

**MORAL, POLÍTICA Y DERECHO.**  
**UN ANÁLISIS DEL (PROBLEMA DEL) CONTROL JUDICIAL DESDE EL**  
**CONCEPTO DE LA RACIONALIDAD DISCURSIVA DE HABERMAS Y APEL**

**MORALITY, POLITICS, AND LAW. AN ANALYSIS OF (THE PROBLEM OF) THE**  
**JUDICIAL REVIEW FROM THE CONCEPT OF DISCURSIVE RATIONALITY OF**  
**HABERMAS AND APEL**

**Santiago Prono \***

**Resumen:** El artículo analiza el tema del control judicial desde el punto de vista del concepto de la racionalidad discursiva de Habermas y de Apel. Se trata de un tema que siempre está en tensión con la democracia, pues se sostiene que el procedimiento democrático goza de una legitimidad para decidir que no tienen los jueces para intervenir en cuestiones políticas. Desde la perspectiva habermasina es posible fundamentar la compatibilidad entre ambos puntos de vista en base a su teoría de la identidad de origen entre estado de derecho y soberanía popular. Además, el presente trabajo también indaga en la justificación de este modo de articular la democracia con el derecho a partir de la ética del discurso y su procedimiento deliberativo de fundamentación racional de normas morales, el cual se distingue por su carácter esencialmente reconstructivo de los presupuestos del discurso argumentativo.

**Abstract:** This Article analyzes the issue of judicial review from the point of view of the concept of rational discourse of Habermas and Apel. This is a subject which is always in tension with democracy, because it is argued that the democratic process has a legitimacy to decide that do not have the judges to intervene in political matters. From the habermasina's perspective it is possible to justify the compatibility between both points of view on his theory of the identity of origin between the rule of law and popular sovereignty. Furthermore, this work also explores the rational justification of this joint (articulation) between the law and the democracy from the discourse ethics and its deliberative processes of rational foundation of moral norms, which is distinguished by its essentially reconstructive budgets of argumentative discourse.

**Palabras clave:** Constitucionalismo, democracia, ética del discurso, Habermas, Apel.

**Key words:** Constitutionalism, Democracy, Discourse Ethics, Habermas, Apel.

**Fecha de recepción:** 06-05-2011

**Fecha de aceptación:** 26-06-2011

## **1. INTRODUCCIÓN**

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 en ocasiones pretende modificar, o anular, las decisiones que emanan del Poder legislativo, ya sea determinando el alcance de los

---

\* CONICET, Universidad Nacional del Litoral (Argentina).

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 se preguntan si deberíamos encomendar esta función únicamente a un Tribunal Constitucional, sugiriendo que algunos aspectos de esta misión merecerían la atención de un poder especial del gobierno (Ackerman, 2007: 113), otros directamente 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: 292). Contrariamente a este último punto de vista que señala el déficit democrático de la Justicia, se sostiene que en realidad los jueces están en mejores condiciones de 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. En los últimos años, sin embargo, 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, no sólo para regular la interacción social (este es en cierto sentido la función propia del derecho), sino para influir y complementarse con las decisiones legislativas<sup>1</sup>. Este es el debate que se genera en torno al constitucionalismo, en el marco del cual los jueces influyen de diversas maneras en las decisiones legislativas cuando estas afectan o desconocen los principios constitucionales.

Frente a este debate, el presente trabajo persigue dos objetivos. No sólo indaga en la posibilidad de articular ambas perspectivas considerando el problema desde el punto de vista del concepto de la racionalidad discursiva de Habermas, sino que además también analiza el aporte que en tal sentido puede brindar la ética del discurso de Apel. La tesis central que intentaré defender aquí, sostiene que la revisión judicial debería orientarse a resguardar los presupuestos que regulan y posibilitan la democracia en lo que respecta al procedimiento deliberativo e intersubjetivo de fundamentación de decisiones políticas, presupuestos que son explicitados o descubiertos mediante el tipo de reflexión pragmático-trascendental que la ética del discurso adopta como base de su procedimiento de justificación racional de normas morales. La idea es que esta propuesta de complementación (entre el derecho y la democracia), que viene siendo planteada desde hace ya algún tiempo por varios filósofos y desde diversas perspectivas teóricas, en el caso de Habermas puede justificarse con un mayor respaldo teórico a partir de la contribución que en tal sentido puede brindar esta teoría ética.

---

<sup>1</sup> Cfr. entre otros Ely, 1980; Habermas, 1994, 2006; Elster, 1999; Thompson, 1999: 111-125; Michelman, 1999; Fabre, 2000; Nino, 2003; Sunstein, 2004; Gloppen, 2006; Martí, 2006; Gargarella, 1996, 2006; Tushnet, 2009.

Luego de una breve presentación general del problema, señalo los argumentos a favor (2) y en contra (3) del control judicial, y la posición que al respecto se asume la teoría del discurso de Habermas (4). Sobre esta base analizo el aporte que al respecto puede realizar la ética del discurso al tema en cuestión (5). Las consideraciones finales (6) sólo consisten en una breve explicitación de los resultados alcanzados en base a los argumentos expuestos.

Por supuesto, este es un tema muy complejo que tiene implicancias para el diseño institucional, la división de poderes, la representación, entre otros, pero aquí sólo me interesa señalar una vía de investigación que podría tenerse en cuenta para intentar justificar la idea de que la ética del discurso adopta un papel importante, aunque por cierto no excluyente, para la justificación del control judicial de constitucionalidad y el consecuente aporte para el mejoramiento de la calidad institucional y la consolidación del estado constitucional y democrático de derecho.

## **2. DEFENSA GENERAL DEL CONTROL JUDICIAL**

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, por ejemplo, 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<sup>2</sup>. 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 previsiones de la Constitución italiana de 1948 como así también 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). En esta línea, y en opinión de R. Gargarella, la jurisprudencia de la Corte Suprema (post-apartheid) de la República sudafricana, a partir de sus definiciones en los casos “*Gobierno de la República de Sudáfrica vs. Grootboom*”<sup>3</sup> y “*Ministro de*

---

<sup>2</sup> Este desconocimiento de la Corte Suprema respecto de la potestad judicial del Poder Legislativo también se ha aplicado en los últimos años en este país con respecto 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 (1976-1983).

<sup>3</sup> Se trata de la querrela presentada por 900 demandantes que vivían en condiciones de extrema pobreza reclamando por el respeto de sus derechos de vivienda (Octubre de 2000). Citado en Gargarella 2006: 245.

salud y otros vs. Campaña de Acción pro Tratamiento y otros”<sup>4</sup>, representa un ejemplo que ayuda a la comunidad legal internacional a entender que es posible sostener un rol judicial activo en el área de los derechos sociales afirmando al mismo tiempo la primacía de las autoridades políticas (Gargarella, 2006: 245).

Quienes justifican este tipo de intervenciones, alegan que los jueces en verdad tienen más posibilidades que los políticos para detectar problemas en el procedimiento deliberativo y juzgar el modo en que el mismo funciona, asegurándose que este respete la voluntad popular. En este sentido se afirma que, aun cuando en política se actúe de buena voluntad, que no siempre ni necesariamente es el caso, dado que somos seres falibles, deberíamos aceptar toda clase de dispositivos que ayuden a corregir decisiones, las cuales siempre pueden basarse en errores fácticos y lógicos, falta de información, prejuicios, etc., además del hecho de que la política en ocasiones facilita la adopción de decisiones basadas en el privilegio de intereses parciales. La idea es que es posible justificar el hecho de que los jueces puedan asumir un rol significativo en el procedimiento democrático, por ejemplo en lo que respecta a la implementación de derechos sociales. 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. Para este autor, “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” (Sunstein, 2004: 228)<sup>5</sup>; y en esta línea también ha sugerido antes que “los tribunales deberían desarrollar estrategias interpretativas para promover la deliberación en el gobierno, por ejemplo devolviendo asuntos concernientes a intereses o a grupos constitucionalmente sensibles, para ser reconsiderados por el legislativo o por los organismos reguladores de que se trate cuando la deliberación parezca haber estado ausente” (Sunstein, 1990: 164)<sup>6</sup>. 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: 644-645) que estarían exentos de la discusión legislativa ordinaria de modo que no puedan ser afectados por mayorías circunstanciales. Se trata pues de principios que estarían resguardados por órganos judiciales para observar la constitucionalidad de las leyes votadas por la mayoría. Precisamente en este sentido Ferrajoli refiere a la idea de los límites a los poderes públicos, incluidos

---

<sup>4</sup> Este caso concierne a la enfermedad del Sida, uno de los más dramáticos problemas sociales de Sudáfrica, en el cual la Suprema Corte cuestionó la decisión del gobierno de prohibir la administración de una droga antiviral -Nevirapina- excepto en circunstancias excepcionales, y exigiéndole la implementación coordinada y progresiva de programas de salud que garanticen el acceso a servicios de salud a fin de combatir la transmisión del VIH de las madres embarazadas a sus hijos (2002). Citado en Gargarella 2006: 245.

<sup>5</sup> La cita está en Gargarella, 2006: 244.

<sup>6</sup> La cita está en Habermas, 1994: 334.

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 (Ferrajoli, 2008: 55) (...). 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: 87) (...). Y ¿qué es lo que las constituciones establecen como límites y vínculos a la mayoría, como precondiciones del vivir civil y a la vez razones del pacto de convivencia? Esencialmente dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales –los primeros entre todos son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay mayoría, ni interés general, ni bien común o público a los que puedan ser sacrificados –y la sujeción de los poderes públicos a la ley” (Ferrajoli, 2008: 212-13).

Un autor ya clásico que en el contexto de este debate podemos calificar como un fuerte defensor del *judicial review* es R. Dworkin, cuya concepción de los principios del derecho es central para entender el alcance que dicho control debería tener respecto de las leyes. A su entender hay derechos que se encarnan históricamente en una razón que se hace valer desde un punto de vista moral, los cuales se articulan en una “norma fundamental” que exige se tenga a todos la misma consideración y respeto; esto es “algo que ningún tribunal debería desvirtuar” (Dworkin, 2003: 75). En este filósofo esta norma goza del *status* de un “derecho natural (...), que todos los hombres y mujeres poseen (...), simplemente por ser seres humanos que tienen la capacidad de proyectar planes y practicar la justicia”. Esta norma fundamental adopta la forma de un principio jurídico que comporta derechos fundamentales sobre los que se basa el ordenamiento constitucional de un estado democrático de derecho. El autor se interesa por estos principios porque tienen un contenido deontológico que evita que sean, o bien contingentemente derogados, o bien establecidos a voluntad del legislador político: “Llamo ‘principio’ a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, 1999: 72). En este marco Dworkin entiende la democracia como gobierno sujeto a condiciones, entendidas estas en el sentido de la igualdad de status para todos los ciudadanos. Estas condiciones expresan principios morales de justicia que tanto el juez como el legislador deben tener en cuenta para la toma de decisiones. Así, cuando las instituciones mayoritarias satisfacen condiciones democráticas el veredicto de estas instituciones debería ser aceptado por todos; pero si no lo hacen “entonces no pueden objetarse, en nombre de la democracia, otros procedimientos que protegen mejor esas condiciones” (Dworkin, 1996: 118)<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> La cita está en Linares, 2008: 63.

Este filósofo identifica a los principios como una clase estándar aparte, diferente de las normas jurídicas, y a los que los jueces recurren, especialmente en casos difíciles, para aplicar el derecho, o para regular y controlar las decisiones del legislador político cuando este crea las normas del derecho positivo: “(...) los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan los juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas”, y a su entender puede darse el caso de que “(...) el tribunal cite principios que justifiquen la adopción de una norma nueva” (Dworkin, 1999: 80). La idea aquí es que los principios fundamentales que subyacen al ordenamiento jurídico no dependen de circunstancias históricas que cambian y se modifican con el paso del tiempo, como los deseos o las expectativas sociales que se plasman en la voluntad de aquel legislador político, pues esta se encuentra determinada por tales principios.

Habermas sostiene que es posible evitar connotaciones iusnaturalistas en el marco de esta concepción del derecho si se entienden estos principios como una explicación del sentido deontológico de los derechos fundamentales en general, y que este sentido de validez se transfiere a los derechos institucionalmente vinculantes, o derechos políticos, prestando así a las pretensiones jurídicas individuales un momento de incondicionalidad, en el sentido de que tales principios no están disponibles a la voluntad del legislador para que pueda modificarlos o anularlos (Habermas, 1994: 250). Para Dworkin los principios del derecho, y los objetivos políticos que establecen los legisladores de acuerdo con los mismos, otorgan los medios argumentativos suficientes para reconstruir el derecho vigente al punto de poder considerarlo normativamente justificado. Su pretensión es la de encontrar principios válidos, objetivos, en base a los cuales un sistema jurídico-político pueda quedar justificado en sus elementos esenciales<sup>8</sup>. En este sentido, como es sabido, el autor apela a la figura de un juez con capacidades intelectuales comparables a la fuerza física de Hércules, cuya virtud es la de conocer los principios válidos como así también los medios y objetivos que en función de aquellos se necesitan para la justificación en cada caso particular, lo que a su vez le permite descubrir y corregir errores en la legislación política (Dworkin, 1984: 193<sup>9</sup>).

### 3. CRÍTICA GENERAL DEL CONTROL JUDICIAL

Esta concepción del constitucionalismo se presenta como disputable a partir de las objeciones que al respecto plantean algunos autores. J. Waldron, por ejemplo, no sólo objeta la posibilidad de aislar un conjunto específico de principios constitucionales como señala Garzón Valdés, sino que además

---

<sup>8</sup> Dice Dworkin, que “una institución social como la esclavitud podría ser injusta, no porque la gente piense que es injusta o porque tenga convicciones conforme a las cuales sea injusta, sino simplemente porque la esclavitud es injusta. Si existen tales hechos morales, entonces cabe suponer racionalmente que una proposición jurídica es verdadera aun cuando los juristas continúen disintiendo sobre la proposición después de conocer todos los hechos duros” (La cita, del libro de Dworkin *Los derechos en serio*, está en Habermas, 1994: 259).

<sup>9</sup> La cita está en Habermas, 1994: 260.

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. En opinión de este autor, aquí se muestra la contradicción de quienes sostienen que ciertas cuestiones básicas que atañen a derechos fundamentales de los individuos no siempre pueden ser definidas a través del peso del mayor número –estrategia de la que reniegan cuando se trata de asambleas legislativas representativas del conjunto de la ciudadanía, pero no cuando lo que está en juego es una decisión que se toma dentro de la esfera judicial- (Waldron, 1993: 18-51, 1999). En este sentido se pregunta el autor “¿resulta agravada la tiranía de una decisión política por el hecho de que la misma es impuesta *por la mayoría?*”, “¿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: 52).

Otro autor que defiende la prioridad de la democracia frente a este modo este modo de entender el constitucionalismo, aunque sin excluirlo, es C. S. Nino. A su entender, y desde el punto de vista que prioriza la democracia, 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: 260). Esto significa que no participa de los litigios que debe resolver como un involucrado en el proceso, intercambiando argumentos y sometidos a las observaciones críticas de los otros involucrados, sino que desempeña el rol de aquel ante quien dicho proceso discurre, debiendo evaluar las razones que los demás le presenten. En consecuencia el juez no asume el rol de un interlocutor discursivo, ni está en relación de simetría con las demás partes involucradas (De Zan, 2004: 139). De este modo 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 *in toto* este tipo 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: 260-261). Por esta razón plantea Nino tres excepciones a la negativa del control judicial de constitucionalidad; en efecto, aunque en términos generales su argumento es contrario a la justificación de tal clase de control respecto de leyes originadas a través del proceso democrático, señala 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: 273 ss.).

Por su parte, R. Gargarella también parece suscribir a la idea de que no es conveniente desatender 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”<sup>10</sup>. 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. En este sentido su posición se apoya en la tradición de pensamiento que entiende que “todos los posibles afectados por una decisión deben tomar parte del proceso deliberativo para la toma de dicha decisión” (Gargarella, 1996: 13). No obstante sus reparos teóricos Gargarella 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 ellos 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; ellos pueden ofrecerle un conjunto de remedios alternativos dejándoles a aquellos la decisión final de cuál elegir”. Por esta razón a su entender la revisión judicial puede estar más o menos en línea con los objetivos de los demócratas deliberativos, y ello aun cuando estos tengan razones para ser escépticos con respecto a tal clase de control (Gargarella, 2006: 243, 251).

En oposición a esta línea argumentativa podría sostenerse sin embargo que los jueces tienen que exponer y hacer públicas sus sentencias y argumentos para justificar sus decisiones, sometiéndose de este modo a las posibles

---

<sup>10</sup> Gargarella. Artículo publicado en [www.insumisos.com](http://www.insumisos.com) Red de Investigadores Latinoamericanos por la Democracia y la Paz (RILDEPAZ) <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisos/la%20democracia%20deliberativa%20en%20el%20 analisis%20del%20sistema%20repres.pdf>, bajado el 20/4/2011.

objeciones de la comunidad jurídica. A su vez, en este sentido también cabría señalar 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<sup>11</sup>. 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” (Eisgruber, 2001: 4)<sup>12</sup>. Y Hilbink, 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 (Hilbink, 2007: 4-5)<sup>13</sup>.

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, y que, podemos decir, revisten el carácter de “derechos morales”, desde el punto de vista democrático, como vimos, se tiende por el contrario a adoptar una postura más bien escéptica respecto del control judicial. La razón es que las decisiones adoptadas en base a procedimientos de deliberación intersubjetiva, como por ejemplo aquellas que se toman en contextos políticos como en el Parlamento (al menos esta es la idea), pueden ser anuladas por parte de un órgano aristocrático que presume un mejor posicionamiento epistémico para decidir. Esto se contrapone 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 todas<sup>14</sup>) 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.

---

<sup>11</sup> Esto es reconocido por ejemplo por Waldron, aunque sostiene que si la cuestión es un asunto de comparación, la legitimidad democrática de los jueces no es ni remotamente comparable con la de los legisladores electos. Para un análisis de este tema en Waldron, cfr. Linares, 2008: 67 ss.

<sup>12</sup> La cita está en Linares, 2008 79.

<sup>13</sup> La cita está en Linares, 2008: 79.

<sup>14</sup> 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 por ejemplo si bien 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.

Como señala De Zan, “es claro que desde el punto de vista de una teoría de la democracia, en la cual la legitimidad de las decisiones vinculantes tiene que apoyarse en la voluntad de la mayoría, el poder de los jueces de invalidar las decisiones mayoritarias del Legislativo no parece fácil de justificar, aunque uno entienda que este poder le ha sido delegado a los jueces por la misma mayoría del pueblo que, en la asamblea constituyente, ha instituido al Parlamento como poder legislativo” (De Zan, 2004: 256).

Por esto es que en la medida en que esta idea de constitucionalismo alude a aquellos límites que se establecen sobre decisiones mayoritarias, la perspectiva que representa la democracia es reticente, por principio, a la pretensión de controlar y limitar judicialmente decisiones legítimamente sancionadas por los legisladores o el gobierno, ambos democrática y directamente elegidos por el pueblo.

#### **4. EL CONTROL JUDICIAL EN EL CONCEPTO DE RACIONALIDAD DISCURSIVA DE HABERMAS**

La teoría política de Habermas acepta el control judicial, aunque al mismo tiempo este tiene que resultar enteramente compatible con su concepción de la democracia. La vinculación que establece este autor entre el punto de vista del derecho y la democracia no implica desconocer el ámbito de ingerencia de esta última, ni una pretensión de afectar su autonomía. Toda justificación racional de decisiones necesariamente comporta el punto de vista representado por el concepto de la racionalidad discursiva y el consecuente intercambio y confrontación crítica de argumentos mediante los cuales se plantean pretensiones de validez para justificarlos, y ello incluso cuando se discute el tema del control judicial. Es esta praxis argumentativa la que se identifica con la democracia y los debates en el Parlamento cuando se sanciona una ley, pero también (aunque no en igual medida) con los jueces cuando deliberan y deciden sus fallos. De acuerdo con esto la deliberación intersubjetiva constituye el procedimiento más confiable para acceder a la corrección de las decisiones, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones permiten incrementar el conocimiento que uno tiene respecto de determinado tema, y ayuda a detectar errores en los argumentos expuestos. Desde ya que una decisión colectiva adoptada en base a un procedimiento deliberativo e intersubjetivo puede resultar errónea desde todo punto de vista (jurídico, político, moral, pragmático, etc.), y un solo individuo, o unos pocos, adoptar una decisión correcta, pero este método es menos confiable porque tiende a eliminar la posibilidad de la evaluación crítica y el aporte de mejores opciones alternativas para decidir respecto de un determinado tema que pueden plantearse desde el punto de vista de los demás interlocutores involucrados en una discusión. Esto se identifica antes con la democracia que con el derecho: “al Tribunal Constitucional las razones legitimadoras que tiene que tomar de la Constitución provienen desde la perspectiva de un legislador que persigue sus políticas interpretando y desarrollando el sistema de los derechos. El juez desata el conjunto de razones con las que el legislador legitima

sus decisiones, y vuelve a atarlas para movilizarlas a favor de una decisión coherente acorde con los principios jurídicos vigentes; *pero* sobre esta base no puede disponer de estas razones de modo que sirvan a la interpretación y configuración del sistema de los derechos, y con esto a una implícita actividad legislativa” (Habermas, 1994: 319).

En este marco teórico el tipo de conexión que resulta admisible entre el control judicial y la democracia es aquel en el que los jueces garantizan los presupuestos de la democracia. En efecto, la Suprema Corte (o un Tribunal Constitucional específicamente diseñado para cumplir tal función de control - como hay en algunos países de Europa-) tendría que orientarse, señala Habermas, a proteger el sistema de los derechos que posibilitan la autonomía privada y pública de los ciudadanos, esto significa que tienen que resguardar, no sólo los derechos individuales, sino también políticos; como consecuencia el control judicial tiene que controlar el procedimiento democrático, tanto de producción jurídica en el Parlamento, como así también de toma de decisiones por parte del Poder Ejecutivo<sup>15</sup>. Desde el punto de vista democrático la revisión judicial podría justificarse entonces en la medida en que concentre sus esfuerzos en salvaguardar el procedimiento político, y así los jueces se convertirían en la voz de las minorías. 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: 108, 117). En este sentido, por ejemplo, podría pensarse que cuanto más restringido sea el acceso de la ciudadanía al proceso político, más razones hay para aumentar el control judicial de éste, pues el riesgo que se quiere evitar es que las reglas de juego sean manipuladas por unos pocos en su propio beneficio<sup>16</sup>. De este modo el Poder Judicial, en tanto poder independiente, no obedece a la mera positividad de las leyes, sino que tiene la facultad de hacer jugar y compatibilizar los principios jurídico-políticos.

Ahora bien, 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 Habermas en este tema es que, y más allá del mero señalamiento acerca de la necesidad de que el derecho resguarde o asegure la legitimidad de los procedimientos políticos, para intentar una salida acorde con su concepción de la democracia hay que tener en cuenta ambas

---

<sup>15</sup> Aunque si tenemos en cuenta que para Habermas el procedimiento de producción jurídica es un procedimiento esencialmente democrático, en última instancia también puede decirse, como hace el autor, que “el principio democrático no sólo fija un procedimiento de producción legítima de normas jurídicas, sino que además también tiene que regular y controlar al propio medio que es el derecho” (Habermas, 1994: 142).

<sup>16</sup> Gargarella, R., “La justicia tiene algo que decir”, artículo publicado en diario *La Nación*, 26 de mayo de 2009.

perspectivas, y ello a partir de los presupuestos operantes en la práctica comunicativa para la justificación de procedimientos decisorios en el estado democrático de derecho:

“(…) bajo las condiciones de pluralismo cultural y social, la Constitución no puede conceptualizarse como un concreto orden jurídico general (*eine konkrete Gesamtrechtsordnung*), imponiendo a la sociedad una determinada forma de vida. La Constitución más bien fija los procedimientos políticos, con respecto a los cuales los ciudadanos en la percepción de sus derechos de autoafirmación pueden perseguir cooperativamente y con perspectivas de éxito el proyecto de establecer formas de vida justas. (…). Partiendo de un trasfondo de comprensión democrática, también se puede dar a las competencias del Tribunal constitucional un sentido que responda a la intención estatal de la división de poderes: el Tribunal constitucional debe proteger el sistema de derechos que posibilite la autonomía privada y pública de los ciudadanos (…). Por esto ante todo tiene que examinar el contenido controvertido de las normas sobre todo en conjunto con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales de los procesos democráticos de establecimiento del derecho” (Habermas, 1994: 320).

El Poder judicial no puede apelar a instancias meta-sociales y metapolíticas, 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. Y más allá de lo meramente formal-procedimental, dicho poder tiene que atender al posible cuestionamiento de contenido de las decisiones de estos poderes políticos desde el punto de vista de la posible contradicción con los principios constitucionales del derecho, o del “espíritu de las leyes” fundamentales (en expresión de Montesquieu). Por esto también es 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: 340). Por supuesto, esto implica al mismo tiempo ciertos límites que el Tribunal Constitucional (o la Suprema Corte) no pueden transgredir: “este no puede asumir el rol de un regente que ocupe el lugar de un sucesor en el trono [debido a que es] menor de edad (*unmündigen Thronfolgers*). Bajo el ojo crítico de un derecho público politizado, el Tribunal Constitucional en el mejor de los casos puede ocupar el rol de un tutor” (Habermas, 1994: 340).

Hasta aquí 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. 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, que constituye el marco teórico desde el que aborda este tema del control normativo<sup>17</sup>. Dicha tesis 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<sup>18</sup>. 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. No se trata de una “conexión paradójica de principios contradictorios”, ya que los derechos políticos que garantizan la autonomía pública de ciudadanos democráticos, sólo pueden ser ejercidos en la medida en que sea posible contar con el reconocimiento de los derechos y la autonomía de los individuos y, a la inversa, los derechos subjetivos e individuales que procuran la defensa universal e igualitaria de libertades, sólo pueden estar garantizados y resultar efectivos en el marco de un adecuado ejercicio de los derechos políticos. Habermas establece una conexión interna que si bien en una primera instancia parece depender del punto de vista en el que nos situemos para que una perspectiva u otra en principio resulte prioritaria, en realidad ambas terminan complementándose: “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: 253-254)<sup>19</sup>. Esta conexión interna que aquí señala Habermas puede entenderse en el sentido de que los derechos subjetivos, que subrayan la centralidad del individuo y representan el punto de vista en base al cual está estructurado el derecho positivo moderno, posibilitan la soberanía popular; esto significa que la práctica de autolegislación de ciudadanos autónomos que en conjunto quieren hacer valer sus derechos políticos sólo adquiere validez en el medio que representa el derecho. Ahora bien, a continuación señala el autor que 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: 255).

---

<sup>17</sup> De hecho Habermas analiza este tema del control judicial 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, 2009: 157 ss.). Como puede advertirse en esta parte del trabajo, aquí pretendo recorrer el camino inverso, por así decir, a fin de clarificar la concepción habermasiana del control judicial.

<sup>18</sup> “Beide Begriffe sind interdependent, stehen in einer Beziehung der materialen Implikation” (Habermas, 2009: 156).

<sup>19</sup> Cfr. Habermas, 1994: 133, 2009a: 156, 2006: 275-314, 2009b: 87-139.

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. Por esto es que para Habermas el estado de derecho constituido democráticamente, no sólo garantiza libertades negativas para los ciudadanos preocupados por el propio bien, sino que con el afianzamiento de las libertades comunicativas también se moviliza la participación de los ciudadanos en el debate público acerca de temas comunes que conciernen a todos (Habermas, 2009a: 156, 2006: 278). Esta conexión constitutiva entre derecho y política democrática se justifica entonces, y en otros términos, 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: “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: 175)<sup>20</sup>.

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<sup>21</sup>. De todos modos, lo que sí está claro es que de esta tesis habermasiana se desprende que en el contexto de la

<sup>20</sup> Cfr. Habermas, 1994: 134-135, 1999: 253, 2001: 156, 2009a: 158-159.

<sup>21</sup> Cfr. Habermas, 1999: 231 ss., 1994: 324 ss.

política deliberativa y de su teoría discursiva del derecho, el estado liberal y el estado democrático son interdependientes en dos formas: en la dirección que va desde el liberalismo hasta la democracia, en el sentido de que se necesitan el reconocimiento de las libertades y el respaldo de los derechos para el correcto ejercicio de la democracia, y en la dirección opuesta, que va desde la democracia hasta el liberalismo, porque se necesita del ejercicio de la democracia para garantizar la existencia y persistencia de las libertades fundamentales<sup>22</sup>.

Llegados a este punto es posible entrever el hecho de que esta tesis de la identidad de origen entre estado de derecho y soberanía popular, que a su vez se apoya en una reconstrucción de los presupuestos operantes en el origen de la práctica constituyente<sup>23</sup>, se constituye en el marco teórico en el que se expresa el posicionamiento habermasiano respecto del constitucionalismo. En efecto, dicha tesis, que presupone una comprensión intersubjetiva pero fundamentalmente discursiva del derecho y la política, y de acuerdo con la cual establece una vinculación por cierto no excluyente entre estas disciplinas de la razón práctica, permite comprender con mayor profundidad conceptual el trasfondo filosófico de la concepción habermasiana sobre el control judicial y que no siempre se encuentra debidamente explicitada en sus escritos. Como mencioné, no se trata solamente del mero señalamiento de 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.

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 comienzos de 1980 con J. Ely). No obstante ello, en el caso de Habermas es posible señalar “razones de fondo” que justifican su postura apelando, 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.

---

<sup>22</sup> Por esto mismo, señala por ejemplo Bobbio, es poco probable que un estado no liberal pueda asegurar un correcto funcionamiento de la democracia, y también es poco probable que un estado no democrático limite su propio poder y garantice las libertades fundamentales; la prueba histórica de esta interdependencia, sostenía el filósofo italiano, “radica en el hecho de que el estado liberal y el estado democrático, cuando caen, caen juntos” (Bobbio, 1985: 23-24).

<sup>23</sup> Cfr. Habermas, 2009a: 171-172; este filósofo también realiza esta reconstrucción de esta práctica constituyente en otras obras: 1994: 151-165, 1999: 252-256.

Sin embargo, y en orden a complementar la postura de este filósofo respecto del control judicial, aún es posible indagar con mayor profundidad en los fundamentos filosóficos de las razones que permiten justificar dicho posicionamiento, específicamente en lo que respecta a esta función del derecho para tutelar la democracia. Una justificación del control judicial como la que he venido explorando aún no es totalmente prístina si no se aclara, y explícita, *qué* se está protegiendo cuando se ejerce tal clase de control. En este sentido hace falta clarificar el tipo de principios que los jueces deben proteger cuando intervienen en las decisiones del Legislativo o del Ejecutivo. Y para esto se requiere de un método reconstructivo como el que adopta la ética del discurso para la fundamentación racional de las normas morales que, al igual que las teorías habermasianas del derecho y de la política, también se ubica en el marco teórico dado por el concepto de la racionalidad discursiva.

## 5. ÉTICA DEL DISCURSO Y CONSTITUCIONALISMO

La ética del discurso es una teoría alemana surgida a comienzos de los años '70 cuyos principales exponentes son K.-O. Apel y J. Habermas. Básicamente, esta teoría ética comporta un carácter procedimental e intersubjetivo que estriba en la confrontación crítica de argumentos orientada a la obtención de consensos racionalmente motivados como condición de validez de la justificación de las normas morales que incorpora, desde sus propios presupuestos filosóficos, parte de las implicancias conceptuales del giro lingüístico, pragmático y hermenéutico de la filosofía contemporánea<sup>24</sup>. En el caso de Apel esta teoría ética mantiene la exigencia trascendental de interrogarse por las "condiciones de posibilidad y validez", pero no cree que sea necesario buscarlas en las estructuras concienenciales, como en el caso de Kant (y en definitiva en toda la llamada "filosofía de la conciencia" que abarca desde Descartes hasta Husserl), sino que es menester buscarlas en el lenguaje y la argumentación<sup>25</sup>. Se trata pues de una teoría en la que el principio del discurso adopta una importancia fundamental, el cual no debe entenderse solamente en el sentido de una exposición de argumentos en los que se expresan las razones que fundamentan las diversas posturas sostenidas por quienes participan en una discusión. Antes bien, este principio, que constituye un término técnico específico de la filosofía contemporánea, fundamentalmente a partir de Habermas<sup>26</sup>, hay que entenderlo en el sentido de un análisis crítico-argumentativo de las pretensiones de validez presupuestas en una argumentación determinada. Tal análisis crítico es necesariamente dialógico y presupone, ante todo, la simetría y la igualdad de derechos entre quienes

---

<sup>24</sup> Para un estudio reconstructivo de lo que, según los propios autores, podemos caracterizar como los fundamentos conceptuales de la ética del discurso, véase Apel, K.-O., Böhler, D., Kadelbach, G. 1984. Cfr. además también Apel, 1973, 1980: 272, 1986: 45-85, 1996: 17-41, 1998; Habermas, 1971; 1974, 1991; Böhler, 1985, 2003: 221-249; Kuhlmann, 1992. Por el lado de algunos comentaristas puede consultarse a Maliandi, 1991: 47-62; Michelini, 1991: 63-87; De Zan, J., 1994: 15-45; Damiani, 2009.

<sup>25</sup> Cfr. Maliandi, 1997: 117, 2002: 60.

<sup>26</sup> Cfr. Habermas, 1971.

asumen el rol de interlocutores discursivos involucrados en la resolución argumentativa de un problema filosófico como el de la fundamentación racional de las normas morales (cfr. Maliandi, 2006: 231 ss.).

El rasgo característico fundamental que desde un punto de vista conceptual puede señalarse como propio de la ética del discurso, es su sentido reconstructivo que explicita reflexivamente los presupuestos normativos que subyacen como condición trascendental de validez al planteo de todo argumento con sentido, y cuyo reconocimiento implica un carácter moral inherente a la racionalidad misma. Esto ha permitido responder adecuadamente al desafío planteado en sus orígenes por objeciones provenientes de posturas racionalistas, según las cuales no era posible una fundamentación racional de las normas morales debido al prejuicio de que la racionalidad era moralmente neutral (Apel, 1992: 14 ss.)<sup>27</sup>. A partir de esta reconstrucción de la dimensión pragmática del discurso argumentativo se justifican conceptos fundamentales de esta teoría ética. Entre ellos están el concepto de la fundamentación última (*Letztbegründung*), que no debe pensarse en un sentido lógico-deductivo, sino en sentido de una reflexión pragmático-trascendental que simplemente alude al hallazgo de presupuestos inherentes a la argumentación, y que por lo tanto no pueden negarse sin incurrir en una autocontradicción pragmática o performativa (*pragmatischer Selbstwiderspruch*)<sup>28</sup>, ni fundamentarse sin comisión de *petitio principii*. Aquí se evidencia la irrebasabilidad (*Unhintergebarkeit*) del discurso argumentativo, que implica la imposibilidad de “salirse” del discurso para tomarlo como objeto de estudio, y ello porque ya siempre lo estamos presuponiendo, por ejemplo para negar con argumentos la viabilidad de una fundamentación racional de la moral. Otro concepto fundamental es el de la norma básica (*Grundnorm*), la cual refiere a un principio ético necesariamente presupuesto en toda argumentación, sea cual fuere el contenido de la misma, e implica una exigencia, fundamentada mediante reconstrucción pragmática, de recurrir a discursos prácticos ante cada caso de conflicto de intereses. Finalmente, también aparece en la ética del discurso de Apel el concepto de comunidad ideal de comunicación (*Idealkommunikationsgemeinschaft*), que refiere a una situación discursiva que adopta la forma de un ideal regulativo en la que los interlocutores discursivos,

---

<sup>27</sup> De esta polémica ha participado también el popperiano H. Albert. Para un análisis de este tema cfr. de este autor 1980: 11 ss., 24 ss., 129 ss., 173 ss. y passim. Del mismo autor: 1975: 100 ss., 1982: 64 ss., 137 ss. y passim. Las respuestas de Apel: Apel, 1973 (II), 45 ss., 1975: 140-173, 1988: 25, 352, 444, etc. Comentarios y exposiciones en Cortina, 1985: 149 ss.; Maliandi, 1991: 21-29, 1993: 89 ss., 2002: 59-73.

<sup>28</sup> Este tipo de contradicción se entiende si se toma en cuenta la dimensión pragmática del lenguaje. Semejante contradicción, a diferencia de una contradicción semántica entre dos proposiciones (en la cual el predicado de una niega lo que afirma el de la otra), se comete con una sola proposición, pero en la cual se niega precisamente lo que está implícitamente afirmado en el acto comunicativo por el cual dicha proposición se expresa, o bien se afirma lo que en el acto se niega. Esto significa, en otros términos, que con una tal contradicción se apela a aquello que se quiere criticar para pretender justificar el tipo de objeción que se quiere plantear. Cfr. Maliandi, 2002: 62; Apel, 1986: 205, 1992: 17-18, y 1994: 161-162.

como dice Habermas, sólo aceptan confrontar sus puntos de vista bajo la “fuerza de coacción” que ejercen los mejores argumentos<sup>29</sup>.

Todos estos conceptos básicos de la teoría ética del discurso, se fundamentan a partir de una reflexión estricta sobre la dimensión pragmática de la argumentación que permite explicitar los presupuestos ya siempre y necesariamente reconocidos cuando se plantean pretensiones de validez mediante discursos prácticos. Este sentido reconstructivo permite dar cuenta de la característica fundamental de esta teoría ética, que no han sabido leer la mayoría de sus críticos cuando objetan su procedimiento de fundamentación alegando la imposibilidad de alcanzar consensos como instancia fundamental para la justificación racional de las normas morales<sup>30</sup>. De este modo esta teoría ética tiene como punto de partida, como señalé, el análisis de las condiciones de posibilidad (*Bedingung der Möglichkeit*) y validez de la argumentación mediante un análisis pragmático-trascendental (en el caso de Habermas hablamos de una “pragmática universal”) que se propone explicitar los presupuestos ya siempre operantes en la misma práctica comunicativa llevada a cabo en términos de argumentos, y que son constitutivos de todo entendimiento intersubjetivo. Esta comprensión pragmático-trascendental de la ética del discurso reconstruye entonces las condiciones y los presupuestos del discurso argumentativo, y a estas condiciones pertenecen presupuestos moralmente relevantes: “cada vez que argumentamos seriamente, además de haber anticipado *nolens volens* las relaciones ideales de comunicación, también hemos reconocido ya siempre, además de la corresponsabilidad, la igualdad de derechos, por principio, de todos los participantes en la comunicación. Pues suponemos necesariamente, siempre como finalidad del discurso, la capacidad (universal) de consensuar todas las soluciones de los problemas: así, por ejemplo, todas las soluciones vinculantes de los problemas de fundamentación de normas”, o lo que respecta al tema del control judicial. Por esto es que, en opinión de Apel, “en estos presupuestos de la argumentación, normativos e inevitables, está ya implicado un principio ético-discursivo” (Apel, 1991: 157-158, 2007: 51-52). Esto es algo que este autor viene sosteniendo desde su *Transformación de la filosofía* de 1973, cuando afirmaba su tesis según la cual “a la argumentación racional (propia del ámbito de la ciencia, pero también a la racionalidad propia de los demás ámbitos discursivos) subyace la validez de normas éticas universales” (Apel, K.-O., 1973 -II-: 397)<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Cfr. Apel, 1973 (II): 358 ss., 1975: 140 ss., 1987: 283 ss., 1995: 233 ss., 2002: 21 ss., 2007: 49-55.

<sup>30</sup> Cfr. Wellmer, 1994: 106 ss.; Tugendhat, 2001: 151 ss. Esta teoría ética ciertamente se orienta a la obtención de consensos, pero esta no es su característica fundamental, y por esto no adopta un sentido constructivista, sino reconstructivo de las condiciones de posibilidad de la fundamentación filosófica.

<sup>31</sup> La ética del discurso de este autor también comporta una parte correspondiente a la definición del contenido concreto de normas situacionales, y al análisis de la realidad socio-histórica desde el punto de vista de una ética de la responsabilidad (*Verantwortungsethik*) teniendo en cuenta las condiciones que afectan la implementación del procedimiento en cuestión (Cfr. Apel, 1993, 2001; Kuhlmann, 1992: 25; Böhler, 2003: 222-232). Pero de estas dos

Ahora bien, ¿qué aporte puede brindarse desde la ética del discurso al tema del control judicial? Para responder esta cuestión necesitamos basarnos en los presupuestos conceptuales de esta teoría, y que acabo de sintetizar. Dicho aporte estriba en que los presupuestos del procedimiento democrático que el control judicial debe resguardar, pueden interpretarse como aquellos que la ética del discurso permite explicitar mediante su procedimiento de fundamentación. En efecto, y este es el punto en cuestión que aquí pretendo subrayar a fin de completar el argumento habermasiano sobre el control judicial, este tipo de reflexión que efectúa esta teoría ética sobre las presuposiciones (morales) del discurso<sup>32</sup>, y en base al cual explicita su principio procedimental de fundamentación discursiva, permite dar cuenta de los requisitos inherentes a los procedimientos democráticos que el control judicial debería resguardar, por ejemplo para la toma de decisiones en el Parlamento. De este modo la ética del discurso puede adoptar entonces una importancia fundamental para el tema del control judicial pues, como señalé, este procedimiento reflexivo-reconstructivo de la práctica intersubjetiva del discurso argumentativo permite explicitar las condiciones en base a las cuales se estructuran los derechos en los que se expresa el valor del procedimiento democrático, y que el control de constitucionalidad debería asegurar cuando se orienta a proteger los presupuestos que lo posibilitan. Estas condiciones a las que hago referencia, pueden señalarse en términos de principios sustantivos de carácter moral como el principio de autonomía, de dignidad e inviolabilidad de la persona, y expresan derechos (de carácter liberal, pero no sólo negativos, sino también positivos, derechos sociales, o constitucionales, además de políticos, civiles, humanos, etc.) que tienen una importancia fundamental para el sistema democrático debido a que, implícita o explícitamente, son aquellos en los que este se basa, y que por cierto no derivan de la misma práctica democrática, y por supuesto tampoco de presupuestos metafísicos, dogmáticos, religiosos, etc., sino que (y nuevamente) surgen de reflexiones efectuadas sobre la práctica argumentativa que la ética del discurso explicita en el marco de su procedimiento de fundamentación. En este sentido cabe señalar que tal clase de condiciones normativas implican la amplitud de participación en la discusión de los potencialmente afectados por una decisión, la libertad de expresión en una deliberación, la igualdad de condiciones bajo las cuales la participación se lleva a cabo, la satisfacción de que las propuestas sean apropiadamente justificadas, la exclusión de intereses no generalizables, o la reversibilidad de la decisión, entre otros.

El señalamiento específico de aquello que los jueces pretenden resguardar del procedimiento democrático cuando intervienen anulando decisiones de otros poderes del Estado, permite responder a la pregunta central

---

partes no me voy a ocupar aquí, sino sólo de aquella primera (parte) mencionada respecto del tipo de reconstrucción señalado.

<sup>32</sup> Respeto recíproco, libertad comunicativa para plantear argumentos, no coacción, y demás reglas de simetría que comportan lo que Maliandi denomina como “principios de equidad discursiva”; cfr. Maliandi, 2006: 231 ss.

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, en otros términos, ¿por qué en ciertas circunstancias debería primar la decisión de órganos sin un origen de tipo democrático directo?, y esto independientemente de la distinción que a este respecto quiera plantearse entre derechos individuales, que es la competencia de los jueces, y derechos sociales colectivos, sobre los que legislan y deciden los políticos (Dworkin, 1999: 146 ss.).

De este modo se evidencia pues que, en última instancia, el sistema de control de constitucionalidad que queramos elegir y que podamos adoptar no depende de una cuestión solamente jurídica, ni siquiera tampoco de una puramente política, sino que también depende de otro tipo de consideraciones que comportan un carácter fundamentalmente moral, susceptible de explicitación mediante reflexión pragmática sobre la racionalidad argumentativa. Sobre esta base es posible justificar entonces con un mayor respaldo teórico el control judicial, alegando que el mismo debería orientarse a garantizar la discusión democrática, por ejemplo, impidiendo la discriminación de grupos (cuando no se permite la participación de ciertos partidos políticos en el proceso electoral), favoreciendo la creación de una opinión pública informada (al impedir que ciertas opiniones sean censuradas, o la formación de monopolios en los medios de comunicación masiva), o impidiendo la privación de la libertad de alguien sin justa causa<sup>33</sup>, etc.

Establecer la conexión adecuada entre el valor de la democracia y el control judicial de constitucionalidad, estriba entonces en que el primero comporta ciertas precondiciones. Cuando los jueces interpretan la Constitución y esta prevalece por sobre la legislación ordinaria, están en realidad protegiendo estas precondiciones, que son las que la ética del discurso explicita (en términos de W. Kuhlmann) mediante “reflexión estricta”, de carácter pragmático-trascendental, sobre los presupuestos del discurso argumentativo, ya siempre y necesariamente aceptados cuando se plantean pretensiones de validez mediante discursos prácticos. Sobre esta base podemos comprender por qué, como sostuvo Nino, “la superioridad epistémica no es algo que surge del proceso democrático sólo a partir del mero hecho de llamarse ‘democrático’; éste depende de ciertas condiciones positivas y negativas que el proceso debe cumplir” (Nino, 2003: 272). De lo que se trata, entonces, es de resguardar estas condiciones básicas del procedimiento democrático que no se encuentran determinadas por este procedimiento, sino que las presupone como su condición de posibilidad. Precisamente por esto es necesario contar con un

---

<sup>33</sup> Cfr. Gargarella, R., “La democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo. Algunas notas teóricas y una mirada sobre el caso de la Argentina”; artículo publicado en [www.insumisos.com](http://www.insumisos.com) Red de Investigadores Latinoamericanos por la Democracia y la Paz (RILDEPAZ) en <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisos/la%20democracia%20deliberativa%20en%20el%20analisis%20del%20sistema%20repres.pdf>. Accedido el 2/5/2011.

método reconstructivo que permita explicitarlas como paso previo y necesario para poder resguardarlas adecuadamente.

## 6. CONCLUSIÓN

El control judicial constituye un recaudo importante del estado de derecho democrático; representa una instancia externa que se encuentra fuera del proceso político, y adopta un carácter contramayoritario, pero no antidemocrático puesto que tiene que justificar sus juicios mediante el mismo principio del discurso, y tiene como finalidad el resguardo de la democracia de aquel estado de derecho contra las arbitrariedades de los poderes políticos, o contra la posible dictadura de la mayoría. En este sentido puede decirse que el control judicial garantiza los principios que sustentan la política democrática, siendo un requisito básico y fundamental que viene dado por el reconocimiento de los derechos y de la democracia. La superioridad epistémica de la democracia no es algo que surge sólo a partir de la mera práctica democrática, sino que depende de ciertas condiciones, positivas y negativas, que este proceso tiene que cumplir, condiciones que los jueces deben encargarse de resguardar, y que son las que a fin de cuentas la ética del discurso explicita en el contexto de su procedimiento de fundamentación de las normas morales basado en la pragmática de la argumentación racional. Este aporte de la ética del discurso al tema del control judicial a partir del carácter reconstructivo de su procedimiento de justificación racional, aunque limitado, es importante tenerlo en cuenta porque no ha sido explícitamente desarrollado por Habermas ni por Apel, ni por ninguno de sus comentaristas o discípulos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, B., *La nueva división de poderes*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Albert, H., *Transzendentale Träumereien*, Hamburg: Hoffman y Campe, 1975.
- Albert, H., *Traktat über kritischer Vernunft*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1980.
- Albert, H., *Die Wissenschaft und die Fehlbarkeit der Vernunft*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1982.
- Apel, K.-O., Böhler, D., Kadelbach, G. (eds.), *Funkkolleg Praktische Philosophie/Ethik: Dialoge*, Tomos I, II, Frankfurt: Fischer, 1984.
- Apel, K.-O., *Transformation der Philosophie* (Tomos I y II), Frankfurt: Suhrkamp, 1973.
- Apel, K.-O., „El problema de una fundamentación última filosófica a la luz de una pragmática trascendental del lenguaje (Ensayo de una metacrítica del racionalismo crítico)” en *Diánoia*, XII, México 1975, pp. 140-173.
- Apel, K.-O., “Notwendigkeit, Schwierigkeit und Möglichkeit einer philosophischer Begründung der Ethik im Zeitalter der Wissenschaft”, en Kanellopoulos (ed.), *Festschrift für K. Tsatsos*, Atenas, 1980.
- Apel, K.-O., *Perspektiven auf Sprache. Interdisziplinäre Beiträge zum Gedanken an Hans Hörmann*, Berlín-New York: W.de Gruyter, 1986.

- Apel, K.-O., "El problema de la fundamentación filosófica última desde una perspectiva pragmático trascendental del lenguaje", en *Estudios filosóficos*, Valladolid, vol. XXXVI, Mayo-Agosto, 1987, pp. 283-299.
- Apel, K.-O., *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt: Suhrkamp, 1988.
- Apel, K.-O., *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Barcelona: Paidós, 1991.
- Apel, K.-O., "Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik: Können die Rationalitätsdifferenzen zwischen Moralität, Recht und Politik selbst noch durch die Diskursethik normativ-rational gerechtfertigt werden?", en Kettner, M., Apel, K.-O. (eds.), *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, Frankfurt: Suhrkamp, 1993.
- Apel, K.-O., "¿Límites a la ética discursiva?", en Cortina, A., *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria*, Salamanca: Sígueme, 1995, pp. 233- 262.
- Apel, K.-O., "Die Vernunftfunktion der kommunikativen Rationalität. Zum Verhältnis von konsensual-kommunikativer Rationalität, strategischer Rationalität und Systemrationalität", en Apel, K.-O., Kettner, M. (eds.), *Die eine Vernunft und die vielen Rationalitäten*, Frankfurt: Suhrkamp, 1996.
- Apel, K.-O., 1998, *Auseinandersetzungen in Erprobung des transzendentalpragmatischen Ansatzes*, Frankfurt, Suhrkamp.
- Apel, K.-O., "Diskurse thik als Ethik der Mit-Verantwortung vor den Sachwängen der Politik, des Rechts und der Marktwirtschaft", en Apel, Burckhart, *Prinzip vor dem Mit-Verantwortung. Gründllage für Ethik und Pädagogik*, Würzburg: Königshausen & Neumann, 2001.
- Apel, K.-O., *Semiótica trascendental y filosofía primera*, Madrid: Síntesis, 2002.
- Apel, K.-O., "Discourse Ethics, Democracy, and International Law. Toward a Globalization of Practical Reason", en *American Journal of Economics and Sociology*, Vol. 66, N° 1, 2007, pp. 49-70.
- Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, Barcelona: Plaza Janés, 1985.
- Böhler, D., "Transzendentalpragmatik und Diskursethik. Elemente und Perspektiven der apelschen Diskursphilosophie", en *Journal for General Philosophy of Science*, N° 34, 2003, pp. 221-249.
- Cortina, A., *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria*, Salamanca: Sígueme, 1985.
- Damiani, A., *Handlungswissen. Eine transzendente Erkennung nach der pragmatischen Wende*, Freiburg/München: Verlag Karl Alber, 2009.
- De Zan, J., "Filosofía y pragmática del lenguaje", en Apel, K.-O., *Semiótica filosófica*, Buenos Aires: Almagesto, 1994, pp. 15-45.
- De Zan, J., *La ética, los derechos y la justicia*, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2004.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1999.
- Dworkin, R., *Freedom's Law*, Harvard: Harvard University Press, 1996.
- Dworkin, R., *Liberalismo, constitucionalismo y democracia*, Buenos Aires: La isla de la luna, 2003.
- Eisgruber, Ch., *Constitutional Self-Government*, Harvard: Harvard University Press, 2001.
- Elster, J., *Constitucionalismo y democracia*, México, FCE, 1999.

- Ely, J.; *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Mass., Harvard University Press, 1980.
- Fabre, C., *Social Rights under the Constitution. Government and the Decent Life*, Oxford: O.U.P., 2000,
- Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, Madrid: Trotta, 2008.
- Gargarella, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona: Ariel, 1996.
- Gargarella, R., "Should Deliberative Democracy Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?", en Besson, S., Martí, J. (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006.
- Garzón Valdéz, E., *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Gloppen, S., 2006, "Analyzing the Role of Courts in Social Transformation", en Domingo, P., Gargarella, R., Roux, T. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006
- Habermas, J., *Theorie und Praxis*, Frankfurt: Suhrkamp, 1971.
- Habermas, J., *Faktizität und Geltung*, Frankfurt: Suhrkamp, 1994.
- Habermas, J., *La inclusión del otro*, Barcelona: Paidós, 1999.
- Habermas, J., *Zeit der Übergänge*, Frankfurt: Suhrkamp, 2001.
- Habermas, J., *Entre naturalismo y religión*, Barcelona: Paidós, 2006.
- Habermas, J., „Der demokratische Rechtsstaat. Eine paroxysmale Verbindung widersprüchlicher Prinzipien?“, (2009a) en Habermas, J., *Philosophische Texte (Bd. 4: Politische Theorie)*, Frankfurt: Suhrkamp, 2009, pp. 154-175.
- Habermas, J., „Hat die Demokratie noch eine epistemische Dimension? Empirische Forschung und normative Theorie“ (2009b), en Habermas, J., *Philosophische Texte (Bd. 4: Politische Theorie)*, cit., pp. 87-139.
- Hilbink, L., *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship*, New York and Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- Kuhlmann, W., *Sprachphilosophie. Hermeneutik. Ethik. Studien zum Transzendentalpragmatik*, Würzburg: Köninghausen & Neumann, 1992.
- Linares, S., *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Maliandi, R., "Hacia un concepto integral de democracia", en Apel K.-O., Cortina A., De Zan J., Michelini D. (eds.), *Ética comunicativa y democracia*, Barcelona: Crítica, 1991, pp. 4.-62.
- Maliandi, R., *Transformación y síntesis*, Buenos Aires: Almagesto, 1991.
- Maliandi, R., *Dejar la posmodernidad*, Buenos Aires: Almagesto, 1993.
- Maliandi, R., *Volver a la Razón*, Buenos Aires: Almagesto, 1997.
- Maliandi, R., "Conceptos y alcances de la 'ética discursiva' en K.-O. Apel", *Tópicos*, Santa Fe, Nro. 10, - 2002, pp. 59-73.
- Maliandi, R., *Ética: dilemas y convergencias. Cuestiones éticas de la identidad, la globalización y la tecnología*, Buenos Aires: Biblos, 2006.
- Michelini, D., "Ética discursiva y legitimidad democrática", en Apel K.-O., Cortina A., De Zan J., Michelini D. (eds.), *Ética comunicativa y democracia* (cit.), pp. 63-87.

- Michelman, *Brennan and Democracy*, Princeton: Princeton University Press, 1999.
- Martí, J.-L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid: Marcial Pons, 2006.
- Nino, C.S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa, 2003.
- Sunstein, C., *After the Rights Revolution*, Cambridge, Mass., 1990.
- Sunstein, C., *The Second Bill of Rights*, Basic Books: New York, 2004.
- Tugendhat, E., *Lecciones de ética*, Barcelona: Gedisa, 2001.
- Tushnet, M., *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton: Princeton University Press, 2009.
- Waldron, J., "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", en *Oxford Journal of Legal Studies*, N° 13, pp. 18-51, 1993.
- Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Wellmer, A. *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*, Barcelona: Anthropos, 1994.