagunas jurídicas, conflictos de normas de distinta jerarquía, cláusulas abiertas a más de una interpretación, y otras circunstancias que generan incertidumbre jurídica o conflictos de pretensiones de validez particulares. Esa característica, que hace a la indeterminación del derecho, impone la necesidad de una figura encargada de aplicar la norma frente a situaciones particulares.

Esta característica del derecho es la que impone necesariamente que toda actividad judicial desarrolle en algún punto una tarea interpretativa, que será más o menos intensa según el grado de indeterminación de la norma. En algunas oportunidades, como en los casos de colisión entre reglas, principios o bien entre unas y otros, es necesario desarrollar una praxis interpretativa que conduzca a desarrollar el sentido del derecho escondido en el sistema y, por las particularidades de la actividad judicial, es el juez quien está en mejores condiciones de desarrollar esa tarea. Sin embargo, la función de aplicador del derecho no se completa con la función interpretativa, sino que exige también que ese proceso se traslade al mundo exterior mediante la argumentación. El deber del juez es resolver en base a un sistema de derecho previamente dado por el legislador y el constituyente, para lo cual es necesario que sus decisiones estén dotadas de una racionalidad discursiva producto de una práctica argumentativa fundada en derecho. En definitiva, las decisiones judiciales están vinculadas a una doble exigencia: en primer término, deben ser el producto de una interpretación racional y coherente del ordenamiento jurídico, por razones de seguridad jurídica, de modo tal que su actividad no es creadora sino interpretativa del derecho; y, en el segundo, la interpretación racional debe estar siempre justificada en la decisión, es decir, trasladada al mundo exterior para su control por parte de los afectados por ella y la comunidad jurídica en general, que es la destinataria de la aplicación del derecho como estabilizador del comportamiento social. La racionalidad que impera en la actividad aplicadora del derecho, emanada de las prácticas interpretativa y argumentativa, es lo que legitima la decisión judicial, pues la hace permeable a los aportes y reacciones que puedan surgir de la sociedad civil y del poder estatal.

iii.

Existen objeciones que le asignan al poder judicial una excesiva discrecionalidad en su interpretación de cláusulas constitucionales y una invasión en las funciones legislativas. Entre ellos, el entonces gobernador de Nueva York, Hughes —luego presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos durante el gobierno de Nixon— afirmó que “nos rige una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”, en referencia a esta supuesta discrecionalidad que le asiste al juez al interpretar cláusulas constitucionales (ARCE GÓMEZ, 2008: 30). Esa objeción se hizo concretamente al Tribunal Warren, que actuó desde 1953 hasta 1969 y fue conocido por su activismo judicial, sobre todo en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Durante su funcionamiento, se le criticó especialmente la amplitud de sus interpretaciones del texto constitucional, desarrolladas extralegalmente para imponer sus propias convicciones personales. A raíz de esta crítica, se nos impone establecer límites —endógenos y exógenos— a la actividad judicial, de modo de asegurar que sus decisiones no queden sustraídas del proceso democrático.

El primer límite exigible a la decisión judicial es esencialmente interno, referido a la coherencia del razonamiento. Ello dependerá del tipo de razones a las que recurra el juez para la toma de su decisión. El Juez debe su legitimidad al proceso de fundamentación normativa de sus decisiones, pero no por ello puede disponer caprichosamente las razones agavilladas en las normas legales, sino que ellas desempeñan un papel distinto cuando se utilizan en un discurso aplicativo, enderezado a obtener decisiones consistentes y con la vista puesta en la coherencia del sistema jurídico en conjunto (HABERMAS, 1998: 261). Las diferencias sustanciales que atraviesan las actividades legislativa y judicial no hacen que esta última sea menos adecuada al principio del discurso y por ende al ideal de democracia deliberativa, sino que responden a distintos tipos de discurso, con exigencias particulares propias de cada uno. HABERMAS (1998) distingue discursos de fundamentación y de aplicación (pp. 240-1), propios de la función legislativa y judicial respectivamente. Atento a ello, el proceso judicial tiene particularidades en cuanto a las formas de comunicación y a los potenciales de razones que allí se expresan, lo cual deriva en una especial lógica argumentativa diferente a la del proceso parlamentario. Así, mientras las leyes regulan la transformación de poder comunicativo en administrativo a través de un procedimiento democrático, los tribunales son los encargados de proteger el derecho en ellas consagrado a través de un juzgamiento imparcial y fundado en derecho.

En un proceso judicial, el juez actúa como representante de una comunidad jurídica encargada de juzgar imparcialmente, y así como el voto legitima la autoridad de origen de los funcionarios electos, el juez obtiene su legitimidad de ejercicio a través de una práctica argumentativa en base a derecho que debe imperar en toda resolución judicial, derecho que a su vez ha sido creado democráticamente. Que los magistrados acudan permanentemente a argumentos morales para la toma de decisiones no implica un desentendimiento del derecho, pues este está fuertemente impregnado de moral, pero cuando ella ingresa al sistema que es el derecho queda absorbida por éste y modifica su significado. Los jueces, en sus decisiones, recurren a objetivos y principios políticos adoptados por un legislador previo, de modo que no sólo la norma se expresa en el derecho, sino también esas razones morales y objetivos políticos.

Es necesario detenernos aquí un momento para delimitar la relación entre la tesis expuesta y la idea de "representación argumentativa" de Alexy que se desarrolló en el primer acápite. Con el autor alemán se comparten dos premisas: (a) la idea de democracia deliberativa que asume para un modelo de "constitucionalismo discursivo", en el sentido que la rectitud de las decisiones jurídicas se mide en última instancia por el cumplimiento de las condiciones comunicativas de la argumentación, que posibilitan la imparcialidad en la formación de un juicio; y (b) que el derecho no es un sistema herméticamente cerrado, sino que está abierto a argumentos que provienen de razones pragmáticas, éticas y morales que se hacen valer en el proceso de producción de normas y, por ende, incluidas en la propia pretensión de legitimidad de ellas (HABERMAS, 1998: 302).

Sin embargo, nos separan diferencias relevantes en cuanto al ejercicio de la función judicial. Alexy adopta un concepto cognoscitivo de moral, que impone que los jueces deben en reflejar en sus decisiones una determinada postura moral que asume la sociedad civil, la cual deberá ser alcanzada mediante la argumentación jurídica. De este modo, la representación argumentativa se obtiene accediendo a contenidos extra-jurídicos que el juez debe conocer, pues el discurso jurídico es sólo un tipo de discurso moral. La propuesta aquí desarrollada no subordina el derecho a la moral, sino que ambos constituyen sistemas de acción que concretizan el principio del discurso. Así, el discurso moral sólo influye en el discurso jurídico cuando ella concierna a una norma jurídica, por lo que no existe respuesta jurídica moralmente correcta. La decisión correcta es aquella que es legítima y consistente. De este modo, no se pone énfasis en capacidades especiales del juez, sino en una especial posición en la que se encuentra ubicado producto de las características del proceso en el que actúa y de la cercanía frente al caso concreto. El juez

no alcanza una respuesta correcta producto de la interpretación en abstracto de lo que él considera que ocurre en la opinión pública, sino que construye la respuesta que considera adecuada al caso con los elementos que nutren al sistema de derechos. En ese sistema interviene la opinión pública, pero ella se institucionaliza en el proceso mismo, sea parlamentario o judicial. Por ello, el tribunal en su interpretación debe tener en cuenta principios consagrados constitucionalmente, aquellos tenidos en cuenta por el legislador al cumplir su función, y la opinión pública institucionalizada mediante el proceso judicial, armonizándolos para dotar de una solución coherente al caso particular. La legitimidad de los jueces surge de la propia Constitución, pero es otorgada desde la perspectiva del aplicador del derecho y no de un legislador, por lo que no los autoriza a "disponer de esas razones de suerte que sirvan a una interpretación, desarrollo y configuración del sistema de los derechos dependiente directamente del tribunal y, por tanto, a una actividad legislativa implícita" (HABERMAS, 1998: 335).

Al límite interno que representa la coherencia en el proceso interpretativo y argumentativo, cabe agregar dos límites externos, uno que aparece en el momento de interpretar el derecho y otro referido al contenido de la decisión. El primero se refiere al carácter inclusivo que debe asumir el proceso judicial. El proceso de formación de la voluntad del órgano debe asegurar la institucionalización de un discurso entre los potenciales afectados por la decisión con las características que exige el principio del discurso. De ese modo, la calidad del proceso opera como condición posibilitante de la aplicación del derecho; y el segundo se refiere en concreto a la naturaleza de sus decisiones, en el sentido que la interpretación dada a la norma creada por el legislador no es definitiva ni infalible, sino permeable a nuevos aportes y contribuciones, que pueden surgir tanto del centro del Estado como de la periferia, donde se ubica la sociedad civil y la esfera de la opinión pública.

iv.

Ello nos lleva concretamente al punto del control. La declaración de inconstitucionalidad no es más que el resultado de un proceso argumentativo desarrollado por el Juez, que conduce a la conclusión (provisoria) de que aplicar una determinada norma en el caso concreto resulta contrario al sistema de derecho por contradecir una regla o un principio consagrado en otra de jerarquía superior, decisión que por supuesto debe resultar de un discurso racional y estar justificado a través de premisas internas al derecho. No se trata entonces de ubicar a los jueces por sobre la

democracia —como habitualmente suele decirse— sino de reconocer que, en ese contexto y atendiendo a la naturaleza particular que exige la actividad aplicadora del derecho, son ellos quienes están en mejores condiciones de desarrollar una práctica interpretativa de todo el ordenamiento jurídico frente al caso concreto y realizar una ponderación de principios y reglas para llegar al resultado justo frente a un determinado estado de cosas.

Al referir a la naturaleza de su función, no pretendo defender una especie de elitismo intelectual que ubique a los jueces en una torre de marfil que garantiza que *ellos* sean los más aptos para la defensa de los intereses colectivos, sino particularmente atender a las características de su actividad, esto es, de resolver *ex post* y frente a un caso concreto, por oposición a la actividad parlamentaria, que decide *ex ante* y en abstracto. Si bien ya referí párrafos arriba a la indeterminación que caracteriza al derecho, en este punto resulta útil ilustrarlo mediante un ejemplo para entender cómo se materializa la función de control frente a casos no previstos *a priori* por el legislador, respecto de los cuales o bien no existe solución expresa, o bien la prevista no aparece coherente o sistemática en relación con la norma en abstracto. El Código Penal Argentino establece para el delito de lesión dolosa leve una pena que oscila entre un mes y un año de prisión (art. 90). La lesión imprudente, por su parte, prevé una pena de un mes a tres años de prisión e inhabilitación especial de un mes a un año, sin hacer distinción de intensidad del daño a la integridad física causado (art. 94). Por otro lado, la suspensión del juicio a prueba —instituto incorporado más de setenta años después de la entrada en vigencia del código— no procede en los delitos conminados con pena de inhabilitación (art. 76 *bis*, párr. 6°). En el caso, puede darse la paradoja que un delito imprudente tenga consecuencias jurídicas más perjudiciales para el imputado que un delito doloso, pues la lesión leve imprudente no habilita la aplicación de un beneficio basado en un criterio de oportunidad (por estar conminada con pena de inhabilitación), mientras que el mismo sí sería procedente en la lesión leve dolosa (que sólo tiene prevista pena de prisión). La solución dada *in abstracto* por el legislador es asistemática frente a un estado de cosas concreto, pues es sabido que el delito doloso cuenta con un mayor contenido de injusto que el imprudente, por lo que los principios de igualdad, razonabilidad y máxima taxatividad del derecho penal podrían hacernos concluir que en ningún caso la conducta imprudente que atenta contra el mismo bien jurídico y en idéntica intensidad que una conducta dolosa puede generar consecuencias de mayor intensidad o más gravosas que la segunda.

Una solución como la aquí propiciada no puede considerarse antidemocrática ni contramayoritaria, sino como un intento de dotar de lógica y coherencia a un sistema de normas que rige la convivencia humana, y asimismo como una protección de los derechos fundamentales antes individualizados. Esto es una consecuencia de entender al derecho como una creación permanente y cíclica, pues la falibilidad propia del obrar humano hace que ninguna decisión sea definitiva, ni la del legislador ni la del juez, sino que permanece abierta a nuevos aportes e interpretaciones. Por ello, tampoco la decisión judicial será definitiva, dado que el legislador debería reaccionar ante la interpretación dada y actualizar el Código Penal sobre ese punto particular, en el sentido dado por el juez o en un sentido distinto; pero esos vacíos son consecuencias propias de la indeterminación que caracteriza al sistema de derecho.

El ejemplo es tomado particularmente porque se trata de un instituto del sistema penal que resulta novedoso y coherente con el sistema democrático que se propone, dado que brinda una solución al conflicto jurídico penal con intervención de la víctima —generalmente excluida del proceso— y con una participación activa del imputado —usualmente reducido a una participación indirecta a través de su defensor y con pocas posibilidades de comprender lo que ocurre en él—. Por otro lado, la consecuencia jurídica de su conducta no se le impone coercitivamente al ciudadano, sino que lo acepta voluntariamente y su cumplimiento depende *in totum* de sí mismo. Gargarella, en su justificación del castigo penal desde un ideal de democracia deliberativa, resalta que “en la comunidad de iguales las normas resultan el producto de un acuerdo inclusivo, del que participan, en la medida de lo posible, todos los afectados en potencia por esas normas” (GARGARELLA, 2016: 19).

De este modo, el control de constitucionalidad no se reconoce porque las decisiones de los jueces tengan más posibilidades de ser verdaderas o justas que las del legislador. Ello es incompatible con la adopción de un no cognoscitvismo moral. El control de constitucionalidad se legitima por la racionalidad discursiva de la decisión, para lo cual es necesario que ella esté justificada. La justificación, según BERNAL PULIDO (1999), alude a la corrección del razonamiento que subyace a la decisión judicial, en el cual son considerados los diferentes argumentos que pueden determinarla en uno u otro sentido (p. 134).

V.

El esquema creado respecto del control de constitucionalidad de las normas impone reemplazar la tradicional idea de "supremacía judicial" por la de "revisión judicial". BELLO HUTT (2016), con cita de Keith Whittington, recuerda que la revisión judicial debe entenderse como (p. 5):

la autoridad particular de una corte, en el contexto de decidir un caso concreto, de rehusarse a dotar de fuerza a un acto de otra institución gubernamental fundado en que tal acto es contrario a las exigencias de la constitución", mientras que la supremacía hace referencia a una preeminencia de las decisiones judiciales por sobre las de los demás órganos.

La idea de supremacía judicial descansa en dos premisas: (a) que el aislamiento y el alejamiento de las presiones políticas y electorales favorecen la justicia e imparcialidad del razonamiento judicial; y (b) la sentencia asegura mayor imparcialidad en la decisión, pues los formalismos que la rodean impiden que una decisión esté impulsada por motivos puramente partidarios. Más allá del elitismo epistemológico implícito en estos postulados, resulta llamativo que se asigne a las decisiones adoptadas en forma aislada una garantía de mayor imparcialidad que la discusión colectiva. Al respecto, señala GARGARELLA (1997) que (p. 66):

es justamente en las cuestiones constitucionales básicas donde más se requiere de un amplio proceso de consulta y discusión: esto es, cuando están en juego problemas tales como la organización económica de la sociedad, los alcances que queremos darle a la idea de libertad expresión, etc. no parece razonable que toda la comunidad resulte privada de dar su opinión al respecto, para terminar rigiéndose por lo que decida en tales casos un tribunal.

El razonamiento expuesto, por la superioridad que le reconoce al Juez en la interpretación del derecho y porque lleva a la práctica la idea de "última palabra" en la interpretación constitucional, es incompatible con la democracia deliberativa. No lo es, en cambio, lo que en Estados Unidos se ha llamado "teoría departamental", que postula que ningún órgano goza de mayores prerrogativas que los otros para interpretar la Constitución, y que su juicio sobre cuestiones de constitucionalidad no tiene mayores

virtudes que el de los otros. Ésta es la idea que rodea el pensamiento de Madison y Jefferson. Dicho de este modo, si reconocemos que todo razonamiento humano es falible, ni la decisión del legislador ni la del juez pueden considerarse *correctas per se*, sino que sólo pueden aspirar a que ellas sean lo más legítimas posibles. En este contexto, el control judicial de constitucionalidad de la legislación es *una* interpretación de la norma, frente a un caso concreto y desde la perspectiva del aplicador, que no es definitiva, sino que tiende a una creación continua de derecho, incentivando un diálogo inter-institucional con participación de la ciudadanía y de los demás espacios del poder estatal. De ese modo, el derecho judicial y parlamentario adquiere la legitimidad emanada de un proceso inclusivo de formación de la voluntad estatal. Asimismo, ello lleva a restarle importancia a la "última palabra" en la interpretación constitucional, porque al esperar la reacción de otros espacios de poder, ella será siempre provisoria. Esta forma de constitucionalismo débil es la que propician autores como GARGARELLA (2014), TUSHNET (2014), MARTÍ (2006) BAYÓN (2000) y POST y SIEGEL (2013).

Un autor cercano a estas ideas afirma que "en ese modelo ideal (de diálogo) no hay un guardián atrincherado ni un legislador tímido y sumiso, sino dos ramas del gobierno comprometidas en el ejercicio de la persuasión. Pueden disentir, pero sin que exista la presuposición de que una goza de destrezas superiores que la otra" (HÜBNER MENDES, 2014: 179). Con una idea similar, TUSHNET (2014) explica que la decisión de la corte capitaliza la ventaja que ella tiene para "centrar la atención en valores constitucionales conectados con problemas específicos", promoviendo el valor constitucional de las limitaciones al autogobierno democrático. Pero al sustraerle el rol de "última palabra", "una vez que se llama la atención de los legisladores acerca de los problemas, podemos luego promover el valor del autogobierno democrático, dejando la decisión final a la legislatura" (TUSHNET, 2014: 112). De este modo, el potencial epistémico que lleva consigo la revisión judicial surge de la existencia de una instancia más de deliberación, dada desde la perspectiva de quien actúa frente al caso particular y en una coyuntura política y social distinta a la del legislador al momento de dictar la norma, como así también de la posibilidad del parlamento de perfeccionar la legislación a partir de la incorporación de nuevos puntos de vista y circunstancias que no se habían previsto. En este sentido, señala Martí (2006) que una característica del proceso judicial es que allí pueden canalizarse voces que no fueron escuchadas en el proceso legislativo, por lo que las decisiones judiciales aportan nuevas razones a la deliberación pública más general (p. 293).

Un conocido modelo de revisión constitucional dialógico es el ofrecido por la Carta

Canadiense de Derechos y Libertades de 1982 a partir de la incorporación de la *notwithstanding clause* del artículo 33. En ella, se habilita al legislativo a emitir una declaración por la cual, frente a una invalidación judicial de una ley por violación a los derechos de la carta, el legislador puede recrearla sin que los tribunales interfieran por un lapso de cinco años. Vencido el mismo, ella debe ser nuevamente promulgada para continuar vigente. De ese modo, se relativiza el valor de la última palabra y se mantiene vigente el debate sobre la cuestión. Asimismo, se fortalece el deber de los jueces de argumentar sus decisiones, pues ellas ya no son el final de un camino, sino sólo una etapa en un ciclo de creación normativa.

vi.

Para que esta idea triunfe, será necesario abandonar el mito del juez aislado de la sociedad e inmune a las presiones políticas y sociales, que acude al encuentro de la única respuesta correcta dentro de un ordenamiento jurídico que ha previsto *a priori* todas las posibilidades fácticas que puedan aparecer. Por el contrario, Alexander Bickel demuestra que nadie puede sobrevivir en el juego de división de poderes, incluidos los jueces, "sin las cualidades y destrezas de un animal político" (HÜBNER MENDES, 2014: 164). De hecho, la experiencia indica que los tribunales, tanto las cortes como los jueces de instancias inferiores, son sensibles al grado de aceptabilidad de sus decisiones, evalúan el modo en que se pronuncian y el momento mismo en que lo hacen y analizan las expectativas sociales respecto a un caso. Del mismo modo, no son ajenos a manifestaciones populares ni al trato que reciben en medios masivos de comunicación. Por ello, el poder judicial no puede ser ajeno a la existencia de un poder social que en ocasiones ingresa al sistema del derecho sin el filtro que exige la teoría del discurso y debe asegurar que ese poder social no filtrado transite por las exclusiones del principio democrático.

En base a ello, la función judicial consiste también en proteger los derechos individuales mediante un control judicial de la administración basado en el principio de legalidad y por el principio de separación entre Estado y sociedad, esto último entendido en el sentido de impedir el ingreso de poder social no filtrado, es decir, sin pasar por las exclusiones de la formación de poder comunicativo (HABERMAS, 1998: 238). Para ello, es necesario extender el concepto de derechos fundamentales a las cinco categorías mencionadas en el punto que antecede pues para asegurar la legitimidad del procedimiento no alcanza con garantizar libertades subjetivas de acción y la posibilidad de intervenir *formalmente* en el procedimiento, sino que ello debe acompañarse con

condiciones *social, técnica y ecológicamente aseguradas* para que sean efectivamente ejercitables. Pues bien, los jueces no pueden ser ajenos a esta exigencia de producción de derecho legítimo, por lo que el control de esas *condiciones* posibilitantes del debate no pueden entenderse como invasiones a las facultades democráticas del parlamento, sino como garantía que los afectados tengan efectivamente acceso a exponer sus argumentos y a exigir la cuota de racionalidad que impone el principio democrático.

IV. Conclusiones

El control judicial de constitucionalidad, para obtener la cuota de legitimidad que se exige en un Estado Democrático de Derecho, debe ser el producto de una decisión racional, justificada mediante un proceso interpretativo y argumentativo del sistema de derechos previamente establecido por el legislador. Para ello, deberá transitar un proceso discursivo que asegure una adecuada participación de todos los potenciales afectados por la decisión, con efectivas posibilidades de hacerse escuchar y dar razones para obtener una decisión favorable. En el ejercicio de su función revisora, los jueces deben asegurar que la legislación no vulnere las cinco categorías de derechos fundamentales reconocidas por Habermas, pero la interpretación que en ejercicio de esa función ellos efectúen, no debe entenderse en el sentido de una respuesta correcta, sino de un punto de vista en base al lugar que ocupan en el esquema institucional. Ellos no acceden, al estilo del juez Hércules de Dworkin, a la solución adecuada e infalible del sistema, sino que brindan una interpretación más entre varias, desde una perspectiva distinta y particular en la que se sitúan, contribuyendo a mejorar la calidad del debate democrático y a brindarle a los demás poderes y a la sociedad, que es la principal afectada por sus decisiones, argumentos para mejorar el sistema de acción jurídico.

Bibliografía

- ACKERMAN, B. (2011) "El surgimiento del constitucionalismo mundial", en *Criterio jurídico*, volumen 1, número 6, pp. 9-35.
- ALEXY, R. (1993) *De los derechos fundamentales. Teoría*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- (2003) "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en en CARBONELL SÁNCHEZ, M. (coord.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, pp. 31-48.
- (2008) *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*. Buenos Aires, La

Ley.

BAYÓN, J. (2003) "Derechos, democracia y constitución", en CARBONELL SÁNCHEZ, M. (coord.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, pp. 211-38.

BELLAMY, R. (2010) *Constitucionalismo Político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Madrid, Marcial Pons.

BELLO HUTT, D. (2016) "Revisión judicial y democracia deliberativa en términos de teoría departamental y constitucionalismo popular". Consultado en [<https://www.academia.edu/>] el 07.10.2016.

DE SECONDAT, C. (MONTESQUIEU) (1820) *Del espíritu de las leyes*. Administracion.

DWORKIN, R. (1995) *Los derechos en serio*, Guastavino, M. (traduc). Barcelona, Ariel.

ELFMAN, J. (2016) "Supremacía Constitucional. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad", en GARGARELLA, R. y GUIDI, S. (coords.) *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires, Ed. La Ley.

ELY, J. (1997) *Democracia y desconfianza: una Teoría del control constitucional*. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.

GARGARELLA, R. (1997) "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", en *Isonomía*, volumen 6, pp. 55-70.

— (2014) "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos", en GARGARELLA, R. (comp.) *El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

— (2016) *Castigar al Próximo. Por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires, Siglo XII Editores.

GÓMEZ ARCE, C. (2008) *El abuso interpretativo de la sala constitucional*. San José de Costa Rica, EUNED.

HABERMAS, J. et al. (1998) *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta.

— (1992) "Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa", en *Debats*, volumen 39, pp. 18-21.

HAMILTON, A. (1994) "El federalista, número 78.", en Hamilton, A. Madison, J. y Jay, J. *El federalista (337-343)*. México DF, Fondo de Cultura Económica.

HÜBNER MENDES, C. (2014) "Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra", en Gargarella, R. (comp.) *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires, Siglo XXI.

MARTÍ, J. (2006) "La república deliberativa", en *Una teoría de la democracia*. Madrid, Marcial Pons.

NINO, C. (1989) "La filosofía del control judicial de constitucionalidad", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 4, pp. 79-88.

— (1997) *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa.

POST, R. y SIEGEL, R. (2013) *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

PULIDO, C. (1999) "En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes", en *Revista Derecho del Estado*, volumen 7, p. 121.

TUSHNET, M. (2014) "Revisión judicial dialógica", en GARGARELLA, R. (comp.) *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, pp. 105-116.

ROUSSEAU, J. (2011) *El Contrato Social*. Baudilio García, S. (traduc.). Centro Editor de Cultura, Buenos Aires.

WALDRON, J. (2005) *Derecho y desacuerdos*. Martí, J. y Quiroga, Á. (traduc.). Madrid, Marcial Pons.