

EN DEFENSA DE UN MODELO DIALÓGICO DELIBERATIVO DE CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Nicolás Emanuel Olivares *

Introducción

¿Es legítimo el control judicial de constitucionalidad de las leyes desde una perspectiva democrática deliberativa? Numerosos teóricos iberoamericanos en derecho constitucional y filosofía política identificados con dicha perspectiva han concebido importantes desarrollos conceptuales en búsqueda de una adecuada respuesta a aquel interrogante¹. Sin embargo, ¿cuál de dichas posturas resulta la más adecuada?

En este trabajo defenderé lo que denomino un diseño democrático deliberativo *dialógico* de Control Judicial de Constitucionalidad. A los fines de justificar esta hipótesis, procederé de la siguiente manera: a) Primero reconstruiré los presupuestos conceptuales y normativos de los enfoques más destacados en dicha área geográfica; b) Luego contrastaré y evaluaré someramente dichas propuestas teóricas; y finalmente, c) Ensayaré algunas razones de peso en defensa de la superioridad normativa de aquel diseño dialógico.

* Abogado (UNC), Profesor Universitario (UCC). Doctorando en Derecho y Cs Sc (UNC), Maestrando en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC), Becario doctoral CONICET, Beca Tipo I. Adscripto en las asignaturas Derecho Constitucional (UNC), y Ética (UNC). Lugar de Trabajo: Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Casilla de E-mail: olivares.nicolasemanuel@gmail.com Agradezco al Dr. Guillermo Lariguet, Prof. Gustavo Arballo, Ab. Gastón Puccetti, así como a los Integrantes del Seminario de Lectura en Teoría Constitucional del CIJS-UNC, por los generosos comentarios efectuados a una versión preliminar de este trabajo. Sin lugar a dudas, sus aportes han sido de gran valía. Trabajo concluido el 10/11/13.

¹ Entre ellos destacan: Carlos Santiago Nino, Roberto Gargarella, José Luis Martí, Sebastián Linares y Lucas Arrimada.

1. Modelos, objeciones, y respuestas

1.1. Una respuesta de tipo lógica-deductiva

Desde el comienzo de su implementación, a principios del siglo XIX, numerosos filósofos políticos y teóricos constitucionales han discutido fervientemente sobre la validez del control judicial de constitucionalidad (CJC)². Ante tal interrogante genérico, el Juez Marshall, en el célebre fallo *Marbury vs. Madison*, construyó originariamente una primera respuesta específica de tipo lógica/conceptual bajo la forma de un razonamiento deductivo.

El término válido fue interpretado por Marshall como sinónimo de necesario, es decir, lógica y conceptualmente necesario³. Sus premisas pretendían sentar los presupuestos conceptuales de todo sistema judicial de control de constitucionalidad de las leyes. Aquel silogismo deductivo señalaba lo siguiente:

P1) Los jueces deben aplicar las leyes;

P2) La constitución nacional es la ley suprema de una nación y determina la validez de las normas infra-constitucionales;

P3) Puede darse el caso de que una norma Infra-constitucional contradiga la constitución nacional en cuyo caso aquella es considerada inválida;

P4) Una norma inválida es aquella que carece de fuerza obligatoria. Luego C= Toda norma Infra-constitucional que contradice la constitución nacional carece de fuerza obligatoria, y por ende no debe ser aplicada por los jueces⁴.

² Siendo Estados Unidos el país donde por vez primera surgió este instituto jurídico, sobresalen por su carácter fundacional así como por su claridad teórica las discusiones mantenidas hacia principios del siglo XIX entre *Federalistas* y *Anti-federalistas*. Para profundizar en los argumentos de ambas posturas véase *The Debate on the Constitution: Federalist and Antifederalist Speeches, Articles, and Letters During the Struggle over Ratification*, Partes I y II, Nueva York, Library Of America, 1993.

³ Véase: *Marbury vs. Madison*, 1 U.S. 137 (1803).

⁴ Una posible formulación del razonamiento completo puede verse en: Nino, C.S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 261-262.

Como bien ha señalado C.S. Nino si tal razonamiento fuere inexpugnable “...todas las consideraciones normativas...” respecto a la legitimidad del mecanismo del control judicial “...se verían inhibidas.” Ello atento, quedaría probado que el control judicial es una precondición lógica para la existencia de una constitución⁵.

Sin embargo, Eugenio Bulygin ha señalado que detrás del razonamiento lógico deductivo de Marshall existe un uso confuso del término “validez jurídica”. Bulygin advierte que existen al menos dos usos posibles del término “validez”. En el primero (*conceptual, descriptivo*), significaría que la norma sometida a análisis *pertenece/no pertenece* a tal sistema jurídico. En el segundo (*normativo, prescriptivo*), referiría a la naturaleza *obligatoria/no obligatoria* de aquella norma Infra-constitucional⁶.

Incorporando estas precisiones, Nino señala que: a) en el uso jurídico corriente ciertas normas jurídicas Infra-constitucionales que *no forman parte* expresamente del sistema jurídico *resultan aplicables* por los jueces; así como es cierto el caso opuesto, b) donde normas que textualmente *son parte* del sistema, *no se consideran obligatorias*, y son catalogadas como “letra muerta”. Siendo esta práctica cierta, es que el razonamiento del juez Marshall se muestra insuficiente en términos explicativos y falsa la conclusión de su silogismo. ¿Dónde reside entonces el equívoco de Marshall? Nino señala que el silogismo

⁵ *Ibíd.*, pp. 261.

⁶ Al respecto J. L. Rodríguez y D. E. Vicente señalan: “Bulygin destaca que Kelsen confunde dos diferentes nociones de validez, una de ellas descriptiva y la otra prescriptiva. En sentido descriptivo, decir que una norma jurídica es válida significa que ella pertenece a un determinado sistema jurídico –lo que se correspondería con la noción kelseniana de “existencia específica”. En sentido prescriptivo, decir que una norma jurídica es válida significa que es obligatorio hacer lo que ella prescribe –lo que se correspondería con la noción kelseniana de “fuerza obligatoria”. Para Bulygin, la noción descriptiva de validez como pertenencia a un sistema es relativa, pues una norma puede pertenecer a un sistema jurídico y no pertenecer a otro. En cambio, la noción prescriptiva de validez como fuerza obligatoria sería absoluta, pues no aludiría a una relación con otras normas sino a un atributo.” (Rodríguez, J. L. y Vicente, D. E., “Aplicabilidad y validez de las normas del derecho internacional”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, num. 32, 2009, pp. 177-204; p. 184). En el presente trabajo adoptaremos una *perspectiva normativista no positivista*, conforme la cual por “inconstitucionalidad de las leyes” debe entenderse aquella falta de “fuerza obligatoria” de una norma Infra-constitucional que determina su “no pertenencia” al sistema jurídico. En definitiva, y conforme la perspectiva normativista no positivista adoptada, no puede considerarse que el mero hecho de someter a votación la constitucionalidad de una ley, que pertenezca al sistema jurídico, basta para predicar su legitimidad, sino que así también resulta necesario conocer cuáles son las razones morales que justifican o no su “fuerza obligatoria” en el marco de dicho sistema normativo.

de Marshall solo tiene sentido si en el mismo se adscribe al término “validez” el significado de “pertenencia al sistema jurídico”. De este modo queda demostrado, que “No es necesariamente cierto que una ley que contradice la constitución no debe ser aplicada por el poder judicial. En lugar de ello, esta decisión depende de otra norma implícita en el sistema que ha sido establecida para este tipo de situaciones”⁷.

1.2. Una respuesta de tipo normativa

Un segundo tipo de respuesta específica, no ya meramente lógica-deductiva, sino *normativa* ha sido ofrecida en defensa del control judicial de constitucionalidad de las leyes. Esta respuesta normativa define al término “validez” como “legitimidad democrática”.

Desde este enfoque, el interrogante específico sobre la “validez jurídica” de tal mecanismo de control, debe formularse de la siguiente manera: ¿Es democráticamente legítimo el mecanismo de control judicial de constitucionalidad de las leyes? ¿Resulta legítimo, que los jueces (no elegidos por el pueblo y sin responsabilidad política directa) puedan, mediante el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, invalidar las normas sancionadas por los legisladores popularmente electos?

Sin embargo, tal interrogante específico es demasiado amplio, y como bien ha señalado Ronald Dworkin, deja abierto otro, a saber: *¿desde cuál concepción normativa de democracia hemos de evaluar la legitimidad de tal mecanismo?* (Gargarella, 2008: 163-164) Partiendo de este último interrogante, puede advertirse que el análisis efectuado por aquellos teóricos del siglo XIX y XX que se abocaron a estudiar la temática, partió predominantemente de dos concepciones normativas opuestas: la *democrático-pluralista* y la *democrático-elitista* (Gargarella, 2008: 165-166)⁸. Siendo que la primera de dichas concepciones

⁷ Ibid., pp. 268.

⁸ La primera de ellas (democrático pluralista), utilizada para criticar tal mecanismo, sostiene que el sistema democrático consiste en un conjunto de grupos minoritarios y partidarios de poder, que se disputan en las elecciones por el voto de los ciudadanos. La legitimidad política, es aquella que tras agregar las preferencias individuales de los votantes, deriva de lo sostenido por aquel *grupo mayoritario* cuyos intereses se han mostrado coincidentes. La segunda (democrático elitista), empleada para defender aquel mecanismo, señala que atento un criterio

(pluralista) circunscribe la idea de democracia al principio mayoritario de gobierno, es que su crítica al control judicial ha sido definida como la *objeción/dificultad contra-mayoritaria*⁹.

El interrogante específico a responder conforme esta perspectiva era el siguiente: ¿Puede un grupo minoritario de representantes no popularmente electos imponer sus consideraciones al respecto de la constitucionalidad de ciertas leyes por sobre el parecer de los poderes políticos (legislativo/ejecutivo) siendo estos los representantes de los grupos sociales mayoritarios? Sin embargo, han sido varias las objeciones formuladas en contra de tales concepciones democráticas¹⁰.

Muchas de ellas, han sido esgrimidas por los defensores de un *modelo deliberativo de democracia*, en su intento por demostrar la superioridad normativa de esta última perspectiva frente a aquellas concepciones¹¹. Teniendo por cierta tal superioridad, es que en los apartados subsiguientes: 1) reconstruiré someramente los presupuestos normativos de una concepción deliberativa de la democracia, dando cuenta de la consiguiente reformulación de aquel interrogante, y 2) explicitaré las respuestas que a este último han brindado cinco teóricos afiliados a tal perspectiva, a saber: José Luis

epistémico, existe un *grupo minoritario* de ciudadanos que están más capacitados que la gran mayoría para entender en la cuestión pública democrática, y por ello tras elegir a aquellos por representantes, debiera dejarse la evaluación sobre la legitimidad política de las medidas de gobierno en sus manos. Para una descripción más detallada de la *concepción democrática pluralista* véase: Smith, M., "El pluralismo", en Marsh, D. y Stoker G. (eds.), *Teoría y métodos de la ciencia política*. Madrid, Alianza Universidad Ed., 1995. A los fines de una conceptualización más precisa del *modelo democrático elitista* véase: Vidal De La Rosa, G., "Teoría democrática. Joseph Schumpeter y la síntesis moderna", *Argumentos*, México, Vol. 23, num. 62, enero-abril 2010, pp. 177-199.

⁹ Tal formulación surge por vez primera en: Bickel, A., *The least Dangerous Branch*, New Haven, Yale U.P., 1962.

¹⁰ En particular, se ha señalado que ambas posturas resultan "simplistas", siendo que la "complejidad" del modelo democrático no puede ser reducida ni a un principio pluralista mayoritario de votación, ni a un principio elitista de representación política (Cfr. Gargarella, R., "Un papel renovado para la corte suprema. Democracia e interpretación judicial de la constitución", en Gargarella R. y otros (eds.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, t. I, 2008, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 166). A los fines profundizar acerca de cuales son algunas de las *objeciones* de las cuales es pasible una *concepción democrática elitista* véase: Gargarella, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Editorial Ariel, 1996, pp. 72-77, 81-98; y en relación a las críticas formulables a una *concepción populista de la democracia* véase Gargarella, 1996: 118-122.

¹¹ Al respecto de una defensa de la superioridad normativa modelo deliberativo contra dichas concepciones pluralista y elitista, véase: Martí, 2006: 39-76, 177-213; Nino, 1997:101-153, 154-201.

Martí, Sebastián Linares, Carlos Santiago Nino, Roberto Gargarella y Lucas Arrimada¹².

Al respecto, de cuál es la principal *razón* que justifica la elección de aquellos teóricos, vale destacar que los mismos, son pensadores que analizan al instituto del control judicial desde un prisma deliberativo pero sin descuidar el particular contexto político en el que se inscribe.

En este sentido, tanto Nino, como Gargarella, Arrimada, y Sebastián Linares son pensadores contemporáneos argentinos, que adhieren a una perspectiva filosófico-político contextualista, conforme la cual han tenido especialmente en miras los diseños latinoamericanos constitucionales de tal mecanismo de control, y más específicamente el caso argentino. En cuanto a J. L. Martí, en su obra *La República Deliberativa*, sostiene que la democracia deliberativa debe ser entendida como un ideal regulativo a seguir, donde las particulares pre-condiciones normativas y empíricas de cada lugar determinan la mayor o menor posibilidad de acercarse al cumplimiento de aquel ideal. Con lo cual, Martí nos brinda una versión refinada de aquella perspectiva contextualista.

Como puede apreciarse, dicha razón justificatoria, constituye a su vez un claro punto de contacto o afinidad teórica entre los autores. A más de ella, cabe destacar otras dos importantes coincidencias o afinidades teóricas, a saber: 1) Los cinco autores adhieren a una *perspectiva epistemológica constructivista* conforme la cual el criterio epistémico que mejor nos acerca a la verdad moral es el Inter-subjetivo; y 2) Con no pocas diferencias, los cinco autores pueden ser inscriptos bajo un enfoque filosófico político *neo-republicano*. De entre estos autores, es J. L. Martí quien ha explicitado con mayor detalle cuales son los compromisos normativos que devienen de la adopción de tal enfoque al interior del modelo deliberativo. Es esta última razón la que justifica a su vez que el presente trabajo tome las teorizaciones de aquel filósofo español como marco general de análisis y evaluación normativa de las cinco respuestas.

¹² Independientemente de cuál sean los argumentos normativos específicos asumidos en defensa de tal *superioridad normativa* del modelo deliberativo, sean estos meramente epistémicos; predominantemente sustantivos; o de ambos tipos, este trabajo presupone que aquella superioridad resulta cierta.

2. Presupuestos del modelo democrático deliberativo. Un enfoque neo-republicano¹³

En cuanto a los *presupuestos normativos* del enfoque neo-republicano democrático deliberativo, los mismos pueden ser sintetizados mediante las siguientes tesis (T):

T1) Las normas y medidas políticas son democráticamente legítimas, *si y solo si* resultan de la deliberación pública entre ciudadanos y representantes, y están justificadas en las mejores razones;

T2) Todos los ciudadanos están moral y epistémicamente capacitados para intervenir en el debate público y tomar decisiones políticas;

T3) Durante el proceso deliberativo deben escucharse, respetarse, y discutirse los argumentos de todos los posibles afectados por la norma o medida política en cuestión. El proceso deliberativo debe aspirar a cumplir con los principios de inclusión, igualdad política, imparcialidad y argumentación racional¹⁴;

T4) La deliberación, por lo tanto, requiere de motivaciones no egoístas, imparciales, por parte de los participantes, lo cual implica un compromiso con una noción de bien común o interés público;

¹³ A más del enfoque neo-republicano, existen al interior mismo de la concepción deliberativa de la democracia otros enfoques filosófico-políticos, a saber: dialógico, igualitario, liberal, sistémico, crítico. Cada uno de ellos se diferencia en cuanto a los presupuestos normativos específicos asumidos como base del modelo democrático deliberativo.

¹⁴ En conformidad puede citarse las teorizaciones de: Gutmann, A. y Thompson D., *Democracy and Disagreement*, Harvard, Harvard U. P., 1996; Gutmann, A. y Thompson D., *Why deliberative democracy?*, Princeton, Princeton U. P., 2004; C.S. Nino, 1997; Gargarella R., 1996; Gargarella R., “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, num. 6, 1997, pp. 55-70; Gargarella R., 2008; J. L. Martí, 2006; entre otros.

T5) El modelo democrático deliberativo adopta un criterio epistémico intersubjetivo de validación de los resultados alcanzados;

T6) La deliberación es un proceso auto-correctivo, cuyos resultados son moralmente provisionales, atento están sometidos a continua revisión;

T7) A diferencia de las concepciones democráticas agregacionistas, la democracia deliberativa no toma a las preferencias de los individuos como dadas, sino que permite, y en ciertos casos promueve la transformación de las mismas;

T8) El modelo deliberativo adhiere a una concepción filosófico política neo-republicana¹⁵;

T9) El modelo democrático deliberativo funciona como un *ideal regulativo*, un horizonte normativo al cual debemos tender, de modo que la *legitimidad democrático-deliberativa* se mide en grados, y no en términos absolutos. Atento lo cual, las decisiones políticas y las instituciones de gobierno, serán más o menos legítimas, conforme cumplan en mayor o menor medida los criterios normativos defendidos por aquel ideal¹⁶;

¹⁵ J. L. Martí adhiere a una concepción filosófico-política *neo-republicana*, desde la cual, en oposición al cáliz perfeccionista de la *tradición republicana clásica*, se defiende el *valor instrumental* de las virtudes políticas, siendo éstas los medios necesarios para lograr el fin último de proteger la libertad política de todos y cada uno de los ciudadanos. La *concepción neo-republicana de la libertad es negativa*, y se define como *no dominación*, y *ausencia de interferencias arbitrarias* en la vida de las personas (Cfr. Lovett, F., "Republicanism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, E.N. Zalta (ed.), 2010, §3.1. y §3.2., disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/republicanism>). De este modo, en oposición a una versión elitista del modelo deliberativo (emparentada con la tesis de la independencia de la representación), J. L. Martí (2006: 225-252).defiende una versión neo-republicana (asociada con la tesis de la dependencia de la representación).

¹⁶ En cuanto al *carácter gradual* del criterio de *legitimidad política*, reconozco resulta una noción compleja y altamente controversial. Sin embargo, y a más de que resulte necesario un amplio desarrollo para una adecuada defensa de tal perspectiva, aprovecho este espacio para esbozar someramente mi propia justificación de tal concepción. Al respecto y partiendo de la

T10) El modelo democrático deliberativo parte de una *concepción razonable* de pluralismo político, y tiene por objetivos centrales: promover el respeto mutuo entre ciudadanos, así como facilitar la resolución de aquellos desacuerdos políticos-morales existentes al interior de una determinada sociedad¹⁷.

Una vez explicitados los presupuestos normativos de una concepción deliberativa de la democracia, el interrogante a responder e hilo conductor de este trabajo, será el siguiente: ¿Es legítimo el control judicial de constitucionalidad de las leyes desde una perspectiva democrática deliberativa?

2. Distintas respuestas al interior del modelo deliberativo

En cuanto a las posturas teóricas que a continuación se reconstruyen, he decidido clasificarlas en dos grandes grupos,

distinción entre *teoría ideal* y *teoría no ideal* enunciada originariamente por John Rawls en: Rawls, J., *The Law of Peoples. With "The idea of the public reason revisited"*, Harvard, Harvard U. P., 1999, considero que podría distinguirse entre: a) una sociedad democrática ideal donde se da cumplimiento estricto a los principios de contenido y sustancia del modelo democrático deliberativo; y b) una sociedad mínimamente ordenada, donde se da cumplimiento parcial a tales criterios normativos. En el primer escenario, los ideales políticos (incluido el de legitimidad política) son de tipo absoluto, es decir, que se cumplen o no se cumplen. En el segundo escenario, los ideales políticos son de tipo regulativo (incluido el de legitimidad política), se cumplen gradativamente, y constituyen una adecuada guía normativa, acerca de cuales cursos de acción son los más adecuados a adoptar, en el marco de las condiciones normativas no ideales propias de las sociedades democráticas realmente existentes. Este breve esquema conceptual, forma parte de una idea mucho más elaborada, que desde hace años vengo pensando en el marco de mi tesis doctoral "Presidencialismo, Democracia Deliberativa, y Teoría No ideal", la cual se desarrolla con el financiamiento de una Beca Doctoral Tipo I de CONICET. En un futuro trabajo desarrollaré entonces con mayor precisión esta particular noción de legitimidad política gradual.

¹⁷ Las tesis aquí formuladas son contestes con las teorizaciones vertidas en Martí, 2006: Caps. 1-5; Gargarella, 1997: 1-4; Gutmann y Thompson, 1996: Caps. 1,2,6. Cabe destacar que la concepción de los términos "política" y "pluralismo político" adoptada por el *modelo democrático deliberativo neo-republicano* de J. L. Martí, se opone claramente a la defendida por el *modelo democrático agonista* de Chantal Mouffe. A los fines de mayores precisiones al respecto véase: Olivares, N. E., "Democracia Agonista Vs. Democracia Deliberativa. Una reconstrucción analítica de las teorías de C. Mouffe y J. L. Martí.", Revista de Filosofía y Teoría Política (UNLP), (Trabajo actualmente en evaluación).

conforme su respuesta al interrogante deliberativo planteado: a) sea positiva, si y solo si, se dan determinadas condiciones; o bien, b) sea negativa pero con ciertos reparos o excepciones.

3.1. Respuestas positivas

3.1.1. J. L. Martí. En defensa de un Constitucionalismo Débil ¹⁸

J. L. Martí considera que toda república deliberativa *debe tener la máxima deferencia hacia los órganos democráticos de toma de decisiones, y la máxima desconfianza, en cambio, hacia órganos elitistas no representativos, como los judiciales.* (Martí, 2006: 292). Sin embargo, a la hora de analizar *la objeción contra-mayoritaria*, dirigida al control judicial de constitucionalidad, señala que *una cierta rigidez constitucional y el mecanismo de control judicial de constitucionalidad no son necesariamente antidemocráticos, y por lo tanto tampoco son necesariamente elitistas, ni incompatibles con la república deliberativa*¹⁹. (Martí, 2006: 294-295). A los fines de justificar esta hipótesis normativa, el autor enuncia, al menos, cuatro argumentos, a saber: 1) El control judicial de constitucionalidad, aunque sea contra-mayoritario, no es necesariamente anti-democrático, ya que puede fomentar el diálogo institucional entre poderes; 2) La rigidez constitucional es una característica formal, y no necesariamente anti-mayoritaria o anti-democrática, atento tal limitación puede elevar aún más los estándares democráticos de deliberación; 3) La rigidez

¹⁸ Al respecto del enfoque teórico denominado “constitucionalismo débil” véase: Bayón, J. C., “Derechos, democracia y Constitución”, en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; Bayón, J. C., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, 2004; Waldron, J., “Some Models of Dialogue between Judges and Legislators”, *Supreme Court Law Review*, (2d), num. 23, 2004; Waldron, J., “The Core of the Case against Judicial Review”. *Yale Law Journal*, num. 115, 2006, pp. 1346-1406; Gargarella, R., y Martí, J. L., “La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos”, estudio preliminar de J. Waldron, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005; Moreno R.A., “Control Judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva Crítica.” (Memoria de tesis doctoral), U. N. De Salamanca Ed., 2008, pp. 416-424.

¹⁹ Como se ha señalado una de las formas en que se ha objetado la ilegitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad es la del *argumento contra-mayoritario* (Bickel, 1962; Gargarella, 1996), el cual señala que tal mecanismo es claramente contrario a la opinión esbozada (mediante sus representantes) por la mayoría de ciudadanos de una determinada sociedad política.

constitucional, y el control judicial, pueden pensarse como *mecanismos de balance*, que intentan frenar la dominación y los abusos de los representantes parlamentarios en relación a la propia ciudadanía que los eligió²⁰; 4) El control judicial de constitucionalidad puede *incrementar la calidad de los procesos democráticos deliberativos* contribuyendo con más y mejores argumentos al debate político público (Martí, 2006: 292-293).

No obstante ello, J. L. Martí rechaza las siguientes tesis brindadas en favor del control judicial de constitucionalidad: a) La tesis del *constitucionalismo fuerte*, la cual defiende una fuerte rigidez constitucional -necesariamente contra-mayoritaria- sumada a la existencia de una Corte Suprema como última interprete constitucional²¹; y b) la tesis de la *superioridad deliberativa* de las Cortes Supremas, la cual señala que las mismas se encuentran en una posición de avanzada con respecto a otras instituciones políticas a la hora de promover la deliberación pública. Razón por la cual: a) se les debe asignar la tarea de efectuar el control de constitucionalidad de las leyes; y b) deben erigirse como la autoridad interpretativa última de las normas constitucionales (Martí, 2011: §5).

En síntesis, J. L. Martí defiende la idea de que desde una perspectiva democrática deliberativa, resulta legítimo articular un sistema de control judicial de constitucionalidad *con supremacía judicial*, siempre y cuando: a) la constitución sea flexible; o bien b) la rigidez de tal constitución sea democrática y deliberativa. Conforme J. L. Martí en el marco de un modelo democrático deliberativo, el mayor aporte de tal mecanismo, especialmente en manos de una Corte

²⁰ Roberto Gargarella en su obra *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, señala que a la concepción antagonista, de interacción entre los poderes constituidos, que fue primeramente justificada y explicitada en la Constitución Estadounidense de 1776 por los *Founding Fathers*, se contraponen una concepción dialógica de interacción entre poderes. Conforme Gargarella, esta última es la que mejor respeta los postulados de una concepción democrática-deliberativa de gobierno.

²¹ Martí, J. L., “Democracia y control judicial de constitucionalidad”, exposición en el *II Simposio de Ética y Derecho Constitucional*. U.N.C., Córdoba, Argentina, 11/08/2011, §3.

Suprema, sería el de promover una mejor y mayor deliberación pública al interior de la sociedad²².

3.1.2. R. Gargarella. El control judicial al servicio del debate público

En uno de sus escritos respecto al tema, el profesor argentino sostiene que *es posible definir la tarea de la Corte de un modo que haga compatible la labor del máximo tribunal con el debido respeto que merece la autoridad democrática (de la ciudadanía y sus representantes)* (Gargarella, 2008: 149). En este sentido, Gargarella confronta con ciertos teóricos que consideran una “ofensa” a la democracia cualquier decisión de la Corte que pretenda limitar la validez de una norma Infra-constitucional. Su argumentación en dicha obra posee dos “escalas”. En la primera, examina “la dificultad contra-mayoritaria”, y en la segunda analiza críticamente el problema de la interpretación constitucional. En este segundo apartado, sostiene la siguiente tesis: *los problemas de legitimidad democrática de la justicia se expanden o (hipotéticamente) se disuelven en relación proporcional con el menor o mayor impacto que adquiera el problema interpretativo. Es decir, cuanto más serios sean los problemas de la interpretación constitucional, más serias se tornan las dificultades para justificar el control judicial, y viceversa.* (Gargarella, 2008: 149).

Dentro del primer apartado de dicho trabajo, Gargarella nos recuerda que Dworkin considera que la mayoría de *las críticas* que se formulan sobre el control judicial *no resultan infundadas, sino mal fundadas*, ello atento a que se basan en una *concepción estadística o mayoritaria de la democracia*. Esta última concepción sostiene que todas las cuestiones de principio deben ser decididas por el voto mayoritario. Ante lo cual, Dworkin se pregunta *¿no resulta insensata, y demasiado simplista tal concepción de la democracia? ¿No es erróneo acaso sostener que la única regla válida en una democracia es la regla mayoritaria?* (Gargarella, 2008: 150).

²² Al respecto, J. L. Martí señala que “...no debe concluirse que el argumento de la contribución suplementaria de la Corte Suprema a la deliberación pública obliga necesariamente a terminar con la supremacía judicial”. Lo único que prueba, según Martí, es que si en el marco de una constitución dotada de una rigidez contra-mayoritaria, deseamos implementar un control judicial de constitucionalidad, no debe admitirse que la Corte Suprema sea la autoridad interpretativa final (Martí, 2011: §7).

En el polo opuesto, *las defensas* más habituales del control judicial encuentran sustento en una *concepción elitista de la democracia*, la cual presupone una profunda desconfianza frente a las condiciones epistémicas de la ciudadanía, y una fuerte confianza en las capacidades de las elites de gobierno compuestas por funcionarios bien entrenados y aislados de las mayorías, como los funcionarios judiciales, para decidir de modo justo (Gargarella, 2008: 165).

Como bien señala Gargarella, ambas concepciones de la democracia (las que dan sustento a las críticas, y las que hacen lo propio con las defensas) resultan simplistas, y por ello defectuosas. A diferencia de aquellas, el autor adhiere al *modelo deliberativo de democracia*. En ese sentido destaca que el atractivo, al interior de dicho modelo, es la existencia de *dos presupuestos centrales*: 1) todo ciudadano está en condiciones de intervenir en el proceso de toma de decisiones colectivo; 2) la regla mayoritaria es un recurso necesario pero insuficientemente democrático para la adopción de decisiones imparciales. Desde este enfoque Gargarella considera que *no resulta válido sostener* que: a) que toda intervención judicial es necesariamente ofensiva para el ideal democrático (como sostienen los populistas); ni b) que el control judicial de ningún modo resulta ofensivo para nuestros ideales democráticos (Gargarella, 2008: 166 y 167).

Finalmente, y según Gargarella, desde una perspectiva deliberativa de la democracia, al ejercer el control de constitucionalidad, *el Poder Judicial debe colocarse al servicio de la discusión pública, abrirse a ella, en lugar reemplazarla o desalentarla*. Su rol es ayudar a las mayorías democráticas a pensar y decidir (Gargarella, 2008: 166-169).

3.2. Respuestas negativas

3.2.1. Carlos Nino: un principio y tres excepciones específicos

En primer lugar, Carlos S. Nino señala que *la justificación del control judicial de constitucionalidad sigue siendo bastante misteriosa* (Nino, 1997: 258). Entre las clásicas razones esgrimidas en contra de dicho mecanismo Nino destaca las siguientes: a) los jueces no poseen un origen electivo democrático directo sino que son nombrados por el

Poder Ejecutivo; b) permanecen generalmente en sus cargos mientras dure su buena conducta (cargo vitalicio), salvo medie juicio político en su contra por mal desempeño; c) la estructura y composición del Poder Judicial tradicionalmente ha sido de corte aristocrático (Nino, 1997: 258-259).²³

En segundo lugar, Nino sostiene desde su particular perspectiva democrática deliberativa, que el déficit de legitimidad democrático deliberativo de los jueces evidentemente reside en su débil capacidad epistémica para alcanzar lo que los otros poderes obtienen mediante un proceso democrático de decisiones. La tesis es que los poderes políticos y los ciudadanos, atento a las particulares características del proceso de deliberación pública, están en mejores condiciones epistémicas para alcanzar la verdad moral²⁴.

Partiendo de lo hasta aquí sostenido, Nino señala que como regla general el control judicial de constitucionalidad (CJC) debe considerarse *democráticamente ilegítimo*. Sin embargo, por las mismas razones que en principio debemos rechazarlo, Nino admite *tres excepciones específicas*, bajo las cuales el CJC resulta democráticamente legítimo, a saber: 1) *Protección de la autonomía moral de las personas* (Nino, 1997: 277)²⁵. Ante la intromisión de las leyes, decretos, u otra

²³ C. S. Nino señala que el constitucionalismo y la democracia se combinan para formar un sistema de gobierno conocido como “*democracia constitucional*”, el cual constituye en principio “un matrimonio feliz” entre dos valiosos ideales y que implica una forma de gobierno superior a la democracia pura o al constitucionalismo puro. Sin embargo tal relación no es sencilla y sobrevienen tensiones cuando la expansión de la democracia conduce a un debilitamiento del constitucionalismo o cuando el fortalecimiento del constitucionalismo limita la democracia. Estas tensiones no son fáciles de detectar debido a: 1) la falta de consenso respecto al criterio que da valor a la democracia (que le confiere legitimidad); y 2) a la imprecisión de la definición misma de constitucionalismo. Al respecto véase Nino, 1997: 13.

²⁴ Cfr. C. S., Nino el valor central de la democracia reside en su capacidad epistémica transformadora/moralizadora de las preferencias individuales/personales. En sus palabras “la democracia es el medio más confiable para acceder al conocimiento de los principios morales.” (Nino, 1997: 154). La teoría democrática deliberativa, adoptada por el gran filósofo argentino se opone: 1) a una definición meramente empírico descriptiva de democracia; 2) a aquellas concepciones normativas de democracia que toman a las preferencias individuales como dadas; y 3) a aquellas concepciones filosófico políticas que parte de ideales perfeccionistas.

²⁵ Acerca de por qué son tres las excepciones, debe señalarse que para Nino el concepto de constitucionalismo combina dos elementos ideales: a) los derechos individuales; y b) la democracia como proceso de toma de decisiones, y esta combinación crea sus propios problemas. Ello se debe, en primer lugar, a que no es fácil identificar concepciones normativas congruentes con estos dos ideales. En segundo lugar, la tarea de combinar los dos ideales (democracia y derecho), no es en sí misma suficiente para explicar la noción de

norma Infra-constitucional, en la moralidad privada de los ciudadanos o funcionarios políticos de cualquier rango, dicho control debe proceder para garantizar la neutralidad del Estado y proteger la igual dignidad moral de las personas. De este modo, al resguardar la capacidad moral de los agentes individuales, el valor epistémico de la democracia resulta indirectamente protegido; 2) *Resguardo del correcto funcionamiento del proceso democrático de toma de decisiones* (Nino, 1997: 273). Con ello los jueces protegen directamente el valor epistémico del procedimiento democrático, ya que permite que las leyes constituyan una adecuada guía para conducir a principios morales; 3) *Tutela la constitución como una práctica social e histórica* (Nino, 1997: 280). Nino destaca que aquí el CJC no resguarda las condiciones necesarias para sustentar el valor epistémico-normativo del proceso democrático de toma de decisiones, sino que pretende garantizar la eficacia/estabilidad de las decisiones por dicha vía obtenidas.

Nino finalmente señala que, si bien al construir su teoría nos ha propuesto un diseño institucional en el que los magistrados se hallan indirectamente vinculados con el procedimiento democrático (Nino, 1997: 292), el Poder Judicial puede adoptar otras funciones, diseños, características o estructuras que lo acerquen aún más al ideal democrático deliberativo. Dichas reformas, destaca Nino siempre deberán tener en cuenta el carácter complejo de la constitución, y por ello atender adecuadamente a las implicancias normativas que devienen de la protección de sus tres dimensiones (derechos/proceso democrático/constitución histórica).

3.2.2. Sebastián Linares. En defensa de un control eminentemente legislativo

En su libro *La (I)legitimidad democrática del Control Judicial de las leyes*, Sebastián Linares pone en tela de juicio los presupuestos filosóficos sobre los que se produjo el proceso de expansión del control judicial de las leyes en el mundo. Allí defiende la tesis de que *el control judicial de las leyes, bajo una constitución rígida, significa una afrenta a los valores democráticos de autogobierno y participación*

constitucionalismo. El constitucionalismo también debe incluir a: c) el ideal de respetar la constitución histórica, y el sistema jurídico que deriva de ella (Nino, 1997: 24-29).

ciudadana, como a los de igual dignidad y autonomía personal (Linares, 2008: 19-20). A decir, del propio Linares, su tesis resulta “bastante virulenta”, teniendo en cuenta que la gran mayoría de los regímenes democráticos existentes son democracias constitucionales, es decir, sistemas que consagran el control judicial de las leyes y que adoptan constituciones rígidas. En este sentido, Linares señala que *para que la objeción democrática tenga lugar, deben concurrir dos elementos*, que operan como condiciones necesarias y conjuntamente suficientes, a saber: 1) *la existencia de una constitución rígida*, y 2) *la consagración de un modelo “robusto” de control judicial de las leyes... en el que los jueces constitucionales poseen el poder de vetar, con carácter definitivo, las leyes del Congreso* (Linares, 2008: 20). A su vez, en este trabajo defiende la idea de que dicha objeción puede ser de mayor o menor intensidad según cómo varíen ciertos factores²⁶.

En el núcleo de su teoría, Linares defiende *dos argumentos*: 1) la intuición de que tanto el Poder Legislativo como el Poder Judicial tienen probabilidades similares de errar y conculcar derechos; y 2) la idea de que existen profundos y persistentes desacuerdos entre ciudadanos acerca del contenido y alcance de nuestros derechos (Linares, 2008: 21). El autor considera que *el Congreso debiera tener la última palabra institucional*, dado que este es: a) el que respeta mejor, desde una perspectiva igualitaria, el derecho de participación y deliberación ciudadana; y b) propicia un fluido diálogo, entre instituciones, representantes y ciudadanos, centrado en razones que cualquier persona racional podría suscribir. Acto seguido, Linares (Linares, 2008: 22) propone un sistema de justicia constitucional en el cual: a) está prohibido a *los jueces ordinarios inferiores* a la Corte Suprema declarar la invalidez de las leyes contemporáneas, pero se les permite dictar “declaraciones de incompatibilidad” para advertir al Poder Legislativo cuáles son los defectos morales y jurídicos que ostentan las leyes; b) *la Corte Suprema* es la única autoridad que tiene permitido “declarar la invalidez” de las leyes contemporáneas; y c) *el Poder Legislativo* puede invocar una “cláusula de anulación” para hacer prevalecer su voluntad, siempre y cuando: a) se efectúe con

²⁶ Factores tales como: “el grado de rigidez de la constitución, la clase de mecanismos de selección de jueces, los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, los legitimados activos, las restricciones a la declaración de inconstitucionalidad, las facultades interpretativas del Congreso, las vías de acceso a la justicia constitucional, y finalmente, el contexto social en el que opera el control de constitucionalidad” (Linares, S., *Sobre el ejercicio democrático del Control Judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 20-21).

posterioridad a una sentencia de invalidez/ inconstitucionalidad de la Corte, y b) tras una audiencia pública en la que se expongan las razones/motivos de dicha decisión.

3.2.3. Lucas Arrimada. El fin del control judicial. El pueblo como última voz

Arrimada señala que originalmente el *modelo democrático representativo*, en sus mecanismos y arreglos institucionales, fue ideado para impedir la participación ciudadana y la deliberación colectiva, anulando con ello el establecimiento de una inclusiva república democrática²⁷. Dicho autor, advierte que más allá de estos profundos reparos, todavía puede decirse que el constitucionalismo constituye precondition y base para el desarrollo de una democracia sustantiva (Arrimada, 2008: 90; Nino, 1997: 13-14, 24-29). En este contexto, según Arrimada, el modelo de deliberación triunfante en los esquemas institucionales no fue el *democrático radical* sino *el elitista conservador* (Arrimada, 2008: 91-95); usualmente restringido a los hombres, blancos, “ricos y bien nacidos”²⁸.

Esta desconfianza en los debates y decisiones mayoritarios hizo que se concretasen sistemas de representación donde los controles exógenos fuesen “débiles, neutralizados (o neutralizables) y hasta inexistentes...” (Arrimada, 2008: 94). De este modo, *el constitucionalismo se erigió como un límite externo a la democracia* más que como un freno interno a sus debilidades y, al mismo tiempo, nunca fue configurado como un motor de sus fortalezas. Para Arrimada, en este sentido, el gran desafío teórico actual, es el de *postular a la democracia deliberativa como precondition para el constitucionalismo y para el diseño institucional* (Arrimada, 2008: 117).

¿Pero cuáles son las implicancias según Arrimada de adoptar una perspectiva deliberativa? Al respecto, C.S. Nino, férreo defensor del “constructivismo ético”, sostuvo que en el marco de una

²⁷ Arrimada, L., “Derecho, Moral y Política. Derecho Constitucional, Moral Institucional y Política Democrática: Sobre frenos, puentes y motores en la Democracia Deliberativa”, en Gargarella, R. (Coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I, 2008, pp. 87-119; 89-90.

²⁸ Gargarella, R., *The scepter of reason*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2000, pp. 98 y 111.

democracia deliberativa, el Poder Judicial podría contribuir excepcionalmente como custodio de los estándares sustantivos del proceso democrático²⁹. Sin embargo Arrimada sostiene que en la actualidad, *un plexo de defectos congénitos* nos debe hacer replantear no ya solo los alcances de la revisión judicial sino su continuidad misma (Arrimada, 2008: 111). Lo cual le hace decir a Arrimada, que *El capítulo histórico de la supremacía judicial parece aproximarse a su conclusión dos siglos después* (Arrimada, 2008: 111). Es decir, debiera quitárseles a los jueces el monopolio interpretativo sobre la Constitución Nacional, y ser el pueblo quien asuma su derecho/deber de erigirse como la última voz en materia de control de constitucionalidad de las leyes³⁰.

Finalmente es de destacar que Arrimada, con gran tino nos advierte acerca de los peligros de adoptar una perspectiva miope, centrada únicamente en un mecanismo particular cercano (el CJC) que olvide que aquel no es mas que *un engranaje* de un complejo sistema normativo. Partiendo de esta visión sistémica es que Arrimada pone de resalto los defectos de legitimidad democrática propios de todo diseño presidencial de gobierno, haciendo especial énfasis en el caso argentino (Arrimada, 2008: 101-106).

De este modo, todo diseño deliberativo del mecanismo de CJC que se pretenda legítimo, eficaz y eficiente debiera tener en cuenta este particular contexto político presidencial. En este sentido, para

²⁹ Al respecto véase: Nino, C. S., 1997: cap. 7; Nino, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, pp. 712.

³⁰ En esta línea argumentativa *dialógica radical*, en la cual se inscribe, Arrimada ubica a filósofos de la talla de Jeremy Waldron y Mark Tushnet. Al respecto, y por un lado, J. Waldron señala que el ámbito político se encuentra condicionado por *dos circunstancias insoslayables*: 1) La existencia de desacuerdos profundos, generales y persistentes entre ciudadanos acerca de cuáles valores políticos, y con que alcance, debemos defender en el marco de una sociedad democrática (pluralismo político); y 2) La necesidad percibida por todos los ciudadanos de un mínimo de cooperación social, es decir la generalizada percepción de que resulta imperioso concertar cursos de acción comunes a las necesidades de todos (cooperación pública) (Waldron, J., *Law and Disagreement*. Oxford, Oxford U. P., 1999, pp. 8-14). Este filósofo neozelandés sostiene que atento el fenómeno innegable del “pluralismo político”, la deliberación pública (entre ciudadanos y representantes) se erige como el mejor mecanismo de toma de decisiones. En otras palabras, “las circunstancias de la política” nos impiden adoptar un diseño institucional donde el poder judicial porte la “última y definitiva voz” en materia de la constitucionalidad de las normas. Por el otro, Mark Tushnet, desde una *perspectiva populista*, se declara en contra de la Supremacía Judicial, y del Control Judicial de Constitucionalidad de las leyes, y señala que mediante la participación ciudadana el pueblo puede auto-erigirse como el intérprete supremo de la Carta Magna (Tushnet, M., *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton, Princeton U. P., 1999, pp. 13 y 23).

evitar que nuestro Gobierno argentino caiga en prácticas autoritarias de poder, Arrimada propone: 1) desarrollar una verdadera “conciencia moral” y deliberativa en los ciudadanos argentinos (retomando la idea de C.S. Nino); así como 2) implementar un sistema institucional que recepte el “discurso moral” de la democracia (Arrimada, 2008: 116), lo cual puede interpretarse como la capacidad de tal sistema de resolver conforme criterios normativos deliberativos aquellos desacuerdos políticos-morales que surjan al interior de una sociedad democrática pluralista.

4. Breve análisis comparativo y evaluación de las posturas reconstruidas

Una vez expuestas las distintas perspectivas teóricas, con sus matices y particulares respuestas a la pregunta acerca de la legitimidad democrática deliberativa del control judicial de constitucionalidad, y a los fines de cumplir con los objetivos fijados para este trabajo, es turno de contrastar y evaluar someramente sus tesis. Para ello procederé conforme el orden con el que los autores han sido presentados en este trabajo.

En primer lugar, y en oposición a J. L. Martí, considero que un sistema de control judicial de constitucionalidad *con supremacía judicial*, aún en el marco de una constitución flexible, no satisfaría los presupuestos normativos enunciados como T2), T5) y T6), los cuales devienen de la adopción del modelo democrático deliberativo neo-republicano asumido por el mismísimo J. L. Martí. En T2) se indicó que el proceso deliberativo es eminentemente colectivo, público, argumentativo, de reflexión dialógica, de validación intersubjetiva de los resultados alcanzados, lo cual se incumpliría si fuere el caso de que la discusión sobre la constitucionalidad de las leyes es potestad únicamente de un poder constituido, quedando así excluidos los poderes políticos y la sociedad civil de tal deliberación. En relación a T5), se precisó que la deliberación es un proceso activo, complejo, abierto, sometido a continua revisión (auto-correctivo). Esta última idea implica asumir que los mismos proponentes de una norma (sea el Ejecutivo, el Legislativo o la ciudadanía) cuenten con la posibilidad de revisar sus propios criterios bajo nuevos argumentos para decidir a favor de las mejores razones. Todo ello se vería impedido si los actos de sanción y revisión se disociarían tan tajantemente como en el

modelo propuesto por Martí. En T6) se ha sostenido que el modelo deliberativo adhiere a una concepción política neo-republicana, siendo el concepto de libertad defendido el de *no dominación*, y *ausencia de interferencias arbitrarias* en la vida de los ciudadanos (Lovett, 2010: §3.1. y §3.2.). Con lo cual, Martí defiende la *tesis de la dependencia de la representación*, conforme la cual los representantes políticos (sean estos ejecutivos, legislativos o judiciales) deben rendir cuentas frente a los ciudadanos y adherir a los criterios de legitimidad política por estos últimos defendidos (Martí, 2006: 225-252). De este modo, la supremacía judicial, es decir la potestad normativa de la Corte Suprema de ser la última voz en esta discusión acerca de la constitucionalidad de las leyes, resulta ilegítima en el marco de dicha perspectiva neo-republicana.

Por su parte, Roberto Gargarella, como hemos visto, defiende una intervención moderada del Poder Judicial como la más adecuada postura adoptar bajo el influjo de un modelo neo-republicano deliberativo. Adhiero plenamente a su idea de que es posible definir la tarea de la Corte de un modo que haga compatible su labor con el debido respeto que merece la autoridad democrática. El CJC resulta legítimo entonces *si y solo si* se coloca al *servicio de la deliberación pública*, es decir, si promueve mayores y mejores debates políticos.

Este enfoque dialógico se erige crítico frente al diseño originario constitucional relativo a las modalidades de interacción promovidas entre los poderes constitutivos, el cual se proponía netamente adversarial, con lo cual se asemeja más a un estado constante de guerra y se limita en grado sumo las posibilidades de establecer conexiones deliberativas entre el Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Este trabajo defiende por hipótesis central que aquella perspectiva dialógica con la que Gargarella pretende refundar y a la vez legitimar el mecanismo de control judicial de constitucionalidad de las leyes constituye la más adecuada postura al interior de un modelo deliberativo neo-republicano. Al respecto, en el siguiente apartado ensayaré ciertos argumentos a favor de su superioridad normativa frente a las restantes posturas aquí reconstruidas.

En relación a la propuesta de C.S. Nino, conteste con mi defensa de un control judicial moderado dialógico de constitucionalidad, es que rechazo su tesitura de que como principio general, bajo una perspectiva democrático-deliberativa, el control judicial de constitucionalidad debiera considerarse ilegítimo. Nino admite

implícitamente en su análisis que aquel criticable modelo adversarial de interacción entre poderes resulta válido. Incumpliendo así al igual que lo hace Martí con los presupuestos T2), T5) y T6), a cuyo análisis evaluativo me remito. Conforme la perspectiva deliberativa dialógica (no adversarial) que en este trabajo se defiende, los tres casos excepcionales especificados por Nino, también resultarían inadmisibles, salvo que se eliminara la supremacía judicial, y se permitiese la intervención de los restantes poderes constituidos.

Por su parte, asiste razón a Linares cuando señala que *en el marco de una constitución rígida, todo control judicial de constitucionalidad de las leyes, donde la decisión de los magistrados sea suprema (ultima/definitiva), significa una afrenta a los valores democráticos de autogobierno y participación ciudadana, como a los de igual dignidad y autonomía personal*³¹. Sin embargo, no comparto su tesis de que en función de ello, y en el marco de los actuales sistemas de partidos, sea el Congreso quien deba tener la *última palabra* institucional. En este sentido, partiendo de una perspectiva deliberativa adhiero con Gargarella en que debemos rechazar aquella “...idea ingenua, malintencionada, mal fundada, que identifica al poder político, cualquiera que sea este, con la idea de democracia, y así también con la idea, más inasible, de la “voluntad popular” (Gargarella, 1996: 19).

En este entendimiento, la procedencia de objeciones acerca de la legitimidad democrática de uno de dichos poderes (por caso el judicial) no constituye un argumento necesario ni suficiente para justificar su encargo a alguno de los poderes restantes (ejecutivo y judicial) ni a la sociedad civil en soledad (Gargarella, 1997: p. 70).

Finalmente, en relación a la tesis reformista de Arrimada, adhiero a la necesidad de proponer diseños institucionales contextualizados. Las condiciones normativas y empíricas *no ideales* propias de cada sociedad política deben ser tomadas por punto de partida de toda construcción teórica en materia de filosofía política.

De este modo, junto con Gargarella y Arrimada, suscribo a la tesis de que debe plantearse el fin del control judicial como *el*

³¹ Linares, 2008: 19-20. Por otro lado, considero resultan acertados sus dos argumentos: 1) la intuición de que ambos órganos (Legislativo y Judicial) son falibles, y tienen unas mismas probabilidades de vulnerar derechos; y 2) la idea de que el contenido y alcance de nuestros derechos son materia de profundos y persistentes desacuerdos entre ciudadanos (Linares, 2008: 20).

único y último mecanismo de control de constitucionalidad. Debemos empezar a diseñar modelos dialógicos en los que dicho mecanismo conjuntamente con *otros controles* emanados de *otros actores* (tales como el poder legislativo, y/o la sociedad civil) permita una verdadera deliberación pública sobre la constitucionalidad de las normas. Más precisamente, definiendo la idea de que la adopción de un diseño deliberativo del mecanismo de control de constitucionalidad, implica necesariamente rechazar la hipótesis de que tal control recaiga enteramente en uno de los tres poderes constituidos, o en la ciudadanía misma en soledad.

5. Razones democrático-deliberativas para la defensa de un modelo dialógico de Control Judicial de Constitucionalidad³²

En el análisis comparativo y evaluación efectuada en el apartado anterior he señalado que la propuesta teórica de Gargarella y Arrimada resulta la más adecuada.

En este párrafo procederé a explicitar entonces aquellas razones de peso que podrían esgrimirse en defensa de la *superioridad normativa* de tal enfoque, en relación a los restantes enfoques deliberativos en este trabajo reconstruidos, siempre teniendo por filtro de evaluación una perspectiva epistémica y los presupuestos centrales de una concepción democrática deliberativa de tipo neo-republicana³³.

³² En palabras de Habermas, “una concepción dialógica entiende la política como un proceso de razón y no exclusivamente de voluntad; de persuasión y no exclusivamente de poder; dirigido hacia la consecución de un acuerdo relativo a una forma buena o justa, o por lo menos aceptable, de ordenar aquellos aspectos de la vida que se refiere a las relaciones sociales de las personas y a la naturaleza social de las personas” (Habermas, 2005: 3). En este sentido, huelga aclarar que si bien este trabajo adscribe al carácter dialógico del proceso de deliberación democrática, no adhiere a las tesis específicas que componen la *concepción dialógica habermasiana* del modelo democrático deliberativo, sino que defiende una *concepción neo-republicana* del mismo. Las tesis centrales de esta última concepción han sido explicitadas en las pp. 5-7 del presente trabajo. En cuanto a cuáles son las principales tesis de la *concepción dialógica habermasiana* del modelo democrático deliberativo, véase Habermas, J., “Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa”, Polis, Revista de la Universidad Bolivariana, num. 10, 2005. En dicha obra, Jürgen Habermas defiende una concepción dialógica de democracia deliberativa, como un tercer modelo, distinto y superior, de las concepciones liberal y republicana.

³³ Al respecto de cuáles presupuestos conceptuales y normativos se tienen específicamente en cuenta me remito a las pp.5-6 de este mismo trabajo. En este sentido, las razones aquí ensayadas no intentan ser suficientes o excluyentes, pero si necesarias o decisivas.

a. La defensa del CJC como un mecanismo que posibilita el diálogo, y más precisamente la deliberación entre poderes, así como entre estos y la sociedad civil toda, se hace eco de las implicancias normativas de asumir una adecuada concepción del pluralismo político. Al respecto de la idea de *pluralismo político*, resulta pertinente la distinción trazada por John Rawls entre *pluralismo político simple* y *pluralismo político razonable* como concepciones filosófico-políticas opuestas³⁴. Quienes defienden un *pluralismo simple* adhieren a la idea de que el consenso mínimo necesario para la cooperación social se construye teniendo en cuenta todas aquellas doctrinas políticas efectivamente defendidas en una comunidad política determinada.

De este modo, incluso aquellas doctrinas que luzcan irracionales, inmorales, irrazonables, o impracticables, tendrán su lugar en la discusión democrática mediante la cual se fijen los criterios de legitimidad política. Ello, no como fruto de la vigencia de un criterio político normativo de tolerancia para con las perspectivas rivales, sino, resultado de la capacidad empírica concreta que posea cada agente para imponerse como un contendiente político a considerar en dicho debate³⁵. En contraposición a dicha postura, aquellos que sostienen un *pluralismo razonable* (como J. Rawls) señalan que a los fines de obtener *un consenso superpuesto* de doctrinas políticas disímiles debemos considerar solamente a aquellas que sean *racionales* y *razonables*. Si bien, puede decirse que los cinco autores en este trabajo reseñados (Nino, Gargarella, Martí, Linares, Arrimada) adhieren a esta última concepción, sin embargo el diseño del CJC específicamente propuesto por Gargarella y Arrimada, atento su carácter *no adversarial*, es el único que permitiría cumplir con ambas pautas, de *racionalidad* y *razonabilidad*³⁶. Ello se debe a que a los fines de arribar a decisiones *razonables en un sentido rawlsiano*, respecto a la constitucionalidad de las normas, es decir, teniendo por fin incluir

³⁴ A los fines de profundizar en las implicancias normativas de la distinción entre *pluralismo político simple*, y *pluralismo político razonable*, véase Rawls, J., *Liberalismo Político*, México D.F., F.C.E., 1995, pp. 11-23, 66-81.

³⁵ Agradezco al Dr. G. Lariguet por su sugerencia de aclarar este punto. En este sentido, ha quedado debidamente advertido el lector de que el valor moral de la “tolerancia política” no forma parte de la concepción pluralista simple más arriba descripta.

³⁶ Cfr. John Rawls (1995: 66-86) la *razonabilidad (en sentido restringido)* determina la *legitimidad moral* o no de una doctrina política; y la *racionalidad* permite señalar si tal postura es *efectiva* o no.

todas aquellas perspectivas razonables existentes al interior de una determinada sociedad democrática, resulta necesario contar con un amplio debate político, es decir, un real diálogo entre poderes y ciudadanos, evitando así que tal trascendental tarea interpretativa se conduzca por meros criterios prudenciales, racionales, de eficacia u oportunidad.

b. El enfoque dialógico, no adversarial asumido por Gargarella coincide con el presupuesto democrático-deliberativo que señala la necesidad de *validación intersubjetiva de los resultados alcanzados*, así como aquel que indica que siendo el proceso deliberativo eminentemente colectivo, público, argumentativo, de reflexión dialógica, debe ser considerado *abierto y auto-correctivo*. De este modo, tal diseño institucional posibilita con mayor grado de probabilidad (aunque no garantiza) que los resultados de tal control de constitucionalidad dialógico sean *epistémicamente superiores* a los obtenidos mediante otros diseños. Nino a mediados de los años 80' fue junto con Joshua Cohen, fue uno de los primeros teóricos en desarrollar una justificación epistémica de la democracia (Arrimada, 2008: 96-97).

Al respecto, Nino defendió la tesis de que la democracia es preferible como forma de gobierno, frente a las formas de gobierno no democráticas rivales, atento su valor epistémico (Nino, 1997: 154, 160-162, 166-187). A su vez conforme tal criterio epistémico, de entre los distintos modelos normativos de democracia posibles (elitista, pluralista, consensualista, perfeccionista, etc.) la democracia deliberativa se erige como un modelo superior (Nino, 1997: 187-198³⁷). Al respecto, J. L. Martí señala que el proceso de deliberación, atento se guía por el principio argumentativo de decisión, posee al menos *cuatro*

³⁷ C.S. Nino señala que conforme una justificación epistémica del proceso deliberativo, se deben rechazar como argumentos válidos a los siguientes: 1) la mera expresión de deseos o intereses; 2) la mera descripción de hechos, como una tradición o una costumbre; 3) la expresión de proposiciones normativas que no admiten una aplicación general, es decir solo validas para determinados casos y sujetos específicos; 4) la expresión de proposiciones normativas no universales, es decir válidas solo para el presente; 5) la expresión de argumentos que de su correlación con los sostenidos por el mismo agente en otro tiempo o lugar llevaría a vislumbrar una inconsistencia pragmática obvia; 6) la expresión de proposiciones normativas que no parecen tomar en cuenta los intereses individuales, sea por la referencia a un sujeto abstracto o a un colectivo difícil de precisar; y 7) la expresión de proposiciones normativas que no intentan ser morales, y se asientan meramente en razones prudenciales o estéticas (Nino, 1997: 171-172).

*efectos epistémicos positivos*³⁸: 1) el intercambio de información (Martí, 2006:194); 2) la detección de errores fácticos y lógicos (Martí, 2006:194); 3) el control de las emociones y exclusión de las preferencias irracionales³⁹; y 4) dificulta la manipulación de las preferencias y agendas políticas (Martí, 2006:195).

c. El modelo de CJC dialógico propuesto responde a la más avanzada e innovadora perspectiva en democracia deliberativa, la cual señala la necesidad de evaluar la legitimidad de las decisiones políticas desde una perspectiva sistémica, tomando a la democracia como un sistema, es decir, adoptando un *enfoque de gran escala* que tome en cuenta la interdependencia existente entre sus distintos componentes o áreas, evitando así los habituales enfoques de *pequeña escala*, que limitan el análisis teórico al marco específico de uno o algunos foros deliberativos sin dar cuenta de las complejidades propias de la interacción entre los mismos (Parkinson, Mansbridge, 2012: 1-2)⁴⁰.

De este modo, un enfoque deliberativo sistémico, permite ver más claramente cuáles son aquellas áreas del sistema que deben ser mejoradas, y recomendar así innovaciones en los diseños institucionales que posibiliten superar aquellas debilidades concretas del sistema, a la vez que mantener el correcto funcionamiento del sistema en general (Parkinson, Mansbridge, 2012: 4)⁴¹.

³⁸ Los mismos son enunciados en Martí, 2006: 193-196. Al respecto, J. L. Martí, aclara que el *efecto epistémico* del proceso deliberativo opera a nivel *individual*, aumentando la competencia epistémica individual de cada participante, de manera que incrementa su probabilidad de tomar una decisión correcta. Únicamente en dicho sentido es que resulta válido afirmar que la deliberación ayuda a elevar el valor epistémico de *la democracia en general* (Martí, 2006: 198).

³⁹ Es de destacar que en el marco de la teoría democrática deliberativa ciertas emociones (en determinado contexto epistémico) pueden contribuir al adecuado desarrollo de la deliberación democrática. En apoyo de esta tesis véase Martí, 2006: 195; Nino, 1997: 175-176; Mansbridge, J., en Besson, S. y Martí, J. L. (ed.) *Deliberative Democracy and Its Discontents. National and Post-national Challenges*, London, Ashgate, 2006. pp. 107-132.

⁴⁰ Al respecto, de cuáles son las ventajas de adoptar dicho enfoque sistémico deliberativo, véase: Parkinson, J., Mansbridge, J., (Eds.), *Deliberative Systems*, Cambridge, Cambridge U. P, 2012, pp. 2-3.

⁴¹ En cuanto a cuáles son los componentes, engranajes o partes de aquel “sistema deliberativo a gran escala”, debe señalarse que Parkinson y Mansbridge incluyen tanto a las instituciones, mecanismos, y organismos con expresas funciones deliberativas, así como aquellos con roles en principio no deliberativos, pero que influyen en las primeras. A su vez, al interior de los foros expresamente deliberativos, quedan incluidos tanto los ámbitos formales como los informales de deliberación pública (Parkinson, Mansbridge, 2012: 7-10).

6. Razones para la defensa de un rol judicial protagónico

¿Pero por qué otorgar tal rol preponderante al poder judicial? Más allá del principio general, conforme el cual se impone un diálogo entre poderes, y entre ellos y la sociedad civil, considero existen al menos dos argumentos normativos deliberativos que podrían válidamente esgrimirse en defensa de un rol más activo del poder judicial, en comparación con el de los restantes sujetos intervinientes en dicho debate⁴².

En primer lugar, existe un *argumento epistémico*, acerca de porque debiera tener especial consideración la opinión vertida por los magistrados en materia de constitucionalidad de las normas. El mismo puede ser desagregado en dos premisas: a) el Poder Judicial ha sido pensado como *un foro de audiencia* de los reclamos y demandas de justicia circunstanciadas de los ciudadanos, individual o grupalmente considerados. El proceso judicial, esta encaminado a garantizar la protección de los derechos de quienes específicamente acuden a los estrados de la magistratura, más allá del amplio alcance normativo que puedan tener ciertas sentencias en cuanto precedentes para futuros litigios⁴³; y b) la Constitución señala que los magistrados son los encargados de interpretar y aplicar las leyes, atento lo cual, su elección responde principalmente a los criterios de capacidad e idoneidad para tal tarea específica (aspecto personal). Ambas premisas justificarían la defensa de la *superioridad epistémica* de las consideraciones vertidas por los jueces respecto a la constitucionalidad de las normas, más no su supremacía última.

En segundo lugar, podría ensayarse *un argumento sobre la imparcialidad de las decisiones judiciales*. Al respecto, y desde un

⁴² Las razones aquí enunciadas se enmarcan en una línea argumentativa contemporánea dirigida a la defensa de la superioridad del razonamiento judicial en términos de *imparcialidad*. En particular, mi postura se hace eco de la tesis rawlsiana sobre el “deber de civilidad” que pende sobre los magistrados como resultado de la adopción de una “concepción pública de la justicia”. A los fines de acceder con mayor precisión al razonamiento de John Rawls, véase: Rawls, 1995: 230-235. Esta línea argumental es explícitamente criticada por en: Gargarella, 1997: 67-69.

⁴³ Por el contrario, la Constitución no prevé ni provee a los poderes políticos de canales comunicacionales institucionales epistémicamente aptos para recibir reclamos específicos, circunstanciados, en términos de derechos vulnerados, sino que se presupone que mediante la elección de tales representantes, la ciudadanía les ha delegado la defensa de ciertas perspectivas políticas generales (aspecto estructural).

enfoque normativo no ideal puede señalarse que muchas constituciones sí receptan un estándar normativo dirigido a garantizar la imparcialidad de las decisiones judiciales⁴⁴. Por supuesto, si bien tal deber no ofrece certeza respecto a tal neutralidad, si determina *un ideal regulativo* a seguir en materia de interpretación y aplicación de las leyes. En este sentido, más allá de las verdaderas motivaciones psicológicas y morales concretas que lleven a los magistrados a adoptar tal o cual resolución, se impone claramente por mandato constitucional que la justificación de las sentencias responda necesariamente (aunque no suficientemente) a los criterios de legalidad, racionalidad, y razonabilidad moral. De este modo, en el marco de *un sistema de control de constitucionalidad dialógico*, como el que este trabajo propone, la evaluación positiva o negativa de tales considerandos y sus correspondientes sentencias, es decir la legitimidad democrática de las mismas, quedaría librada en primera instancia a los resultados de un diálogo Inter-poderes, y finalmente a las consideraciones de la sociedad civil⁴⁵.

7. Conclusión

Finalmente, quisiera señalar que la incógnita última acerca de la legitimidad o ilegitimidad democrática deliberativa, del control

⁴⁴ Aquí *enfoque normativo no ideal* debe ser entendido como el opuesto al *enfoque ideal rawlsiano* sobre la completa neutralidad del razonamiento judicial. En cuanto a la distinción entre teoría ideal y no ideal, la misma fue introducida por John Rawls, en la tesis de que la construcción de toda teoría moral consta de dos partes. La primera, denominada *teoría ideal*, contiene aquel conjunto de principios morales, que son propios de una sociedad bien ordenada en circunstancias económicas favorables, y presupone por parte de los ciudadanos, el cumplimiento estricto de los mismos. La segunda, o *teoría no ideal*, partiendo de una sociedad democrática real en donde el cumplimiento de tales principios es parcial, se pregunta por aquellos pasos graduales, reales, prácticos, que permitirían arribar al cumplimiento estricto de aquella concepción ideal (Rawls, 1999: 3-10).

⁴⁵ En este sentido, el ideal del autogobierno democrático deliberativo requiere necesariamente de un activo control ciudadano sobre las acciones acometidas por sus conciudadanos y representantes en la esfera pública de deliberación. En palabras de Thomas Jefferson: *la eterna vigilancia es el precio de la libertad*. Considero, este *second best normativo*, que implica el diseño de tal sistema dialógico de control, en el cual se brinda una especial consideración a las resoluciones judiciales, evita varias, sino todas, las críticas formuladas a la tesis sobre el “deber de civilidad” rawlsiano enmarcado en la pretensión de *cumplimiento estricto* del ideal de justicia pública, a la vez que rescata un potente y necesario criterio normativo, el cual se muestra coherente con los presupuestos conceptuales y normativos del modelo deliberativo de democracia neo-republicano aquí propuesto.

judicial de constitucionalidad de las leyes, *no ha pretendido* hallar *definitiva* respuesta en las páginas de este trabajo.

Ello, por dos razones. En primer lugar, todo artículo constituye de por sí, un circunscripto espacio de análisis (aspecto contingente). En segundo lugar, y principalmente, ello se debe al carácter dialéctico, abierto, dialógico, auto-correctivo, deliberativo, del proceso intersubjetivo mismo de construcción de conocimiento científico (aspecto necesario).

En este sentido, el objetivo central de este trabajo ha sido que las ideas que lo conforman, enriquezcan -aunque sea mínimamente- en términos epistémicos, el apasionante debate sobre el control de constitucionalidad de las normas. El grado de cumplimiento de esta última meta, dependerá entonces de las intervenciones dialógicas-deliberativas de quienes se aboquen a su lectura.

