

Los jueces ¿frente? A la Democracia - Habermas y la justificación del control judicial de constitucionalidad

RESUMEN

Una de las restricciones que ejerce el derecho sobre los otros poderes del Estado (Legislativo y Ejecutivo) es el control judicial de constitucionalidad de normas democráticamente sancionadas. Esto genera cuestionamientos, porque se objeta que los jueces carecen de legitimidad democrática para este tipo de decisiones. El presente artículo analiza desde un punto de vista interno el posicionamiento teórico de Habermas respecto de la articulación entre el punto de vista del derecho y la democracia que presupone el control judicial teniendo en cuenta su teoría del discurso. El artículo también señala el problema de adoptar una postura meramente empírica para abordar este tema, como se evidencia en los últimos escritos de este autor.

Palabras clave: Habermas; Derecho; Democracia; Teoría del discurso; Constitucionalismo.

ABSTRACT

One of the restrictions of the law over the other branches of government (legislative and executive) is the judicial control of constitutionality of democratically norms. This raises questions because it is objected that judges do not have the democratic legitimacy for such decisions. This article analyzes the theoretical position of Habermas to justify the articulation between the point of view of law and democracy, that the judicial review presupposes, on the basis of his theory of discourse. This article also indicates the problem of a merely empirical position to approach this topic, as it is evidenced in the last writings of this author.

Key words: Habermas; Law; Democracy; Theory of discourse; Constitutionalism.

* Doctor en Filosofía (Universidad de Buenos Aires), becario posdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Docente Investigador Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina).

Una de las restricciones que se ejerce en el estado constitucional y democrático de derecho sobre las decisiones de los Poderes políticos, Ejecutivo y Legislativo, es la del control judicial de constitucionalidad, que siempre genera cuestionamientos. Los principales tienen que ver con objetar el hecho de que el Poder judicial, que es un órgano no elegido democráticamente, en ocasiones pretende modificar, o anular, las decisiones que emanan del Poder legislativo, ya sea determinando el alcance de los derechos individuales o sociales, dirimiendo los conflictos que se generan entre los poderes del Estado, o porque interpreta las reglas del procedimiento democrático. En este sentido mientras que algunos autores sostienen que una concepción deliberativa de la democracia "tiene la máxima desconfianza hacia órganos elitistas no representativos para la toma de decisiones, como los judiciales." (MARTÍ, 2006: p. 292), otros afirman que en realidad los jueces están en mejores condiciones para decidir que los propios involucrados en un caso determinado, y por lo tanto, puesto que es más importante la destreza intelectual que la capacidad para representar y equilibrar imparcialmente los intereses de los involucrados, es más probable que las decisiones correctas sean tomadas por los jueces, y no por los políticos (GARZON VADÉZ, 1989; FERRAJOLI, 2008). En los últimos años, y aun cuando el debate no se haya saldado, son muchos los autores que han venido sosteniendo la necesidad de contar con un recurso como el que representa el control judicial, ya que constituye una herramienta necesaria para influir y complementarse con las decisiones legislativas (Cf. entre otros, ELY, 1980; HABERMAS, 1994, 2006; ELSTER, 1999; Nino, 2003; SUNSTEIN, 2004; MARTÍ, 2006; GARGARELLA, 1996, 2006; ZURN, 2007).

Frente a este debate, el presente trabajo persigue dos objetivos. El primero, que analizaré con mayor profundidad, pretende clarificar los fundamentos conceptuales del posicionamiento habermasiano respecto del control judicial. La tesis a defender afirma que el mismo permite comprender, pero también justificar teóricamente, la posi-

bilidad de complementar en este sentido el derecho con la democracia considerando el problema desde el punto de vista de su teoría del discurso (concepto de racionalidad discursiva). La idea es que en el caso de Habermas, aun cuando no es tenido en cuenta por la mayoría de los autores que analizan el tema, tal complementación puede revestirse de una sólida fundamentación teórica a partir de explicitar el marco conceptual desde el cual el filósofo aborda este tema del constitucionalismo, y ello porque permite justificar el supuesto, en principio intuitivamente poco convincente, de que efectivamente es posible concebir una relación en términos de una presuposición mutua entre aquellas dos esferas de la razón práctica: derecho y democracia. En este sentido, y este es el segundo objetivo, argumentaré además que la justificación de tal clase de control tiene que poder fundamentarse normativamente, cuestión esta que sin embargo ya no parece ser reconocida por el filósofo en sus últimos escritos.

Luego de una breve presentación general en la que doy cuenta de los argumentos a favor (I) y en contra (II) del control judicial, analizo la posición que al respecto asume la teoría del discurso de Habermas (III). Para ello primero expongo el posicionamiento del filósofo sobre este tema (a) y luego analizo el marco teórico desde el cual el autor aborda este tema del constitucionalismo, dado por su teoría de la identidad de origen entre estado de derecho y soberanía popular (b). Antes del final realizo una breve aclaración respecto del punto de vista normativo que se requiere para abordar este tema, pero que se diferencia del que últimamente adopta el propio Habermas (IV). Las consideraciones finales (V) sólo consisten en una reflexión sobre los resultados alcanzados en base a los argumentos expuestos.

I

Usualmente se considera que la práctica del control judicial de constitucionalidad fue introducida por primera vez por el juez J. Marshall en el famoso caso "Marbury vs. Madison" de la Corte Suprema de Estados

Unidos en 1803. En Argentina la Suprema Corte ejerce este tipo de controles desde 1887 en el caso "Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación" del 22 de septiembre de ese año, en el que rechazó el mandamiento de prisión dictado por la Cámara de Diputados contra este particular alegando que ello afectaba la independencia de los Poderes Legislativo y Judicial, y otros principios del orden constitucional. En los últimos años este desconocimiento de la Corte Suprema respecto de la potestad judicial del Poder Legislativo se ha aplicado a los indultos decretados por el Poder Ejecutivo entre octubre de 1989 y diciembre de 1990 a favor de militares involucrados en la violación de los derechos humanos en el último gobierno de facto. Últimamente también puede tenerse en cuenta la exigencia de la Suprema Corte para la actualización de los haberes jubilatorios a partir del caso "Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios" del 8 de agosto de 2006, que fue un caso testigo porque obligó al Ejecutivo a enviar, casi dos años más tarde, el proyecto de ley para asegurar la movilidad jubilatoria que fue aprobado (mediante la ley 26417) en octubre de 2008. Si bien hay antecedentes anteriores, en Europa la difusión de las Cortes constitucionales se remonta al período posterior a la segunda guerra mundial, con la reactivación de la Corte en Austria en 1946 y las provisiones de la Constitución italiana de 1948 y de la ley fundamental alemana de 1949. Experimentos de justicia constitucional centrados sobre una adecuada Corte fueron intentados, hace ya algunos años y luego del fin de los regímenes dictatoriales, en Portugal (Constitución de 1976 revisada en 1982) y en España (Constitución de 1978).

Esta doctrina intervencionista del Poder Judicial sobre las otras ramas del Estado se justifica cuando una norma contradice no solamente declaraciones explícitas de la Constitución, sino los principios generales en los que se basa. Esto permite justificar tal intervención judicial si no se satisfacen ciertos requisitos que las decisiones políticas deben tener en cuenta, en el sentido de que estas, por ejemplo, se ajusten a

los principios universales de moral pública, como el caso de los derechos humanos y los hagan valer (DE ZAN, 2004, p. 62-64).

Quienes justifican este tipo de intervenciones, alegan que los jueces en verdad tienen mejores oportunidades para detectar problemas en el procedimiento democrático y juzgar el modo en que el mismo funciona, asegurándose que este actúe respetando la voluntad popular. Sunstein ha argumentado insistentemente contra los que creen que el activismo judicial en este tema implica necesariamente un desplazamiento del juicio democrático acerca de cómo establecer prioridades:

el hecho de que hay ciertos compromisos constitucionales resguardando los derechos sociales [...] puede promover la deliberación democrática, dirigiendo la atención política a intereses que de otra manera serían desconsiderados en la vida política ordinaria. (GARGARELLA, 2006, p. 244),

por esta razón

cuando la deliberación parezca haber estado ausente los tribunales deberían desarrollar estrategias interpretativas para promover la deliberación en el gobierno. (HABERMAS, 1994, p. 334).

En este contexto Garzón Valdés también ha sostenido, por ejemplo en lo que respecta a determinadas normas de importancia central para el Estado, que podría resultar viable dar cuenta de ciertos "compromisos básicos" o, como señala, de un "coto vedado de principios constitucionales." (GARZÓN VALDÉS, 1989, p. 644-645) que estarían exentos de la discusión legislativa ordinaria de modo que no puedan ser afectados por mayorías circunstanciales. Precisamente en este sentido L. Ferrajoli refiere a la idea de los límites a los poderes públicos, incluidos los de la mayoría, elaborados por toda la teoría liberal:

Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae a la política, es decir, a los poderes de la mayoría, y al mercado, como derecho inviolable, indisponible e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad,

puede decidir su abolición o reducción [...]. Y es justamente para impedir que (el poder del pueblo) sea absoluto por lo que la democracia política, para no contradecirse a sí misma, debe incorporar 'contra-poderes' de todos, incluso de la minoría, orientados a limitar los poderes de la mayoría. Estos contra-poderes, que no se advierte por qué no deban ser configurados también ellos como 'poderes del pueblo' (o 'democráticos'), son precisamente los derechos fundamentales. (FERRAJOLI, 2008, p. 55, 87, 212-213).

II

Esta concepción del constitucionalismo se presenta como disputable a partir de las objeciones que al respecto plantean algunos autores. J. Waldron, por ejemplo, cuestiona el control de constitucionalidad por parte de los jueces, ya que estos no podrían estar legitimados para este tipo de control puesto que no son elegidos democráticamente, como así también porque adoptan decisiones mediante procedimientos en los que decide la mayoría de la Corte, con lo cual estarían reproduciendo los mismos desacuerdos que existen fuera del ámbito de la justicia que pretenden regular (WALDRON, 1993, p. 18-51). En este sentido se pregunta el autor si en verdad

resulta agravada la tiranía de una decisión política por el hecho de que la misma es impuesta *por la mayoría*", además, "¿es la tiranía de la mayoría una forma particularmente inaceptable de tiranía? [...] un tribunal también puede tomar su decisión por medio de una votación mayoritaria [aunque en ese caso] no hablemos comúnmente de una 'tiranía de la mayoría.'" (WALDRON, 2005, p. 52).

Otro autor que defiende la prioridad de la democracia por sobre el control judicial, aunque sin excluirlo, es C. S. Nino. A su entender podría objetarse que si los jueces en verdad están en una posición epistémica más débil en comparación con las instituciones que se encuentran más directamente ligadas al proceso democrático en la tarea de

determinar el alcance y jerarquía de los derechos, no hay por qué pensar que aquellos estén en mejores condiciones para resguardar tales derechos en contra de decisiones democráticamente adoptadas que afecten (positiva o negativamente) a estos derechos:

cuando el origen de los jueces no es de carácter democrático, sus decisiones no gozan del valor epistémico que sí tiene el proceso democrático. La perspectiva del juez se encuentra limitada a la de las personas directamente afectadas por un conflicto sobre el cual tiene que decidir, excluyendo a algunos de aquellos que podrían resultar afectados por el conflicto. El juez es completamente extraño a la disputa. (NINO, 2003, p. 260).

Por esta razón el procedimiento intersubjetivo de deliberación democrática parecería encontrarse en una mejor posición para adoptar decisiones colectivamente vinculantes, que la que pueda adoptar un juez, que prescinde de este punto de vista.

No obstante estas consideraciones críticas al control judicial y a favor de la democracia, este filósofo no rechaza totalmente esta clase de controles por parte de los jueces; a su entender

la impresión de que el proceso democrático no puede satisfacer todos los requerimientos de la constitución ideal es tan fuerte que el control judicial de constitucionalidad no puede descartarse sólo como consecuencia de invocar los méritos de la democracia deliberativa. (NINO, 2003: p. 260-261).

Nino plantea tres excepciones a la negativa del control judicial de constitucionalidad, señalando que el mismo es necesario si la ley no respeta los presupuestos del proceso democrático, o la autonomía personal fundándose en razones perfeccionistas, o si afecta negativamente la preservación de la práctica jurídica moralmente aceptable (NINO, 2003, p. 273 ss).

R. Gargarella también parece suscribir a la idea de que no es conveniente des-

atender al punto de vista que representa la democracia, pues en su opinión

no debiera ser aceptable, en principio, que el poder judicial tenga las facultades que hoy tiene. Sucede que no resulta razonable que dicho poder (el de menor legitimidad democrática) tenga la capacidad para decidir la última palabra en todo tipo de cuestiones y aun en contradicción con la voluntad del legislativo. (GARGARELLA, 2011).

Desde hace ya tiempo este autor viene mostrando, en base a estudios bien documentados de historia institucional, que el poder de revisión de los jueces tendría una raíz conservadora y elitista, el cual presupone que para tomar la decisión correcta (por ejemplo) en cuestiones constitucionales no es necesario consultar a la ciudadanía (GARGARELLA, 1996, p. 13). No obstante sus reparos teóricos Gargarella también aconseja mantener el control externo de legitimidad constitucional de las decisiones políticas por parte del Poder judicial. Últimamente ha sostenido en esta línea que

los jueces no solamente están institucionalmente bien ubicados para enriquecer el procedimiento deliberativo y ayudar a corregir algunos de sus sesgos indeseables, sino que también tienen muchas herramientas diferentes para facilitar su tarea en este respecto [...], y ello sin tomar el lugar del legislador para decidir qué remedio [eventualmente] adoptar; los jueces pueden ofrecer un conjunto de remedios alternativos dejándole a aquel la decisión final de cuál elegir (GARGARELLA, 2006, p. 243, 251)¹.

Mientras que conforme a la idea de una democracia liberal se plantea entonces la necesidad de limitar las decisiones democráticas mayoritarias resguardando derechos considerados básicos y fundamentales, que están explícita o implícitamente en la Constitución, desde el punto de vista democrático se tiende por el contrario a adoptar una postura más bien escéptica respecto del control judicial. La razón es que las decisiones anuladas por parte de un órgano aristocrático que presume un mejor posicionamiento epistémico para decidir se contraponen con los principios constitutivos básicos de la democracia, que apuntan a que la mayoría de las cuestiones sustantivas que afectan a la comunidad (pero no todas²) queden en manos de las mayorías, o de sus órganos representativos, porque de otro modo se afecta negativamente la soberanía moral del pueblo sacando de sus manos justamente las cuestiones más importantes o definitorias de la política que él tiene el derecho y la responsabilidad de decidir por sí mismo.

III

a) Habermas acepta el control judicial, aunque al mismo tiempo este tiene que resultar enteramente compatible con su teoría de la democracia. Frente al problema de cómo abordar la cuestión dada por el hecho de que normas democráticamente sancionadas puedan resultar anuladas por jueces no democráticamente elegidos (al menos no directamente), el posicionamiento teórico asumido por el filósofo se basa en el recono-

¹ En oposición a esta línea argumentativa podría sostenerse sin embargo que los jueces no son elegidos arbitrariamente, sino que sus nombramientos emanan de procedimientos democráticos llevados a cabo en el Parlamento por parte de los representantes directos del electorado, de modo que a fin de cuentas es posible afirmar que ellos, si bien en una medida menor que los legisladores, aunque más no sea en un sentido derivado también gozan de cierta legitimidad democrática. Este es el argumento de algunos autores que parecen defender el control judicial desde este punto de vista. Eisgruber, por ejemplo, afirma que "pese a que los jueces no son seleccionados por elección popular directa, de todos modos son designados a través de un proceso que es a la vez político y democrático [...]. Son designados por funcionarios electos [...]. Los jueces tienen un *democratic pedigree*: deben su designación a sus visiones políticas y a sus conexiones políticas tanto como a sus habilidades jurídicas." (LINARES, 2008, p.79). Y Hilblink, por su parte, ha apoyado esta idea sugiriendo que las credenciales democráticas de la justicia constitucional varían dependiendo de la forma en que los jueces son seleccionados, especialmente si interviene el Parlamento y el cargo no es vitalicio (LINARES, 2008, p. 79).

² Por supuesto, y dependiendo de cuán rígida pueda ser una Constitución, siempre puede haber trabas para la toma de decisiones trascendentes, como por ejemplo el de la modificación de la misma Constitución. Este es el caso de Argentina, ya que si bien por ejemplo con la reforma de 1994 se incorporaron a la Constitución Nacional mecanismos de participación semidirecta de la población mediante el art. 39, allí también se señala expresamente que no podrán ser objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal, permitiendo no alterar la naturaleza del sistema republicano representativo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 22, según el cual el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución.

cimiento de los presupuestos operantes en la práctica comunicativa para la justificación de procedimientos decisorios en el estado democrático de derecho:

el Tribunal constitucional debe proteger el sistema de derechos que posibilite la autonomía privada y pública de los ciudadanos [...]. Ante todo tiene que examinar el contenido controvertido de las normas en conjunto con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales de los procesos democráticos de establecimiento del derecho. (HABERMAS, 1994, p. 320).³

La idea aquí es que en el marco del estado de derecho constitucional, centrado en una constitución normativa, jerárquica y directamente operativa, la función judicial desempeña un papel de control cuya racionalidad y aceptación depende del más exigente discurso argumentativo a la hora de aplicar el derecho (SUÁREZ, 2011, p. 101). En efecto, el Poder judicial no puede apelar a instancias meta-sociales y meta-políticas, tampoco tiene facultad legislativa. Pero tiene que controlar en primer lugar los procedimientos de los poderes políticos, que ellos no se extralimiten en sus facultades, que respeten los derechos individuales y que se atengan a las reglas constitucionales de la deliberación democrática para la toma de decisiones.⁴

Ahora bien, para profundizar en el trasfondo filosófico de la concepción habermasiana del control judicial es necesario señalar su tesis de la identidad de origen entre estado de derecho y soberanía popular, ya que la misma permite comprender teórica-

mente la viabilidad conceptual de pretender articular el derecho con la democracia en el sentido que vimos hasta aquí.

b) He señalado que para Habermas la legitimidad del control judicial en última instancia depende de su contribución al ejercicio de la autonomía privada y la autonomía pública de los ciudadanos. Sin embargo, a fin de comprender teóricamente este posicionamiento del autor es necesario explicitar su tesis de la identidad de origen entre estado de derecho y soberanía popular, entre la autonomía privada y la autonomía pública, porque como veremos este no sólo constituye el marco teórico desde el que aborda el problema del control normativo⁵, sino porque además, y esto es importante, esta explicitación reconstructiva del trasfondo filosófico en el que se apoya Habermas para su análisis del control judicial, otorga una sólida justificación a nivel teórico de la pretensión de validez de esta institución jurídica del estado de derecho.

La tesis habermasiana de la identidad de origen entre estado de derecho y soberanía popular afirma que si bien ambas concepciones pueden entrar en conflicto, al mismo tiempo se presuponen mutuamente y se relacionan en términos de una implicación de tipo material.⁶ En efecto, ambos principios se presentan como igualmente originarios, pues ninguno se deriva del otro, y por lo tanto tampoco hay necesidad de suponer que uno tenga prioridad conceptual sobre otro; esto significa que la autonomía privada y la autonomía pública se exigen la una de la otra siendo igualmente originarias e interdependientes:

³ Dice Habermas que “[...] si se entiende la Constitución como interpretación y configuración de un sistema de derechos, el cual hace valer la conexión interna de autonomía privada y autonomía pública, una jurisprudencia constitucional (*Verfassungsrechtsprechung*) ofensiva no sólo no resultará perjudicial para la legislación de procedimientos y la formación racional de la opinión y la voluntad políticas, sino que incluso es normativamente exigida” (HABERMAS, 1994, p. 340).

⁴ Esta es en parte también la postura de uno de los autores que más ha analizado este tema, como es J. Ely, para quien este tipo de control tiene que resguardar los canales por los que discurre el procedimiento a través del cual se organiza a sí misma la comunidad jurídico-democrática: “el control judicial primariamente debe reparar sobre el desbloqueo de las obstrucciones del proceso democrático.” (ELY, 1980, p. 108, Op. cit. 117).

⁵ De hecho Habermas analiza este tema siguiendo el abordaje de autores como Michelmann y Sunstein, a fin de encontrar fundamentos para justificar la posibilidad de compatibilizar el principio de la soberanía popular y el del estado de derecho (cfr. Habermas, 2009a, 158 ss.). Como puede advertirse, en el presente trabajo pretendo recorrer el camino inverso, por así decir, a fin de clarificar la concepción habermasiana del control judicial.

⁶ “Beide Begriffe sind interdependent, stehen in einer Beziehung der materialen Implikation.” (HABERMAS, 2009a, p.156).

La buscada conexión interna entre derechos humanos y soberanía popular consiste, pues, en que a través de los derechos humanos mismos se satisface la exigencia de la institucionalización jurídica de una práctica ciudadana del uso público de las libertades; los derechos humanos, que posibilitan el ejercicio de la soberanía popular, no pueden ser impuestos a dicha práctica como una limitación desde fuera. (HABERMAS, 1999, p. 253-254; cf. 1994, p. 133; 2009a, p. 156; 2006, p. 275-314; 2009b, p. 87-139).

Ahora bien, para el autor la constitución y vigencia del derecho legítimo a su vez también depende de procedimientos intersubjetivos de reconocimiento que llevan a cabo ciudadanos que ejercen derechos, no subjetivos, sino políticos:

[...] los presupuestos comunicativos por los que los ciudadanos juzgan a la luz del principio discursivo si el derecho que ellos establecen es derecho legítimo, tienen que ser, por su parte, institucionalizados bajo la forma de derechos civiles políticos. (HABERMAS, 1999, p. 255).

De este modo la tesis habermasiana sostiene entonces, por un lado, que los ciudadanos del Estado sólo podrán hacer un uso "apropiado" de la autonomía pública que les garantiza los derechos políticos, si privadamente son lo suficientemente independientes y están en condiciones de organizar y garantizar su forma de vida privada con el mismo grado de autonomía. Por el otro lado, y *al mismo tiempo*, los ciudadanos de la sociedad disfrutan en la misma medida de su autonomía privada igualitaria –es decir que las libertades de acción subjetivas que están igualitariamente distribuidas poseen para ellos el "mismo valor"- si como ciudadanos

del Estado también hacen un uso apropiado de su autonomía política, que por ejemplo puede implicar una cierta orientación al bien común (HABERMAS, 2009a, p. 156; 2006, p. 278). Aquí se evidencia ya una conexión constitutiva entre derecho y política democrática, la cual se justifica en que los derechos subjetivos sólo pueden ser puestos en vigor y cumplirse por organizaciones que tomen decisiones colectivamente vinculantes y, a su vez, estas decisiones deben su carácter colectivamente vinculantes a la forma jurídica con que están revestidas (HABERMAS, 1994, p.134-135; 1999, p. 253; 2001, p. 156).⁷

En un lenguaje habermasiano ya antiguo, pero quizá aún no del todo extinguido u obsoleto para dar cuenta de sus concepciones filosóficas de fondo, tal vez podríamos hablar aquí de una relación *dialéctica* entre autonomía privada y autonomía pública, que si bien en una primera instancia se muestran en una relación de "tensión de fondo", en realidad esta desaparece cuando se adopta un punto de vista que supone, no una preferencia por alguna, sino la superación de tal relación en tanto que conflictiva a partir de asumir una tercera posición teórica que, más allá de la oposición liberalismo - republicanism, y de los caracteres distintivos de cada una de estas doctrinas filosófico-políticas, que respectivamente se conectan con el principio del estado de derecho y de la soberanía popular, encuentra su punto de apoyo en una teoría de la democracia deliberativa como la que sostiene Habermas (1999, p. 231 ss.; 1994, p. 324 ss.).

En base a esta teoría habermasiana es posible señalar entonces que para este filósofo el constitucionalismo (estado de derecho, autonomía privada) y la democracia

⁷ En este sentido últimamente Habermas sostiene que "de hecho la razón práctica se realiza a sí misma en la forma de la autonomía privada no menos que en la forma de la autonomía pública. Ambas son medios y fines para la otra. [...] Sólo el proceso democrático garantiza a los ciudadanos de la sociedad alcanzar el disfrute de iguales libertades subjetivas. Inversamente, sólo una asegurada autonomía privada de los ciudadanos de la sociedad pone a los ciudadanos del Estado en posición de un uso adecuado de su autonomía política. La interdependencia de estado de derecho y democracia pone en primer plano esta relación de complementación de la autonomía privada y [autonomía] del ciudadano: cada una consume los recursos que la otra representa" (HABERMAS, 2009a, p. 175, e también p. 158-159); y en *Facticidad y validez* ya había afirmado también que el derecho y la democracia "se entrecruzan recíprocamente y forman (*ausbilden*) un sistema de los derechos que establece una presuposición recíproca entre autonomía privada y autonomía pública", entre el constitucionalismo y la democracia (HABERMAS, 1994, p. 162).

(soberanía popular, autonomía pública) se relacionan en términos de una presuposición recíproca. De acuerdo con Ch. Zurn, quien analiza este tema del constitucionalismo en Habermas de una manera cercana a la que aquí propongo, podemos afirmar que para este último

la democracia no solamente presupone el constitucionalismo, el constitucionalismo es ilegítimo sin democracia deliberativa. [...] En términos de un eslogan, no hay legitimidad constitucional sin democracia, y no hay democracia legítima sin constitucionalismo. (ZURN, 2007, p. 236).⁸

Dicha tesis nos permite entonces justificar con argumentos conceptualmente más sólidos (al menos que los presentados por los anteriores autores citados que intentan compatibilizar la revisión judicial con la democracia) la idea de que el control judicial asegura la legitimidad de las decisiones políticas controlando y haciendo valer las condiciones procedimentales para la toma de decisiones. En efecto, la postulada identidad de origen entre estado de derecho y soberanía popular, que a su vez se apoya en un procedimiento reconstructivo de los presupuestos operantes en el origen de la práctica constituyente⁹, se constituye en el marco teórico en el que, podemos afirmar, se expresa el posicionamiento habermasiano respecto del constitucionalismo, y ello en la medida en que justifica la posibilidad de plantear una conexión entre el derecho y la democracia presupuesta por el control judicial.¹⁰

Para fundamentar una concepción del control judicial se necesita, digamos, una justificación filosófica de segundo nivel que primero dé cuenta de los argumentos acerca de por qué es en efecto posible articular estos dos puntos de vista de la razón práctica, para luego, y sin asumir por ello presupuestos simplemente aceptados pero no justificados, proceder legítimamente a plantear una tal conexión afirmando que los jueces cuando intervienen lo hacen en resguardo la democracia.¹¹ Sólo teniendo en claro, primero, que se trata de una conexión que de hecho se plantea en términos de una presuposición recíproca es posible, luego, concebir una sólida y consistente justificación teórica del control judicial de constitucionalidad orientado al resguardo de la democracia.

No se trata entonces solamente de señalar la necesidad de que los jueces, cuando intervienen en otros poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo), controlen los procedimientos democráticos a fin de garantizar el reconocimiento efectivo de los principios que los posibilitan; antes bien, esto viene normativamente exigido por los presupuestos de esta concepción del estado de derecho que se funda en una teoría del discurso que hace jugar de manera co-originaria al estado de derecho y a la soberanía popular, a la autonomía privada y a la autonomía pública, a los derechos humanos y a la democracia, en última instancia, a la libertad de los modernos y a la libertad de los antiguos.

⁸ Señala también Zurn en este sentido que "para Habermas la libertad individual y la soberanía popular no son principios competitivos o antitéticos cuyo conflicto sería resuelto por una inexplicable judicatura." (ZURN, 2007, p. 238).

⁹ Cfr. HABERMAS, 2009a, p. 171-172; este filósofo también realiza esta reconstrucción de esta práctica constituyente en otras obras: 1994, p. 151-165; 1999, p. 252-256.

¹⁰ "Si se entiende la Constitución como interpretación y configuración de un sistema de derechos, el cual hace valer la conexión interna de autonomía privada [i.e. el punto de vista del derecho] y autonomía pública [i.e. la democracia], una jurisprudencia constitucional (*Verfassungsrechtsprechung*) ofensiva no sólo no resultará perjudicial para la legislación de procedimientos y la formación racional de la opinión y la voluntad políticas, sino que incluso es normativamente exigida." (HABERMAS, 1994, p. 340).

¹¹ Cfr. HABERMAS, 1994, p. 162; 1999, p. 252, 255; 2001, p. 133 ss.; 2009a, p. 154 ss.; 2009b, p. 87 ss. esp. P. 89-104. Una postura interesante en este sentido y que pretende dar cuenta, más allá de la tradicional concepción acerca de la supremacía de los jueces sobre la democracia (o a la inversa) en el análisis del control judicial, es la sostenida por M. van Hoecke, quien ha planteado que en lugar de concebir la relación entre los jueces y los legisladores en términos de verticalidad normativa (supremacía absoluta de unos sobre otros), en realidad ambas partes se encuentran conectadas por una relación circular de predominancia e inferioridad entre jueces y legisladores, y ello porque "los legisladores, en la mayoría de los casos, designan los propios jueces, pero la corte constitucional tiene la última palabra en relación con la constitución y el alcance de la legislación sometida a la decisión del tribunal" (HOECKE, 2001, p. 418, 429). El autor plantea así una relación entre ambas partes en la que una y otra se presuponen recíprocamente, de modo que no es posible sostener ya una relación vertical de sometimiento de una parte sobre otra en el tema del control judicial.

IV

La reconstrucción del trasfondo filosófico de la concepción habermasiana del control de constitucionalidad en *Facticidad y Validez* permite un análisis de este tema desde un punto de vista normativo, pero que sin embargo ya no coincide con el posicionamiento actual del filósofo. La necesidad de contar con un punto de vista normativo para la anulación de leyes democráticamente sancionadas por el Parlamento o de resoluciones administrativas del Ejecutivo, no sólo comporta, naturalmente, una pretensión de validez normativa, sino que además tal clase de intervención por parte de los jueces tiene por lo tanto que estar fundada en razones que permitan otorgarle su correspondiente sentido prescriptivo.

Estoy de acuerdo con Habermas cuando dice que a la hora de hacer frente al problema de la articulación del control judicial en un determinado contexto hay que tener en cuenta fundamentalmente razones de tipo pragmático y circunstancias históricas:

“temo que son fundamentos pragmáticos y circunstancias históricas los que otorgan un criterio acerca de cómo mejor debería articularse la tarea del control normativo en un contexto determinado.”¹²

Esto es algo que por supuesto es necesario tener en cuenta, sin embargo no puede tratarse solamente de esto, ni este tipo de razones y circunstancias deberían ser las que otorguen el criterio acerca de cómo proceder. Habermas admite que la institucionalización del control judicial tiene que enjuiciarse a la luz de los principios de la soberanía popular y del estado de derecho, pero últimamente ha venido señalando que “soluciones estándar no van a salir ni de la constelación ni de la interacción de tales principios.” (Habermas, 2009a: p.160). Habermas parece adoptar ahora una fundamentación empírica para el control judicial. Sin embargo, es ne-

cesario abordar el problema desde un punto de vista normativo que resulta consecuente con su correspondiente fundamentación conceptual. La siempre polémica función de este tipo de control por parte de los jueces requiere de un respaldo normativo que puede (y tiene que) complementarse con aquellas razones pragmáticas y circunstancias históricas; y si bien estas son condiciones necesarias (pues de otro modo el control en cuestión ni siquiera podría realizarse ya que carecería de legitimidad), no son suficientes. No por nada el mismo Habermas señalaba en *Facticidad y validez* y respecto del control judicial, que “una jurisprudencia constitucional ofensiva no es perjudicial, sino que incluso es *normativamente exigida*.”¹³

El control judicial de constitucionalidad no puede reducirse a la clase de fundamentos que este autor menciona en sus últimos escritos. La atención a la *facticidad* de las circunstancias históricas tiene que complementarse con la *validez* conceptual que representan los fundamentos señalados en el marco de la tesis de la identidad de origen entre estado de derecho y soberanía popular, y que en Habermas expresan los principios constitucionales del estado democrático de derecho.

Cuando los jueces intervienen en los otros poderes del Estado defendiendo la Constitución y obligándolos a retractarse, a modificar una ley, o a sancionar otra para solucionar un problema específico, lo hacen en términos autoritativos, y sus fallos se plantean, explícitamente, con la correspondiente pretensión de validez normativa. Ahora bien, los jueces están institucionalmente obligados, por ejemplo, a escuchar las diferentes partes en conflicto y a dar solución a quienes han sido afectados en el proceso político de toma de decisiones, y sus resoluciones están respaldadas por razones institucionales que *también* se encuentran revestidas normati-

¹² [...] “ich fürchte, dass eher pragmatische Gründe und historische Umstände *maßgebend* dafür sind, wie die Aufgabe der Normenkontrolle in einem gegebenen Kontext am besten *ingerichtet* werden sollte.” (Habermas, 2009a: 160, el subrayado es mío). Esto que actualmente es afirmado por Habermas es sostenido por el autor al menos desde su libro *Tiempo de transiciones* (cf. HABERMAS, 2001, p. 133 ss.).

¹³ “[...] eine offensive Verfassungsrechtsprechung [...], nicht schaden, sie ist sogar *normativ* gefordert.” (HABERMAS, 1994, p. 340).

vamente, no empíricamente. Esto permite a los jueces ejercer el control de constitucionalidad prescribiendo a legisladores o funcionarios adoptar cierta actitud en un tiempo determinado para solucionar un problema, aunque sin pretender ocupar sus lugares diciendo qué decisión concreta se debe tomar al respecto.

No hay que olvidar que en aquellos diseños institucionales en los que se prevé el control judicial de constitucionalidad, este se fundamenta en la creencia de que quienes ocupan cargos en los demás poderes del Estado no necesariamente se comportan como "ángeles", sino más bien como "demonios". Porque no es previsible que las personas sean ángeles, es que se necesitan instituciones capaces de reaccionar frente a los inevitables excesos del poder, y esto presupone un punto de vista normativo que también es inherente a las razones que lo justifican. Precisamente esta es la idea subyacente en uno de los libros más influyentes en la historia del constitucionalismo: *El Federalista* (n° 10) (GARGARELLA, 2011). El control judicial no puede realizarse prescindiendo de tal carácter esencialmente normativo que por su propia naturaliza el mismo comporta, y para cuya validez se requiere de una fundamentación teórica (de carácter normativo), no una meramente histórica o puramente pragmática.

V

El posicionamiento teórico adoptado por varios autores respecto del tema del constitucionalismo, y la idea de que el control judicial debería intervenir para resguardar los principios democráticos, ya no resulta novedoso ni original (al menos desde 1980 con la obra de J. Ely, *Democracy and Distrust*). No obstante ello, en el caso de Habermas es posible señalar sin embargo "razones de fondo" que justifican la idea de dicho control, permitiendo responder consistentemente a la pregunta central acerca de por qué estos órganos contramayoritarios pueden prevalecer sobre los órganos representativos de la soberanía popular en una serie de cuestiones que tienen que ver

con temas que afectan a los propios involucrados. Como sabemos, la respuesta a esta cuestión en el marco de la tematización habermasiana respecto del constitucionalismo, apela en última instancia a una concepción de la Constitución que articula y hace valer al mismo tiempo, y en igual medida, los principios del estado de derecho y de la soberanía popular. Clarificar esta cuestión ha sido el principal objetivo de este trabajo.

A su vez, explicitar el trasfondo conceptual en base al cual Habermas tematiza esta cuestión del constitucionalismo también ha permitido señalar, más allá de sus últimos escritos, la correspondiente justificación teórica de carácter normativo, no meramente fáctica o puramente pragmática, de esta complementación entre el derecho y la democracia, lo cual a su vez constituye un aporte para la legitimación de las prácticas políticas y la consolidación del estado constitucional y democrático de derecho.

Referências bibliográficas

DE ZAN, J. *La ética, los derechos y la justicia*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2004.

ELY, J. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Mass. Harvard University Press, 1980.

GARGARELLA, R. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

_____. Disponible en www.insumisos.com Red de Investigadores Latinoamericanos por la Democracia y la Paz (RILDEPAZ).

<http://www.insumisos.com/lecturas/insumisas/la%20democracia%20deliberativa%20en%20el%20análisis%20del%20sistema%20repres.pdf>. Bajado el 20/4/2011.

_____. "Should Deliberative Democracy Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?", BESSON, S., MARTÍ, J. (Eds.). *Deliberative democracy and its discontents*, Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006.

- _____. "La misión de la Corte Suprema". Diario *La Nación*, 26 de abril de 2011.
- FERRAJOLI, L. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.
- GARZÓN VALDÉZ, E. *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.
- _____. *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós, 1999.
- _____. *Zeit der Übergänge*. Frankfurt: Suhrkamp, 2001.
- _____. *Entre naturalismo y religión*. Barcelona: Paidós, 2006.
- _____. "Der demokratische Rechtsstaat. Eine pa- roixe Verbindung widersprüchlicher Prinzi- pien?". En: HABERMAS, J., *Philosophische Texte* (Bd. 4: Politische Theorie). Frankfurt: Suhrkamp, 2009a. p. 154-175.
- _____. "Hat die Demokratie noch eine episte- mische Dimension? Empirische Forschung und normative Theorie". En: HABERMAS, J., *Philosophische Texte* (Bd. 4: Politische Theorie), cit., 2009b, p. 87-139.
- HOECKE, van M. "Judicial review and delibe- rative democracy: A circular model of law crea- tion and legitimation", *Ratio Juris*. v. 14, n. 4, December 2001, p. 415-423.
- LINARES, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- MARTÍ, J. L. *La república deliberativa*. Barce- lona: Marcial Pons, 2006.
- NINO, C. S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- PRONO, S. "Racionalidad argumentativa y dis- curso práctico. Apuntes para el análisis crítico- reconstructivo de un argumento jurídico". BARRANCO, G., SUÁREZ, E. (Eds.), *Argumen- tación y Constitucionalismo*. Santa Fe: Edi- ciones de la UNL, 2011, p. 39-46.
- SUÁREZ, E. "Constitucionalismo, división de poderes y revisión judicial". En SUÁREZ, E. y BARRANCO, G. (Eds.). *Argumentación jurídica y constitucionalismo*. p. 93-101.
- SUNSTEIN, C. "Constituciones y democracia". En ELSTER, J., SLAGSTAD, R., *Constituciona- lismo y democracia*, México, FCE, 1999. p. 344-371.
- WALDRON, J. "A Right-Based Critique of Cons- titutional Rights". *Oxford Journal of Legal Stu- dies*, n. 13, 1993, p. 18-51.
- _____. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Mar- cial Pons, 2005.
- ZURN, Ch. *Deliberative Democracy and the ins- titutions of judicial review*. New York: Cam- bridge University Press, 2007.