

# EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO DESDE UNA CONCEPCIÓN DEMOCRÁTICA DELIBERATIVA \*

Nicolás Emanuel Olivares \*\*

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objetivo principal analizar la conexión entre las concepciones normativas de constitucionalismo democrático y democracia deliberativa. A dichos fines, seguiremos seis pasos. En primer lugar, estudiaremos la conexión normativa habida entre los conceptos de constitución y democracia. En segundo lugar, intentaremos explicitar qué se entiende por democracia deliberativa. En tercer lugar, nos abocaremos a definir qué tipo de teoría es el constitucionalismo democrático. En cuarto lugar, brindaremos argumentos en defensa de dicha concepción democrática deliberativa. En quinto lugar, evaluaremos si el constitucionalismo democrático cumple con los estándares normativos impuestos por la democracia deliberativa. Finalmente, esbozaremos algunas conclusiones provisionales.

**Palabras clave:** Democracia deliberativa - Constitucionalismo democrático - Interpretación constitucional - Concepción constitucional.

## I. Introducción

La incógnita acerca del tipo de relación normativa existente entre los conceptos de *constitucionalismo* y *democracia* ha constituido el objeto de estudio de numerosas investigaciones teóricas (Gargarella, 2010: 23-32; Holmes, 1999: 217-219). El presente trabajo tendrá por objeto de análisis dos *concepciones específicas* de ambos conceptos. Por un lado, en cuanto concepto de democracia, existe actualmente un relativo consenso en derredor de las bondades propias de una particular concepción a la que se denomina *democrática deliberativa* (Parkinson, Mansbridge, et al., 2012: 4), la cual intenta superar las deficiencias normativas endilgadas a las teorías democráticas: populista (E. Laclau), pluralista (R. Dahl), elitista (J. Schumpeter), y agonista (C. Mouffe). Por el otro, en relación al concepto de constitucionalismo, ha surgido recientemente (2013) una nueva concepción a la que sus autores (R. Post y R. Siegel) denominan *constitucionalismo democrático*. Esta nueva teoría intenta superar las deficiencias explicativas y normativas endilgadas a las teorías constitucionales: populista (L. Kramer, B. Friedman), conservadora (A. Scalia), y minimalista (C. Sunstein).

---

\* Agradezco a R. Gargarella, A. Rossetti, G. Arballo, N. E. Allés, M. Benente, L. Miseri, L. Samamé Lais, así como a los integrantes del *Seminario de Lectura en Teoría Constitucional* del CIJS-UNC, por las lúcidas observaciones formuladas a una versión preliminar del presente trabajo, la cual fuere presentada en el Iº Workshop Internacional "Historia Constitucional y desafíos a las instituciones jurídicas", UNLPam, 6/11/2014.

\*\* Abogado (UNC), Profesor Universitario (UCC). Estudios en curso: Doctorando en Derecho y Cs. Sc. (UNC), Maestrando en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC), Becario doctoral CONICET. Labor docente: 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. E-mail: [olivares.nicolasemanuel@gmail.com](mailto:olivares.nicolasemanuel@gmail.com).

Partiendo de dicho marco teórico, el presente trabajo tendrá por objetivo principal develar qué tipo de relación media entre las concepciones normativas de *constitucionalismo democrático* y *democracia deliberativa*. A los fines de cumplir con dicha empresa teórica, el presente trabajo se desarrollará en seis pasos. En primer lugar (apartado II), analizaremos qué tipo de conexión normativa existe entre los conceptos de constitución y democracia. En segundo lugar (apartado III), intentaremos explicitar qué se entiende por democracia deliberativa. En tercer lugar (apartado IV), nos abocaremos a definir qué tipo de teoría es el constitucionalismo democrático. En cuarto lugar (apartado V), nuestra labor se dirigirá a determinar si el constitucionalismo democrático cumple con los estándares normativos impuestos por la democracia deliberativa. En quinto lugar (apartado VI), esbozaremos argumentos en defensa de dicha concepción democrática deliberativa. Finalmente en sexto lugar (apartado VII), arrojaremos algunas conclusiones provisorias. Les invitamos entonces a recorrer dicho camino.

## II. Constitucionalismo y democracia

En el presente apartado atenderemos a un primer interrogante, a saber: ¿Qué tipo de relación media entre los ideales normativos generales de *constitución* y *democracia*? En respuesta a dicho interrogante, se han planteado al menos tres tipos de conexiones entre ambos ideales.

En primer lugar, ciertos autores defienden la tesis de que existe una tensión irresoluble entre las ideas de constitución y democracia. En este sentido, a los fines de resolver dicha tensión, se han ofrecido al menos tres tipos de soluciones. En primer lugar, se ha señalado que los derechos constitucionales deben prevalecer por sobre el proceso (R. Dworkin, 1986). En segundo lugar, se ha defendido la tesis de que el proceso democrático no puede subordinarse a estándares normativos fijos como son los derechos constitucionales, sino que estos últimos son legítimos únicamente si resultan de aquel proceso (J. Waldron, 1999). Finalmente, en tercer lugar, algunos teóricos defienden la idea de que ambos estándares normativos (proceso democrático y derechos constitucionales) son co-origenarios o equi-primordiales (J. Rawls, 1996; J. Habermas, 1998).

En segundo lugar, otros niegan la existencia de una necesaria tensión entre los ideales de democracia y constitución, y afirman que media entre ambas ideas normativas una relación armónica. En este sentido: a) algunos sostienen que el constitucionalismo es una precondition para la democracia (N. Mac Cormick, 1989); b) otros afirman que la democracia es precondition del constitucionalismo (L. Arrimada, 2011); y c) existen quienes defienden la tesis de que ambos ideales se condicionan mutuamente (S. Holmes, 1999).

En tercer lugar, ciertos teóricos sostienen que existe un mutuo condicionamiento entre los ideales de democracia y constitución, y que si bien existe aquella tensión, su profundidad depende de la concepción de constitución y de democracia que se adopte. De este modo la mayor o menor tensión entre ideales es contingente a las interpretaciones que se dé a dichos ideales normativos. En este sentido, existen quienes defienden la tesis de que la adopción de una concepción deliberativa de democracia y una concepción dialógica de constitucionalismo permite reducir tal tensión (C. S. Nino, 1992; R. Gargarella, 2010). Consideramos que esta tercera postura es la más adecuada.

### III. Democracia deliberativa

Habiendo explicitado el tipo de conexión normativa que media entre los conceptos de constitucionalismo y democracia, emerge una segunda incógnita: ¿cuáles son las implicancias normativas de asumir una concepción deliberativa de la democracia en relación a la teoría constitucional?

Desde un enfoque general, el *concepto* de democracia deliberativa puede ser definido como aquel ideal regulativo conforme el cual la legitimidad democrática de las normas, instituciones y medidas políticas depende de la existencia de un proceso intersubjetivo de justificación política, en el cual intervienen todos los potencialmente afectados por la misma<sup>1</sup>.

Sin embargo, desde un enfoque restringido, el concepto de democracia deliberativa puede asumir distintas *concepciones*, las cuales pueden ser clasificadas como: liberales, republicanas, y críticas. Entre quienes defienden una concepción deliberativa liberal destacan las teorizaciones de J. Rawls (1996), C. S. Nino (1997), A. Gutmann y D. Thompson (1996, 2004), J. Parkinson, y J. Mansbridge (2012). Al interior de la concepción deliberativa republicana cabe resaltar la postura republicana clásica asumidas por F. Ovejero (2008) y la republicana cívica defendida por J. L. Martí (2006). Finalmente, entre las teorías deliberativas críticas deben mencionarse a los siguientes autores: J. Habermas (1998), J. Dryzek (2000), y C. Rostbøll (2008). Estas tres concepciones deliberativas (liberal, republicana y crítica), *coinciden en tres tesis normativas generales*: 1) el principio político de toma de decisiones más adecuado no es el de voto o negociación, sino el de argumentación; 2) la democracia no se sustenta únicamente en el principio mayoritario, sino también en el principio de justificación política; y 3) la democracia no debe justificarse sólo en argumentos procedimentales o sustantivos, sino en ambos tipos de argumentos.

El criterio clasificatorio sobre el cual está sustentada esta *distinción* entre teorías deliberativas liberales, republicanas y críticas, es el concepto de *libertad política* por ellas asumido. En primer lugar los deliberativistas liberales parten de un concepto negativo de libertad política, entendida como no interferencia en los planes de vida de los ciudadanos. En segundo lugar los deliberativistas republicanos asumen dos conceptos diferentes de libertad política, dependiendo del tipo de republicanismo defendido. Por un lado, los republicanos clásicos adoptan un concepto positivo de libertad política entendido como participación activa de los ciudadanos en la vida pública, de modo que las virtudes cívicas poseen valor moral intrínseco. Por otro lado, los republicanos cívicos adoptan un concepto negativo de libertad política entendido como no dominación. La deseada no dominación, puede ser pública, es decir busca evitar que el Estado someta a los particulares, o bien privada, cuando procura evitar que un ciudadano haga lo propio sobre otro ciudadano. Los republicanos cívicos sostienen que las virtudes cívicas poseen valor moral instrumental siendo la libertad política el fin último. Finalmente, en tercer lugar, los deliberativistas críticos defienden un concepto

<sup>1</sup> Esta definición estándar del concepto de democracia deliberativa, está respaldada por las teorizaciones efectuadas en los siguientes trabajos: MARTÍ, 2006; GARGARELLA, 1995; GUTMANN y THOMPSON, 1996; GUTMANN y THOMPSON, 2004; MANSBRIDGE, 2009; y MANSBRIDGE *et al.*, 2010; J. RAWLS, 1996; C. S. NINO, 1997; J. PARKINSON, J. MANSBRIDGE, 2012; J. HABERMAS, 2005; J. DRYZEK, 2000; y C. ROSTBØLL, 2008; entre otros.

positivo de libertad política entendida como emancipación, en tanto superación de aquellas condiciones empíricas y normativas que les impiden a los ciudadanos ser sujetos políticos autónomos.

En este trabajo, adoptamos como fuente de criterios normativos de evaluación del constitucionalismo democrático, una particular concepción deliberativa liberal, la cual será aquí denominada *concepción deliberativa liberal amplia*. Esta postura ha sido originalmente defendida por C. S. Nino (1992, 1997), y luego resignificada por R. Gargarella (1995, 2011).

Partiendo de esta *concepción deliberativa liberal amplia*, explicitaremos un concepto particular de democracia deliberativa compuesto de *tres tesis normativas específicas*, sobre las siguientes nociones políticas: legitimidad, sujeto, e interacción. Dichas tesis específicas a su vez imponen determinadas limitaciones a toda teoría constitucional. Veamos con algo más de detalle a qué nos referimos.

1. *Legitimidad*: Toda norma o medida política debe justificarse mediante un procedimiento público de deliberación ciudadana en el cual se intercambien razones genuinas, públicas y moralmente aceptables. De este modo la legitimidad política depende de la calidad moral de las razones esgrimidas en la arena política. La democracia deliberativa constituye una concepción epistémica dialógica de la democracia conforme la cual las esferas política y moral están interconectadas y el valor mismo de la democracia se ubica en la moralización o transformación de las preferencias de los ciudadanos (Nino, 1997: 154).

2. *Sujeto*: Los sujetos que intervienen en dicho proceso deliberativo serán todos aquellos ciudadanos que sean considerados afectados por la norma o medida política sujeta a deliberación. En otras palabras, los sujetos deliberativos son de tipo individual y no colectivo, y sus preferencias no deben ser consideradas como fijas o estáticas sino dinámicas, abiertas, sujetas a transformación (Nino, 1997: 180).

3. *Interacción*: El tipo de interacción política que debe mediar entre los ciudadanos, entre ellos y sus autoridades democráticas, así como entre autoridades democráticas, es de tipo cooperativa-dialógica. El proceso democrático deliberativo debe respetar los principios normativos propios del discurso moral: autonomía, inviolabilidad, y dignidad, así como los del discurso político: imparcialidad, igualdad, libertad (Nino, 1997: 187-198). Los poderes constituidos deben intercambiar razones entre sí no únicamente como resultado de una voluntad o motivación coyuntural sino fruto de determinado diseño institucional. Las funciones desempeñadas por los representantes que integran los poderes constituidos, deben darse en el marco de una interacción institucional cooperativa y dialógica, por oposición a una interacción agonial, militarista (Gargarella, 2014: 122-123, 152).

#### IV. ¿Por qué adoptar una concepción democrática deliberativa?

En el apartado anterior, hemos identificado cuáles son los elementos normativos que integran el concepto de democracia deliberativa, y explicitado la particular concepción normativa desde la cual interpretamos dicho concepto. Sin embargo, resta justificar porqué debiera concebirse a tal *concepción deliberativa liberal amplia* como un ideal regulativo *atractivo*. Es decir, debemos brindar razones de peso que justifiquen la adopción de un ideal democrático deliberativo en general y una concepción deliberativa liberal amplia en particular.

Entre dichas *razones generales*, pueden señalarse las siguientes: a) tutela adecuadamente el principio de igual consideración y respeto de todos los ciudadanos; b) nos permite avizorar alternativas políticas disímiles a las ya contempladas y establecidas; c) nos posibilita corregir errores lógicos y empíricos; d) nos obliga a revisar, moderar, y/o eliminar prejuicios valorativos; e) posibilita la comprensión y entendimiento entre ciudadanos que defienden posturas contrapuestas o disímiles; f) nos obliga a dar razones mediante las cuales justificar nuestras posturas; g) posibilita la existencia de un genuino proceso colectivo de aprendizaje político; y h) promueve el respeto mutuo entre ciudadanos<sup>2</sup>.

Por su parte Gutmann y Thompson esgrimen cuatro *razones generales* en defensa de la superioridad normativa de la concepción democrática deliberativa por sobre sus concepciones rivales (Gutmann y Thompson, 1996: 41). Dichas razones son las siguientes: 1) Promueve la legitimidad de las decisiones colectivas; 2) Favorece la proliferación en el debate de perspectivas discursivas que resaltan los factores públicos por sobre los privados; 3) Promociona un proceso de toma de decisiones en el que reina el respeto mutuo entre los ciudadanos deliberantes; 4) Corrige aquellos errores inevitables cometidos por los ciudadanos o sus representantes en el marco de acciones colectivas (Gutmann y Thompson, 1996: 39-44; 2004: 10-12).

En síntesis, la *concepción democrática deliberativa en general*, protege y promueve mejor que los restantes ideales democráticos, el valor *autogobierno democrático*, atento: 1) sostiene que los ciudadanos deben ser tratados como agentes autónomos racionales, libres e iguales, capaces de definir intersubjetivamente cuando un procedimiento político es legítimo o ilegítimo; 2) establece que deben considerarse y respetarse los argumentos de todos los ciudadanos afectados por la institución, norma o medida en cuestión; 3) tiene por meta garantizar la igual influencia política de los deliberantes en el procedimiento de toma de decisiones; 4) promueve el aprendizaje político-moral entre ciudadanos, lo cual no sólo eleva la calidad epistémica de los resultados, sino que principalmente empoderar a los agentes políticos como verdaderos soberanos políticos; y 5) posibilita y fomenta la existencia de una cultura política conforme la cual ante desacuerdos profundos, persistentes e inerradicables debemos respetarnos mutuamente<sup>3</sup>.

En cuanto a la *concepción deliberativa liberal amplia* en particular, la misma es justificada por C. S. Nino mediante *dos argumentos específicos*. Por un lado, C. S. Nino considera que la democracia es valiosa debido a su valor epistémico, atento constituye el procedimiento de discusión y decisión política más confiable para alcanzar resultados políticos legítimos y justos (*argumento epistémico*) (Nino, 1997: 154-168). Por otro lado, C. S. Nino señala que la democracia constituye el procedimiento de discusión y decisión política que mejor respeta determinados principios morales últimos (autonomía, inviolabilidad, dignidad), los cuales derivan de una concepción neo-kantiana de la idea de razón práctica,

<sup>2</sup> Al respecto de otras razones mediante las cuales justificar la adopción de una concepción democrática deliberativa por sobre otras concepciones democráticas rivales, véase: GARGARELLA, 2010: 39-40; y MARTÍ, 2006: 194-195.

<sup>3</sup> Las razones aquí explicitadas abrevan de las teorizaciones vertidas en: NINO, C. S., 1992, 1997; GARGARELLA, R., 1995; GUTMANN, A. y THOMPSON, D., 1996; GUTMANN, A. y THOMPSON, D., 2004; RAWLS, J., 1996; y ROSTBØLL, C. F., 2008.

en tanto C. S. Nino sostiene que son aquellos principios que derivan de las exigencias de autonomía y universalidad, propias del discurso moral (*argumento sustantivo*) (Nino, 1992: 162-178).

## V. Constitucionalismo democrático

### V.1. ¿Qué tipo de teoría constitucional?

¿Es el constitucionalismo democrático una teoría sobre la interpretación constitucional o constituye una concepción más amplia acerca de qué debe entenderse por constitución? Consideramos que dicho interrogante admite al menos tres tipos de respuesta.

Una *primera respuesta*, implicaría sostener que el constitucionalismo democrático constituye en puridad de concepto una teoría constitucional relativa a cómo y quiénes deben interpretar la norma fundamental de una nación. De este modo, el constitucionalismo democrático no defiende valores políticos específicos, sino que brinda un esquema normativo interpretativo adaptable a distintas concepciones constitucionales sustantivas. Quienes adhieran a esta primera postura, señalarían que lo relevante para el constitucionalismo democrático es determinar en materia interpretativa el quiénes y no tanto el cómo. Ello implica sostener que dicha teoría incluso puede resignificar las distintas y habituales concepciones constitucionales interpretativas. La resignificación refiere a que siempre el intérprete constitucional es el pueblo en tanto soberano democrático. Razón por la cual el constitucionalismo democrático podría asumir una tónica textualista, originalista, moralista, etc.

Una *segunda respuesta*, conllevaría afirmar que en realidad el constitucionalismo democrático debe ser definido como una teoría constitucional no meramente interpretativa sino también sustantiva. Existen dos maneras de expresar dicha segunda postura. En primer lugar, puede decirse que el constitucionalismo democrático podría ser definido como aquella teoría constitucional interpretativa que a su vez defiende ciertos valores políticos específicos y que por ello brinda un esquema normativo interpretativo excluyente de ciertas concepciones constitucionales sustantivas. Una segunda formulación, de dicha tercera postura, señalaría que toda teoría constitucional interpretativa incluye ciertos valores políticos sustantivos más o menos definidos. Ello equivale a afirmar que la interpretación constitucional no existe como mecanismo jurídico ascético o neutral en términos normativos y que siempre parte de un determinado concepto de democracia<sup>4</sup>.

Una *tercera respuesta*, podría señalar que el constitucionalismo democrático constituye una teoría sustantiva no interpretativa, la cual defiende exclusivamente valores políticos específicos y que brinda un esquema sustantivo adaptable a distintas concepciones constitucionales interpretativas. Esta tercera postura sostiene que la interpretación constitucional es meramente una cuestión de técnica o que se insufla de determinado contenido normativo dependiendo de cuál teoría constitucional sustantiva se parta.

<sup>4</sup> Esta segunda formulación es la que parecen adoptar autores de la talla de R Gargarella, M. Alegre, P. Bergallo, L. G. Jaramillo, entre otros constitucionalistas latinoamericanos.

A su vez, quienes asuman tanto la segunda o tercera postura, aún debieran discutir si el constitucionalismo democrático admite ser clasificado como una teoría sustantiva de tipo progresista radical, progresista moderada, conservadora moderada, o conservadora radical. En este último sentido, cabe destacar que el constitucionalismo democrático expresamente se enfrenta en términos normativos a las teorías conservadoras. Atento lo cual, la discusión quedaría acotada a determinar si el constitucionalismo democrático debe ser entendido como una teoría moderada o radical, pero progresista al fin.

Por supuesto dicha última discusión clasificatoria dependerá de qué entendamos por teoría constitucional sustantiva progresista y qué por teoría constitucional sustantiva conservadora. Al respecto, diremos que por *sustantiva progresista* debe entenderse a toda teoría constitucional que tenga por fin o meta principal, aunque no única ni última, gestar permitir, posibilitar, y/o producir reformas o cambios en los ideales y correlativas prácticas constitucionales y que tiene por sujeto principal de cambio a los ciudadanos, individual o colectivamente considerados. Las teorías *progresistas moderadas* incluyen como fin secundario el de mantener la estabilidad de las normas constitucionales e incluyen como sujetos en diálogo a todos los actores políticos. Las teorías *progresistas radicales* sostienen que el ciudadano tiene la última palabra y los demás actores políticos deben prestar deferencia a sus consideraciones. Por oposición, las teorías constitucionales *sustantivas conservadoras*, tienen por fin o meta principal, aunque no única ni última, mantener, consolidar, y/o proyectar los ideales y correlativas prácticas constitucionales existentes, y tienen por sujeto principal a los jueces. Las teorías *conservadoras moderadas*, incluyen ciertas vías de cambio constitucional (interpretación, reconsideración) y consideran como una voz secundaria a los reclamos populares. Las teorías *conservadoras radicales* sostienen mediante argumentos morales y/o epistémicos que los jueces constituyen los únicos actores principales, siendo la única vía de cambio normativo la reforma constitucional<sup>5</sup>.

Atendiendo a dichos tipos de respuesta y sus matices, buscaremos precisar qué tipo de teoría es el constitucionalismo democrático, es decir en cuál de dichas clasificaciones cabe colocarlo. A los fines de esta empresa, explicitaremos las consideraciones vertidas por los teóricos fundadores de dicha teoría, a saber: R. Post y R. Siegel, así como las precisiones teóricas ofrecidas por uno de sus más conocidos comentaristas latinoamericanos: L. G. Jaramillo. Finalmente ofreceremos nuestras propias consideraciones al respecto.

## V.2. La postura de R. Post y R. Siegel

Por su parte, R. Post y R. Siegel sostienen que su trabajo debe ser definido como de tipo descriptivo o explicativo y no así prescriptivo o normativo. Dichos autores señalan que su objetivo es acotado y consiste en analizar cuál es el método interpretativo de la constitución norteamericana, ofreciendo así un modelo teórico explicativo de cómo realmente funcionan los tribunales estadounidenses (Post y Siegel, 2013: 32, 44)<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Así como pueden clasificarse las teorías constitucionales sustantivas en progresistas y conservadoras, también así puede procederse con las teorías constitucionales interpretativas (POST y SIEGEL, 2013: 9-12).

<sup>6</sup> R. Post y R. Siegel sostienen que “El constitucionalismo democrático describe cómo nuestro ordenamiento constitucional negocia, de hecho, la tensión entre el estado de derecho y el autogo-

Dichos autores sostienen que la vía para determinar cuál es el significado que deben asumir las normas constitucionales es mediante los reclamos sociales y demás demandas o planteos ciudadanos frente a sus representantes electos (Post y Siegel, 2013: 33). En este sentido, R. Post y R. Siegel señalan que la legitimidad de las normas políticas depende de la confianza que los ciudadanos manifiesten en relación a la existencia de sensibilidad democrática por parte del ordenamiento constitucional (Post y Siegel, 2013: 33-34). Los ciudadanos mantendrán su lealtad a dicha norma fundamental en tanto sea posible persuadir a sus conciudadanos y representantes de cuáles valores políticos y qué significados deben adoptarse (Post y Siegel, 2013: 33-34). De este modo, el constitucionalismo democrático se piensa a sí mismo como una instancia teórica explicativa que intenta descifrar cómo puede establecerse una genuina mediación entre los ideales de *sensibilidad popular o democrática* (valores constitucionales propuestos por ciudadanos) y *juridicidad o legitimidad jurídica* (valores constitucionales defendidos por judiciales) (Post y Siegel, 2013: 56-59).

R. Post y R. Siegel señalan que las técnicas interpretativas generales tales como la intención original del legislador, el textualismo, el originalismo, *in dubio pro constitutionem*, no pueden aplicarse acriticamente sino que responden siempre a una determinada concepción constitucional sustantiva. Sin embargo, R. Post y R. Siegel consideran que no es válida la tesis que dice que cada una de dichas técnicas se correlaciona siempre y necesariamente con una de dichas concepciones. Por el contrario, los autores defienden la idea de que una misma técnica puede ser utilizada por distintas concepciones constitucionales sustantivas, incluso opuestas (Post y Siegel, 2013: 38-40). De este modo, R. Post y R. Siegel sostienen que los progresistas deben predicar la unión entre método interpretativo general y perspectiva constitucional sustantiva. El método interpretativo general no debe reemplazar ni obstaculizar la concepción constitucional sustantiva (Post y Siegel, 2013: 40-41).

Dichos autores señalan que el constitucionalismo democrático en tanto concepción constitucional progresista debe ser distinguida de otras dos posturas también progresistas (Post y Siegel, 2013: 43, 51). Por un lado, no coincide con el *constitucionalismo popular*, defendido por autores tales como L. Kramer, y B. Friedman, teoría conforme la cual los ciudadanos son los últimos y únicos intérpretes de la Constitución Nacional. Los representantes políticos deben ser completamente deferentes a dichas interpretaciones, incluso si atender a las mismas implica ir contra los actuales preceptos constitucionales, generando su modificación o reforma. Por el otro, difiere del *minimalismo judicial*, propugnado por consagrados teóricos tales como C. Sunstein, señalan que las cláusulas constitucionales deben ser interpretadas de manera restrictiva por los magistrados, a los fines de evitar una indebida injerencia de los jueces en asuntos que deben definir los poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo)<sup>7</sup>. Así también, como hemos señalado, el constitucionalismo democrático si bien otorga un rol preponderante a los jueces, se opone a aquellas *concepciones constitucionales conservadoras* que

---

bierno. Muestra como el significado constitucional cede a la insistencia de las creencias populares pero al mismo tiempo conserva su integridad como derecho" (POST y SIEGEL, 2013: 47).

<sup>7</sup> Al respecto de las diferencias existentes entre el minimalismo judicial y el constitucionalismo democrático, véase: POST y SIEGEL, 2013: 108-110.



otorgan al Poder Judicial el rol de ser la última y única palabra, y promueven con ello un profuso activismo de la magistratura (Post y Siegel, 2013: 51).

Atento la clasificación efectuada en V.1., R. Post y R. Siegel considera que el constitucionalismo democrático debe ser entendido como una teoría constitucional explicativa-descriptiva, interpretativa-sustantiva, de tipo progresista moderada.

### V.3. La postura de L. G. Jaramillo

A su turno, L. G. Jaramillo señala que el constitucionalismo democrático no constituye una teoría en sentido estricto y por lo tanto tampoco una teoría de la interpretación constitucional, sino que debe ser definido como una concepción constitucional amplia o general (Post y Siegel, 2013: 12). En otras palabras, según L. G. Jaramillo el constitucionalismo puede ser definido como un movimiento que no sólo tiene pretensiones descriptivas, sino también normativas (Post y Siegel, 2013: 14). En apoyo de esta última tesis, L. G. Jaramillo sostiene que el constitucionalismo democrático defiende ciertos valores o principios políticos constitucionales, entre ellos el de frenos y contrapesos entre poderes constituidos (Post y Siegel, 2013: 15). Otros principios normativos defendidos por el constitucionalismo democrático serían los siguientes: dignidad humana, pluralismo político, igualdad material y solidaridad (Post y Siegel, 2013: 15).

L. G. Jaramillo, destaca que conforme R. Post y R. Siegel, el constitucionalismo democrático se asienta sobre dos criterios normativos centrales, a saber: a) legitimidad; y b) sensibilidad democrática (Post y Siegel, 2013: 34). El primero de ellos (legitimidad), se conecta con el principio de estado de derecho, el cual a su vez se compone de los estándares de legalidad y seguridad jurídica, y sostiene que toda norma o medida política debe ser conteste con la constitución nacional. El segundo criterio (sensibilidad), parte de una perspectiva popular de los valores constitucionales y sostiene que los diseños institucionales de la constitución deben ser sensibles a los reclamos, demandas y planteos de la ciudadanía (Post y Siegel, 2013: 12). En otras palabras, L. G. Jaramillo sostiene que el constitucionalismo democrático debe resguardar la relación indisoluble entre los pares ordenados *democracia política* y *derechos fundamentales* (Post y Siegel, 2013: 14).

El constitucionalismo democrático propone el diálogo entre poderes constituidos y ciudadanía, rechazando la tesis de que el Poder Judicial posee la última y la única palabra en materia de interpretación de derechos. Sin embargo, otorga al Poder Judicial un rol preponderante en la traducción de reclamos sociales en derecho positivo e incluso defiende el control judicial de constitucionalidad (Post y Siegel, 2013: 14). En dicho entendimiento, se sostiene que el Poder Judicial debe invalidar o anular toda norma o medida política que vaya contra aquellos principios políticos defendidos por el constitucionalismo democrático. Esta última labor, debe realizarse incluso si dicha norma o medida ha contado o cuenta con el respaldo de una mayoría democrática de ciudadanos (Post y Siegel, 2013: 15). Desde la perspectiva del constitucionalismo democrático, el control judicial de constitucionalidad, es uno entre varios controles, y no se erige en la única ni última voz en materia de sanción e interpretación constitucional (Post y Siegel, 2013: 19)<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Al respecto, cabe preguntarse: ¿cuáles son las razones que pueden esgrimirse a favor de dicho rol preponderante del Poder Judicial en el contexto latinoamericano? L. G. Jaramillo sostiene que los

Atento la clasificación efectuada en V.1., L. G. Jaramillo considera que el constitucionalismo democrático debe ser entendido como un movimiento constitucional, normativo-prescriptivo, sustantivo, de tipo progresista moderado.

#### V.4. Nuestra postura

Coincidimos con R. Post y R. Siegel en que el constitucionalismo constituye una teoría constitucional, de tipo progresista, democrática y que postula un tipo de interacción política dialógica. Al respecto de esta precisión, consideramos suficientes las consideraciones vertidas en V.2. y V.3. Sin embargo, frente a la discusión acerca de si el constitucionalismo democrático constituye una teoría meramente explicativa-descriptiva, o también normativa-prescriptiva, optamos junto con L. G. Jaramillo por la segunda de dichas opciones. En este sentido, resulta evidente que además de describir las concepciones interpretativas conservadora y progresista, R. Post y R. Siegel toman postura por una de ellas, la progresista, ofreciendo claros argumentos normativos en su defensa. Más precisamente, dichos autores asumen una particular concepción normativa de los siguientes conceptos: constitución, derecho, política, democracia, control de constitucionalidad, legitimidad, entre otros (Post y Siegel, 2013: 33-36, 43-60).

Por otro lado, en lo referido a la discusión acerca de si el constitucionalismo democrático debe considerarse una teoría meramente interpretativa, interpretativa-sustantiva, o bien puramente sustantiva consideramos que la segunda de dichas opciones es la correcta. Al respecto, los autores sostienen que a los fines de que se imponga la postura progresista que defienden no alcanza con asumir una determinada teoría de la interpretación constitucional sino que también debe adoptarse una concepción constitucional sustantiva (Post y Siegel, 2013: 32)<sup>9</sup>.

En tercer lugar, queda por clarificar si el progresismo propugnado por el constitucionalismo democrático asume tintes moderados o radicales. En este aspecto resulta claro que dicha teoría adhiere a un progresismo moderado. En defensa de esta afirmación puede señalarse que: a) se le brinda un rol principal a los jueces como intermediarios entre los significados populares y los significados profesionales de las normas constitucionales; y b) se rechaza la concepción constitucionalista populista, la cual propugna que los poderes constituidos deben ser siempre deferentes a las opiniones ciudadanas.

Finalmente, atento la clasificación conceptual efectuada anteriormente (V.1.), asumiremos la tesis de que el constitucionalismo democrático debe ser entendido como una teoría constitucional, explicativa-descriptiva y normativa-prescriptiva, interpretativa-sustantiva, de tipo progresista moderada.

---

magistrados nos protegen a los derechos constitucionales de los abusos de poder efectuados por: a) pequeños en número pero muy poderosos grupos corporativos de interés; y b) decisiones populares mayoritarias irrazonables (POST y SIEGEL, 2013: 15-16). Ahora bien, ¿en qué consiste dicho contexto? L. G. Jaramillo señala que nuestras democracias constitucionales padecen, al menos dos males, a saber: a) las normas emitidas por el Poder Legislativo en reiteradas ocasiones vulneran principios constitucionales; y b) el Poder Ejecutivo es ineficiente e ineficaz en su tarea de garantizar la plena observancia de los derechos fundamentales (POST y SIEGEL, 2013: 17).

<sup>9</sup> En refuerzo de nuestra tesis de que el constitucionalismo democrático constituye *una teoría tanto descriptiva como normativa* pueden citarse el siguiente pasaje de la obra de R. Post y R. Siegel: "Los progresistas, por lo tanto, necesitan más que una teoría acerca de la elusión del conflicto constitucional; necesitan una teoría sobre cómo proteger los ideales constitucionales en condiciones de conflicto constitucional. Más aún, necesitan ideales constitucionales sustantivos" (POST y SIEGEL, 2013: 49).

## VI. ¿Satisface el constitucionalismo democrático los estándares normativos de la democracia deliberativa?

Una vez descripta la teoría que hemos dado en llamar constitucionalismo democrático cabe atender a un tercer interrogante, a saber: *¿cumple el mismo con los estándares normativos de corrección impuestos desde una concepción deliberativa liberal amplia de la democracia?* Dicha incógnita admite ser respondida desde dos perspectivas disímiles. Desde una *perspectiva normativa ideal*, nuestra respuesta ante el mismo es negativa. Aunque desde una *perspectiva normativa no ideal* caben formular ciertos matices o reparos considerables. Veamos entonces con algo más de detalle a qué nos referimos.

En primer lugar, desde una *perspectiva normativa ideal*: ¿cuáles son las razones que permiten justificar dicha respuesta negativa? ¿Cuáles son los estándares normativos *ideales* incumplidos? En respuesta a este último interrogante, consideramos que pueden formularse, al menos, cuatro argumentos, a saber:

### 1. La democracia deliberativa rechaza el sistema de frenos y contrapesos.

En primer lugar, el constitucionalismo democrático se propone a sí mismo como una concepción constitucional dialógica, sin embargo no desafía la concepción agonista del poder propio del constitucionalismo del siglo XIX que usualmente conocemos como el sistema de frenos y contrapesos impreso en las constituciones liberales de aquella centuria (Gargarella, 2014: 152). El respeto y valoración de dicho esquema normativo agonista, vuelve a la pretensión cooperativa y dialógica del constitucionalismo democrático, como una postulación retórica, incoherente o inconsistente. La democracia deliberativa requiere para su existencia y estabilidad de un diseño institucional en el que los poderes constitutivos tengan el deber de intercambiar argumentos y no así el de atacarse unos a otros (Gargarella, 2014: 122). Ello permitirá el surgimiento de prácticas políticas inter-poderes dialógicas perdurables en el tiempo. Por supuesto que la democracia deliberativa requiere controles mutuos, pero ello no en clave agonística sino dialógica (Gargarella, 2014: 123).<sup>10</sup>

### 2. La democracia deliberativa se opone a una concepción colectivista de sujeto democrático y a la idea de ethos democrático.

En segundo lugar, el constitucionalismo democrático se sustenta sobre la existencia de un particular ethos o nomos democrático propio de cada sociedad o comunidad política que expresa una específica identidad nacional, se halla inscripta en su derecho positivo, y puede adjudicarse a un sujeto colectivo, al que usualmente se denomina *pueblo*.

El hecho de hacer depender la aceptabilidad o legitimidad de ciertas normas o medidas políticas de su adecuada correspondencia con un determinado ethos común resulta controversial desde una concepción de la democracia cuyo sujeto es individual y no grupal. Como bien lo ha indicado Gargarella, recordando las teorizaciones de C. S. Nino, la democracia deliberativa es una concepción democrática individualista (no colectivista) (Gargarella, 1995: 1-3).

<sup>10</sup> Desde este enfoque deliberativo, las innovaciones pequeñas o cambios de diseño institucional menores que pretendan volver al sistema constitucional más dialógico, no producirán efectos positivos suficientes a menos que se cambie la lógica agonista general por una argumentativa. Es decir, que todo mecanismo de diálogo inter-poderes que se inserte en un marco constitucional agonístico tendrá efectos deliberativos limitados, escasos, o nulos (GARGARELLA, 2014: 123).

Por otro lado, la idea de *nomos*, *éthos* o identidad nacional no sólo resulta objetable atento parte de una concepción colectivista de democracia, sino también debido a que asume una concepción política comunitarista. Al respecto de las *objeciones deliberativas* dirigidas a la concepción política comunitarista, pueden destacarse las siguientes: i) adhiere a una noción perfeccionista de las nociones de: ciudadano, política, y bien común; ii) asume una concepción constructivista ontológica acerca de la legitimidad política de las normas medidas o instituciones políticas, lo cual resulta consistente con adoptar la tesis de la infalibilidad moral de las decisiones políticas populares; iii) defiende el relativismo cultural en tanto teoría metaética de la justicia, ya que señala que la corrección moral del contenido de las medidas y normas políticas depende de cada sociedad o cultura y no puede ser medido por criterios universales aptos para todo tiempo y lugar; y iv) promueve la continuidad del *estatus quo* político, adoptando así una perspectiva conservadora de la política, ya que impide que ciertos grupos minoritarios desafien aquellas prácticas, convenciones o reglas sociales adoptadas por la mayoría en conformidad con el ser nacional (Nino, 2013: 24-28, 50-51).

3. *La legitimidad democrática deliberativa de una norma depende de los argumentos públicamente discutidos y no de la mera suma de las opiniones ciudadanas.*

En tercer lugar, el constitucionalismo democrático considera que el concepto de autoridad democrática se desdobra en dos requisitos: sensibilidad democrática y legitimidad jurídica. El primero, es de tipo empírico, se conecta con la noción de pueblo, e implica que las instituciones detecten adecuadamente cuáles son los reclamos y creencias que los ciudadanos tienen sobre el desempeño de sus representantes. El segundo, es normativo, se relaciona con la noción de Constitución, y señala que ante todo reclamo ciudadano existen límites normativos impuestos por la constitución y demás normas infraconstitucionales que no deben ser sobrepasados. Si bien el constitucionalismo democrático propone una relación de complementariedad entre ambos requisitos, sin embargo sostiene la preeminencia del criterio de sensibilidad democrática (empírico) por sobre el de legitimidad jurídica (normativo).

De este modo la deliberación en tanto intercambio argumentativo, intersubjetivo, dialógico, entre ciudadanos, en cuanto proceso de discusión moral abierto, autocorrectivo, es eliminado de ambos requisitos o estándares. En otras palabras, el constitucionalismo democrático no incorpora la deliberación ni como *input* normativo de la noción de legitimidad política ya que defiende una concepción jurídica de legitimidad en tanto correspondencia; ni como *input* empírico de la noción de sensibilidad democrática, en tanto estándar empírico de identificación y recepción de los reclamos sociales concretos. Atento lo cual, dicha concepción jurídica de legitimidad, vuelve a la tesis del constitucionalismo democrático de que el derecho tiene por fuente real a la política, una postulación retórica, incoherente o inconsistente.

A su vez, las nociones de *sensibilidad democrática* y *legitimidad jurídica*, propuestas por el constitucionalismo democrático, confunden la necesaria distinción entre legitimación (concepto empírico) y legitimidad (concepto normativo). Por un lado, la legitimación (legitimidad subjetiva) mide la estabilidad y funcionalidad del sistema político, y se alcanza cuando existe la creencia ciudadana generalizada de que los gobernantes y sus directivas se hallan moralmente

justificados (Nino, 1992: 570, 619-621). La democracia desde esta perspectiva es vista como un instrumento para alcanzar el fin de la estabilidad. Por otro lado, la legitimidad (legitimidad objetiva) se emparenta con el *punto de vista interno hartiano*, que adoptan los ciudadanos frente a las normas, en relación a las cuales se sienten afectados y obligados (Nino, 1992: 619-620). La legitimidad, constituye aquel conjunto de razones normativas que permiten justificar moralmente un régimen político democrático (Nino, 1992: 570-571, 619-620). Desde una *concepción deliberativa liberal amplia*, el concepto de *legitimidad* posee prioridad lógica por sobre el de *legitimación*, en tanto el problema político más trascendental desde esta perspectiva no reside en la legitimidad subjetiva, sino en la legitimidad objetiva.

Así también la concepción de sensibilidad democrática asumida por el constitucionalismo democrático evidencia que dicha teoría asume *una concepción especular de la política*. Dicha concepción defiende las siguientes tesis normativas: a) la legitimidad constituye un criterio empírico acerca del triunfo de un determinado *nosotros* sobre un *ellos*, que resulta del enfrentamiento de ambos; b) el ámbito político público constituye una esfera dependiente, refleja, de las creencias e intereses de ciertos grupos políticos; y c) lo relevante es el resultado (la medida adoptada), no así el procedimiento ni la calidad de los argumentos que la justifican<sup>11</sup>. La adopción de dicha concepción especular de la democracia *pareciera indicar* que el constitucionalismo democrático asume *una concepción pluralista de la democracia*, conforme la cual para determinar cuál medida adoptar deben agregarse las preferencias políticas de los ciudadanos y ver qué indica la mayoría. Dichas preferencias son consideradas como dadas (Nino, 1997: 116-124). Por oposición, la democracia deliberativa considera que las preferencias pueden transformarse durante el debate público, atento deben ser definidas durante la reflexión política pública y no en instancias previas (Gargarella, 2010: 34). Conforme R. Gargarella, la mera agregación de las preferencias implica reproducir, proyectar, mantener, y garantizar el *estatus quo* político (Gargarella, 2010: 36). En palabras del autor, implica "...convertir las injusticias históricas en injusticias legítimas" (Gargarella, 2010: 38).

#### 4. La democracia deliberativa otorga un rol menos protagónico a los jueces.

Por último, en cuarto lugar, consideramos que el constitucionalismo democrático al otorgar un rol fundamental a los jueces en el proceso de traducción de los reclamos sociales en derecho positivo, coloca: 1) a los derechos fundamentales por sobre el procedimiento democrático; y 2) a las consideraciones efectuadas por los magistrados por encima de las vertidas por los miembros del Poder Legislativo y Ejecutivo. En otras palabras, resulta inconsistente defender ambas tesis y a la vez defender las siguientes tesis: a) el valor supremo de las creencias constitucionales de los ciudadanos, por sobre las creencias de los profesionales del derecho; y b) la necesidad de adoptar una concepción constitucional coo-

<sup>11</sup> En contraposición, la concepción democrática deliberativa asume una concepción reflexiva de la política, atento: a) considera que la legitimidad constituye un criterio normativo acerca de la corrección moral de una medida política, que resulta de un procedimiento cualitativo de deliberación; b) el ámbito político público constituye una esfera independiente de la esfera privada y se compone de intereses públicos de los ciudadanos; y c) lo relevante es tanto el resultado (la medida adoptada), como el procedimiento y calidad de los argumentos que la justifican.

perativa entre poderes constituidos<sup>12</sup>. Así también, cabe señalarse que el Poder Judicial no constituye el receptor por excelencia de los reclamos sociales colectivos. Muy por el contrario, los poderes Legislativo y Ejecutivo son mucho más capaces de identificar y receptor los distintos reclamos ciudadanos. El planteo de reclamos sociales colectivos frente al Poder Judicial debe ser pensado como una opción de *última ratio*, ante el caso de incumplimiento de sus funciones por parte de los otros dos poderes (Ejecutivo y Legislativo).

En segundo lugar, desde una *perspectiva normativa no ideal*: ¿cuáles son las razones que permiten matizar o moderar dicha respuesta negativa? ¿Cuáles son los estándares normativos *no ideales* cumplidos? En respuesta a este último interrogante, consideramos que también pueden formularse, al menos, cuatro argumentos, a saber:

1) *Las contingentes virtudes deliberativas del sistema de frenos y contrapesos.*

Para matizar la primera objeción, puede esgrimirse un argumento normativo no ideal, que señala que todo diseño institucional debe atender al factor contextual. En este sentido, el constitucionalismo democrático está pensado como teoría apta para: a) un sistema de derecho de tradición anglosajona (*common law*) en el cual rige la regla de acatar lo decidido en el precedente judicial anterior, salvo excepción fundamentada (*stare decisis*); y b) un sistema de gobierno no hiper-presidencialista, en el que el sistema de frenos y contrapesos permite cierta interacción más o menos armónica entre poderes constituidos. En este contexto jurídico específico, debemos reconocer que la propuesta del constitucionalismo democrático de poner en diálogo a las opiniones de los juristas, expertos y profesionales del derecho, con las emitidas por los ciudadanos comunes, constituye un gran avance teórico en comparación con el concepto pasivo y restringido de ciudadanía ofrecido por las concepciones democráticas conservadora, elitista y pluralista, avance que acerca un poco más al sistema norteamericano al ideal democrático deliberativo (Post y Siegel, 2013: 23, 51-53, 58-59, 71).

2) *La ciudadanía como actor principal del proceso deliberativo y el ethos democrático como expresión de un ideal político de bien común.*

La segunda objeción formulada se justifica en la idea de que la democracia deliberativa en tanto ideal regulativo presupone: a) un sujeto individual, a saber: el ciudadano; y b) un escenario político signado por el pluralismo político. Sin embargo, no es menos cierto que dicho ideal democrático reconoce la importancia de que: a) los ciudadanos individuales tomen conciencia de que las normas y medidas políticas deben deliberarse y sancionarse tras un proceso intersubjetivo colectivo; y b) para lidiar con los profundos, persistentes, e inerradicables desacuerdos propios del pluralismo político, dichas normas y medidas políticas deben tener por horizonte normativo un nomos o idea política no perfeccionista, más o menos flexible y provisoria de interés colectivo. En este sentido, cabe destacar el énfasis puesto por el constitucionalismo democrático en la importancia de que la ciudadanía tome conciencia de sí misma en tanto agente

<sup>12</sup> Cabe aclarar que la democracia deliberativa no está necesariamente comprometida con una teoría constitucional interpretativa específica. Sin embargo, el ideal democrático deliberativo difiere e incluso rechaza ciertas teorías constitucionales sustantivas. Entre estas últimas puede mencionarse a las siguientes: elitista, conservadora, pluralista, poliárquica, procedimental pura, popular. En defensa de esta tesis normativa puede citarse a la siguiente obra: GARGARELLA, 2012: Caps. 2-6.

colectivo, y se aboque a la búsqueda de intereses políticos más o menos comunes (Post y Siegel, 2013: 33-34, 50).

3) *La relevancia de considerar los intereses y opiniones de los ciudadanos.*

La tercera objeción, señala que el constitucionalismo democrático no incorpora expresamente a la deliberación democrática como la actividad política por excelencia, mediante la cual se debe justificar la sanción de toda norma o medida política, y que a su vez se contenta con reflejar irreflexivamente las opiniones ciudadanas. Sin embargo, cabe advertir que el constitucionalismo democrático de R. Post y R. Siegel no rechaza explícitamente la deliberación democrática, y que mediante el concepto especular de sensibilidad democrática intenta superar: a) la concepción estática y pasiva de ciudadano; y b) las concepción negativa del desacuerdo político, que procura su evitación o anulación; ambas premisas defendidas por las concepciones democráticas conservadora, elitista, y pluralista (Post y Siegel, 2013: 24-25, 34, 45-49, 56-57).

4) *El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*

La cuarta objeción, presupone que en el proceso de construcción de los significados jurídicos válidos, el ideal democrático deliberativo asigna un rol preponderante a los argumentos ciudadanos por sobre los de quienes ocupan cargos en los poderes constituidos. La crítica aquí al constitucionalismo democrático se debe a que este último otorga un rol preponderante a los jueces en el proceso de transformación de los reclamos sociales en derecho positivo. No obstante, desde un enfoque no ideal, y bajo ciertas circunstancias favorables difíciles de alcanzar, los magistrados sí pueden generar, promover, y hasta mejorar las condiciones previamente existentes para la deliberación democrática. La objeción formulada desde un enfoque ideal, se matiza aún más considerando: a) la especial preparación argumentativa que poseen los magistrados, en el marco de sistemas de *common law*, tal como el adoptado por el sistema norteamericano; y b) el explícito rechazo del constitucionalismo democrático a la adopción de un sistema de control judicial rígido, donde los jueces tengan la última y única palabra (Post y Siegel, 2013: 18-19).<sup>13</sup>

## VII. Conclusión

El presente trabajo ha tenido por objeto principal de análisis cuatro interrogantes centrales. Los primeros dos interrogantes han sido formulados de la siguiente manera: 1) ¿Qué tipo de conexión normativa existe entre los conceptos de constitución y democracia?; y 2) ¿cuáles son las restricciones normativas que una concepción democrática deliberativa impone a toda concepción constitucional?

En respuesta a dichos dos interrogantes, hemos asumido dos hipótesis correlativas: 1) existe una conexión normativa de mutuo condicionamiento en-

<sup>13</sup> La particular concepción que el constitucionalismo democrático asume del rol judicial está enmarcada en un sistema de *common law*, donde impera el *stare decisis*, con lo cual las posibilidades de cambio de los significados constitucionales, se vuelven nulas o escasas, sea por vía interpretativa o de reforma. Esta fuerte restricción al cambio, actualmente existente en la práctica jurídica norteamericana, va contra la pretensión del constitucionalismo democrático de receptar adecuadamente los reclamos sociales y transformarlos mediante sentencias judiciales en derecho positivo. En este marco, la propuesta del constitucionalismo democrático de incorporar los significados otorgados por los ciudadanos comunes a las constitucionales es de suma relevancia (POST y SIEGEL, 2013: 51-53).

tre los ideales normativos de democracia y constitución (apart. II); y 2) la adopción de una concepción deliberativa de democracia impone el cumplimiento de ciertos estándares normativos específicos para toda concepción constitucional. Al respecto, hemos sostenido que dichos estándares políticos son los siguientes: legitimidad, sujeto, e interacción, y deben ser interpretados a la luz de una *concepción deliberativa liberal amplia* (apart. III). Así también hemos brindado numerosas razones en defensa de la adopción de dicha concepción (apart. IV).

En dicho marco teórico, es que Robert Post y Reva Siegel han defendido recientemente (2013) una nueva concepción constitucional a la que han denominado *constitucionalismo democrático* (apart. V). Ante dicha nueva teoría emergen nuestro tercer y cuarto interrogantes, a saber: 3) ¿Qué tipo de teoría es el constitucionalismo democrático?; y 4) ¿cumple dicha teoría con los estándares normativos impuestos desde una concepción deliberativa de la democracia?

Frente a dichos tercer y cuarto interrogantes asumimos una tercera y cuarta hipótesis: i) el constitucionalismo democrático constituye una teoría constitucional interpretativa-sustantiva, de tipo progresista moderada (apart. V.4); y ii) desde una perspectiva normativa ideal dicha teoría constitucional no cumple con ciertos estándares democráticos deliberativos, aunque desde una perspectiva normativa no ideal cabe formular ciertos reparos o matices a dicho incumplimiento (apart. VI).

De este modo, desde una *perspectiva normativa no ideal*, consideramos que las objeciones formuladas al constitucionalismo democrático, deben relativizarse, moderarse, o bien matizarse. En este entendimiento, pueden identificarse al menos *cinco (5) atractivos* propios de dicha teoría, a saber: 1) su propuesta de considerar las opiniones ciudadanas como un requisito fundamental para la definición de los significados de las normas constitucionales; 2) el rechazo de esquemas rígidos de reforma constitucional y de sistemas de control constitucional con supremacía judicial; 3) la necesidad de diseñar las instituciones, normas y medidas políticas teniendo en consideración el específico contexto político al cual desea aplicarse; 4) su rechazo de la tesis conforme la cual el derecho debe ser políticamente neutral, la cual es coherente con su correlativa defensa de la tesis de la existencia de una fuerte interrelación entre derecho y política; y 5) su propuesta de que las instituciones, normas y medidas políticas sean orientadas hacia un determinado *ethos* o bien común, de tipo político, no moral comprensivo, ni perfeccionista político.

Sin embargo, así también advertimos que a los fines de respetar y promover adecuadamente el valor político de *autogobierno ciudadano*, el constitucionalismo democrático debe incorporar explícitamente los estándares normativos ideales impuestos desde una concepción democrática deliberativa. Si y sólo si, el constitucionalismo democrático apunta a dicho ideal regulativo como horizonte normativo de sentido, es que permitirá pergeñar diseños institucionales políticamente legítimos. En este sentido, pueden formularse desde una concepción democrática deliberativa ideal, al menos, *cuatro (4) advertencias* al constitucionalismo democrático, a saber: 1) No sólo debe incluir las opiniones de los ciudadanos sino también evaluar el proceso de formación de tales opiniones, a los fines de identificar y subsanar deficiencias en dicho proceso. Al respecto, es bien sabido, que los ciudadanos en reiteradas ocasiones construyen sus opiniones bajo circunstancias empíricas y normativas inadecuadas para un pleno ejer-



cicio de su potestad de autogobierno democrático; 2) Las opiniones ciudadanas no deben tomarse como dadas, naturales, externas, o inmodificable, no deben meramente sumarse, agregarse, o bien acomodarse, sino que deben poder modificarse, transformarse, o resignificarse en el marco de un genuino proceso de discusión política; 3) No toda institución, medida o norma política que responda a las creencias y opiniones ciudadanas mayoritarias debe considerarse democráticamente legítima. Es sumamente necesario considerar la calidad de los argumentos esbozados por quienes integran la minoría, atento su razonabilidad podría justificar la modificación parcial o total del rumbo político trazado por la mayoría; y 4) Ninguna institución, medida o norma política impuesta en respuesta a las creencias y opiniones ciudadanas mayoritarias debe considerarse infalible. Es sumamente necesario considerar la calidad epistémica del proceso y resultados de la deliberación democrática, atento los argumentos expuestos en el debate así como los plasmados en los resultados pueden adolecer de defectos lógicos, empíricos, o normativos.

Finalmente, cabe destacar que el presente trabajo adhiere a una perspectiva epistemológica constructivista, conforme la cual la validez de las hipótesis aquí esgrimidas debe determinarse atendiendo a un criterio intersubjetivo de corrección conceptual. Atento lo cual, las mismas deben ser consideradas conceptualmente provisionales. En otras palabras, su validez dependerá de que superen exitosamente las futuras críticas explicitadas en aquellos trabajos que las adopten como objeto de análisis.

## Bibliografía

- ARANGO, R., (2007), *Filosofía de la democracia: fundamentos conceptuales*, Siglo del Hombre, Bogotá.
- ARRIMADA, L. (2011), "La democracia como precondition del constitucionalismo: prácticas democráticas y reforma constitucional", en *La Constitución en 2020*, GARGARELLA, R. (coord.), Siglo XXI Editores, pp. 232-239.
- DRYZEK, J. (2000), *Deliberative Democracy and Beyond*, Oxford U. P., Oxford.
- DWORKIN, R. (1986), *Laws's Empire*, Harvard U. P., Cambridge.
- GARGARELLA, R. (1995), "El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo. Algunas notas teóricas y una mirada sobre el caso de la Argentina", *Revista Sociedad*, (6), pp. 1-17.
- (2010), "Constitucionalismo versus democracia", en GARGARELLA, R. (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 23-40.
- (2011), *La justicia frente al gobierno Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, CEDEC, Pensamiento Jurídico Contemporáneo N° 3, Quito.
- (comp.), (2014), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- GUTMANN, A., y THOMPSON, D. (1996), *Democracy and Disagreement*, Harvard U.P., Harvard.
- GUTMANN, A., y THOMPSON, D. (2004), *Why deliberative democracy?*, Princeton U.P., Princeton.
- HABERMAS, J. (1998), *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, Cambridge.

- HOLMES, S. (1999), "El Precompromiso y la paradoja de la democracia", en ELSTER J. y SLAGTAD, R., *Constitutionalismo y democracia*, F.C.E, México, pp. 217-262.
- KYMLICKA, W. (2002), *Contemporary Political Philosophy. An introduction*, segunda edición, Oxford U. P., Oxford.
- MACCORMICK, N. (1989), "Constitutionalism and democracy", en *Aktuelle Problem der le Demokratie*, pp. 17-28.
- MARTÍ, J. L. (2006), *La República deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid.
- NINO, C. S. (1992), *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires.
- (1997), *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.
- (2013), *Una teoría de la justicia para la democracia*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- OVEJERO, F. (2008), *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanism*, Katz, Madrid.
- PARKINSON, J., y MANSBRIDGE, J., et al. (2012), *Deliberative Systems*, Cambridge U. P., Cambridge.
- POST, R., y SIEGEL, R. (2013), *Constitutionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- RAWLS, J. (1996), *Political Liberalism*, Oxford U. P., Oxford.
- WALDRON, J. (1999), *Law and disagreement*, Oxford U. P., Oxford.

