

Habermas, Nino, la Democracia Deliberativa y el Estado de Derecho. Similitudes y diferencias conceptuales en torno a una Teoría Política

Habermas, Nino, Deliberative Democracy and the Rule of Law. Conceptual similarities and differences about a Political Theory

Prono, Santiago

Santiago Prono*

sprono@fcjs.unl.edu.ar

Universidad Nacional del Litoral, Argentina

PAPELES del Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL Universidad Nacional del Litoral, Argentina

ISSN: 1853-2845

ISSN-e: 2591-2852

Periodicidad: Semestral

vol. 18, núm. 28, 2024

papelesdelcentro@fcjs.unl.edu.ar

Recepción: 15 Abril 2024

Aprobación: 22 Mayo 2024

DOI: <https://doi.org/10.14409/pc.2024.28.e0042>



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional

Resumen: Tradicionalmente se considera a la teoría de la democracia deliberativa como una teoría “de raigambre alemana” a partir de los trabajos del filósofo alemán Jürgen Habermas. El presente trabajo discute esta afirmación señalando que los aportes del filósofo argentino Carlos S. Nino constituyen, también, un aporte igualmente original en lo que respecta a la definición de esta concepción teórica de la democracia. Para fundamentar esta tesis se analizan ambas propuestas teóricas, explicitando sus fundamentos filosóficos y la complementación (en términos tanto de similitudes conceptuales como así también de las evidentes diferencias) en lo que respecta a los aportes que desde este marco teórico pueden realizarse para el mejoramiento de la calidad democrática del Estado de derecho. La idea general es contribuir al reconocimiento de la propuesta de Nino en el marco filosófico-político de la democracia deliberativa.

Palabras clave: Habermas – Nino - Democracia deliberativa - Estado de derecho - Control Judicial.

Abstract: Traditionally, the theory of deliberative democracy is considered to be a theory “with German roots” based on the works of the German philosopher Jürgen Habermas. This paper discusses this assertion by pointing out that the contributions of the Argentine philosopher Carlos S. Nino also constitute an equally original contribution to the definition of this theoretical conception of democracy. To support this thesis, both theoretical proposals are analyzed, explaining their philosophical foundations and complementarity (in terms of both conceptual similarities and evident differences) with regard to the contributions that can be made from this theoretical framework for the improvement of the democratic quality of the rule of law. The idea is to contribute to the recognition of Nino’s proposal in the philosophical-political framework of deliberative democracy.

Keywords: Habermas – Nino - Deliberative democracy - Rule of law - Judicial control

1. Introducción

En 1992 Jürgen Habermas publica en Frankfurt la primera edición de su principal obra filosófico-política y jurídica, *Facticidad y validez*.¹ Cuatro años más tarde aparece publicado por la Yale University Press el libro de Carlos Santiago Nino sobre *La constitución de la democracia deliberativa*. Ambas propuestas, no siempre valoradas teóricamente en igual medida, constituyen dos de los principales y, ciertamente, más importantes desarrollos sobre la teoría de la democracia deliberativa, una de las teorías más reconocidas (y discutidas) en el ámbito de la filosofía política contemporánea. Se tratan, aquellos, de planteos teóricos novedosos que analizan esta concepción deliberativa de la democracia, y respecto de los cuales es posible identificar un “paralelismo” conceptual en los dos sentidos del término, porque si bien comparten algunos rasgos conceptuales de sus respectivos enfoques, al mismo tiempo se plantean algunas diferencias que los mantienen separados, lo cual impide establecer una identificación sistemática entre ambas propuestas. El interrogante que aquí se plantea, entonces, es “¿en qué sentido, si acaso, corresponde establecer una relación teórica entre estas dos concepciones de la democracia y del Estado de derecho?” El presente trabajo se propone responder a esta cuestión, en primer lugar, explicitando el tipo de conexión que en efecto cabe establecer entre Habermas y Nino a partir de identificar determinados rasgos teóricos que subyacen a los respectivos planteos, que, en parte, parecen conformar una misma base conceptual respecto de la democracia. Ahora bien, y en segundo lugar, también resulta necesario explicitar las diferencias que los distinguen, manifestadas en los respectivos aportes al Estado democrático de derecho, para lo cual se analizará el problema de la justificación del control judicial de constitucionalidad. El objetivo general, es explicitar el alcance de la novedad teórica y del consecuente desarrollo conceptual que es posible atribuir al planteo de Nino respecto de la democracia deliberativa (no siempre adecuadamente reconocido²), en especial teniendo en cuenta el citado tema del constitucionalismo.

El siguiente es el plan de trabajo propuesto para alcanzar el objetivo señalado. Luego de una primera presentación general de la teoría política de Habermas y de Nino (2.), y la consecuente explicitación de los presupuestos filosóficos asumidos por ambos autores respecto de la democracia deliberativa (3.), se explicitan y evalúan los respectivos aportes al Estado de derecho teniendo en cuenta el problema de la justificación del control judicial de constitucionalidad de normas democráticamente sancionadas (4.). Las reflexiones finales consisten simplemente en un resumen de los argumentos planteados y sus implicancias teóricas para los resultados obtenidos (5.).

2. La democracia deliberativa según Habermas y Nino: una presentación general

Habermas entiende a la democracia deliberativa en términos esencialmente intersubjetivos. Se trata de una propuesta teórica según la cual las decisiones colectivamente vinculantes tienen que ser resultado de un procedimiento de deliberación racional, en el que los/as participantes se comprometen a interactuar intentando alcanzar consensos racionalmente motivados como resultado de aceptar como válida la “fuerza de coacción” que ejercen los mejores argumentos. Naturalmente, tal clase de consensos no opera solamente como un horizonte que se pretende alcanzar, en el sentido de una idea regulativa, sino

también como una idea constitutiva de tal procedimiento, porque los/as interlocutores/as participantes del referido procedimiento lo hacen reconociendo implícitamente como válidos una serie de acuerdos que regulan la interacción lingüística. Esta clase de acuerdos refiere tanto al significado de las expresiones lingüísticas que se plantean, como así también, y esto resulta especialmente relevante en el ámbito democrático (pero no solamente), a las implicancias inherentes al rol desempeñado por los/as participantes (técnicamente, “interlocutores discursivos”), entre las que pueden señalarse principios como los de igualdad³, libertad, respeto recíproco, y demás reglas de simetría, y cuya explicitación permite identificar una específica relación entre política y moral, tema este de fundamental importancia en la reflexión filosófico-política.

La teoría habermasiana de la democracia por supuesto no se limita al análisis de las implicancias prácticas, o “pragmáticas” propias del uso argumentativo del lenguaje, sino que también alcanza a temas relativos al ordenamiento institucional, y las relaciones entre los ámbitos formales, constitucionalmente diseñados para adoptar decisiones colectivamente vinculantes (Parlamento, Poder Ejecutivo, etc.) y los espacios informales de la política, representados por la opinión pública y las diversas organizaciones de la sociedad civil. De este modo se abre el camino para la reflexión teórica de temas esenciales de la Filosofía política, como el poder, la legitimidad, o la soberanía, entre otros, siempre en el marco de una concepción teórica de la democracia cuyo principio fundamental es el principio del discurso, según el cual “sólo son válidas las decisiones a las que todos los posibles afectados puedan dar su asentimiento como participantes en discursos racionales” (Habermas, 1994: 138).

En el caso de Nino, este autor ha analizado esta teoría política a partir del valor epistémico que la misma expresa. El jusfilósofo argentino subrayaba, una y otra vez, la corrección moral de las decisiones políticas adoptadas conforme al procedimiento de deliberación racional inherente a este marco teórico, que justifica la pretensión de imparcialidad de tales decisiones así adoptadas, lo cual se complementa a su vez con el reconocimiento y la atribución de cierto carácter instrumental a esta concepción deliberativa de la democracia. En efecto, según Nino, “un proceso de discusión moral con cierto límite de tiempo dentro del cual una decisión mayoritaria debe ser tomada, tiene mayor poder epistémico para ganar acceso a decisiones moralmente correctas que cualquier otro procedimiento de toma de decisiones colectivas” (2003a: 168, cfr. 159). Dicho rasgo parcialmente instrumental se evidencia también cuando el jusfilósofo consideraba los atributos inherentes a estos procesos decisorios, señalando que por su intermedio es posible identificar el conocimiento de los intereses de las partes involucradas, o detectar y corregir errores fácticos y lógicos de los argumentos presentados.⁴

Este enfoque teórico de la democracia implica un proceso de discusión que presupone una serie de requisitos normativos cuyo reconocimiento contribuye a preservar el ideal de imparcialidad de las decisiones así adoptadas. Ciertamente, esto no significa que las decisiones mayoritarias, o incluso aquellas alcanzadas por unanimidad, efectivamente garanticen la imparcialidad, pues decisiones de este tipo pueden ser un claro ejemplo de extrema desviación de esta última: considérese el caso de una multitud de gente reunida en una plaza aprobando por aclamación propuestas delirantes de su líder político. Sin embargo, aun así es importante tener en cuenta que cuantas más personas apoyan una solución habiendo sido previamente escuchadas y sus opiniones tenidas en cuenta, más probabilidades hay de que la decisión finalmente

adoptada se constituya en un indicador de la imparcialidad del proceso decisorio. La concepción teórica expuesta por Nino respecto de la política democrática, implica considerarla a ésta como un “sucedáneo de la práctica informal de la discusión moral”, porque la entiende en el sentido de un procedimiento dialógico que por definición presupone relaciones de reconocimiento recíproco por las que todo participante debe poder justificar sus propuestas frente a los demás para demostrar que son legítimas. Esto posibilita contar con un criterio para analizar las democracias en diversos ordenamientos socio-políticos, e incrementar sus capacidades para alcanzar el conocimiento acerca de cuáles podrían ser las soluciones moralmente correctas para hacer frente a los problemas inherentes a sus respectivos desempeños: la idea de Nino en este punto es que “el valor epistémico general de los procedimientos democráticos da razones para acatar sus resultados incluso si dudamos en algún caso particular de la sabiduría moral de la decisión” (2003a: 182). Esto expresa un posicionamiento filosófico político respecto de la democracia deliberativa cuyo alcance justifica la superioridad de su concepción epistémica.

Tanto en el caso de Habermas como así también de Nino, sus propuestas teóricas de la democracia deliberativa se apoyan en estructuras conceptuales que contribuyen a consolidar ambos planteos, y cuyos fundamentos es necesario explicitar.

3. Presupuestos filosóficos de la teoría de Habermas y de Nino

El trasfondo conceptual de la democracia deliberativa de Habermas se comprende a partir de dos enfoques teóricos, recíprocamente complementarios, acerca del lenguaje y la racionalidad. Se trata de la pragmática universal del lenguaje y de la teoría la acción social que en conjunto, y respectivamente, explicitan el carácter esencialmente intersubjetivo de la racionalidad discursiva, y la preeminencia del consenso por sobre el conflicto.

En lo referente al lenguaje, el filósofo suscribe a las implicancias conceptuales del giro lingüístico de la filosofía contemporánea, que implica avanzar desde el paradigma monológico o solipsista de la conciencia, propio de la filosofía moderna, al paradigma dialógico, intersubjetivo, definitorio no solamente del lenguaje y su capacidad constitutiva de significado, sino también de la racionalidad misma, y a resultas de lo cual se explicita una inescindible conexión entre pensamiento y lenguaje.⁵ Esto es especialmente relevante en el marco de la pragmática universal del lenguaje de Habermas, quien señala que junto con el carácter semántico–referencial del mismo también interviene la dimensión pragmática e intersubjetiva para la constitución válida de sentido. En efecto, ya en su escrito de 1976 (“¿Qué significa ‘pragmática universal?’”), afirma el autor que la expresión de un enunciado satisface tres tipos de pretensiones de validez, según las cuales los oyentes lo consideran *verdadero* en la medida en que refleje algo perteneciente al mundo, *veraz* si expresa las intenciones del hablante, y *normativamente correcto* si afecta expectativas socialmente reconocidas. La pragmática universal del lenguaje analiza, entonces, la *capacidad de comunicación* del hablante para hacerse entender por medio de determinados actos de habla, que presuponen estas pretensiones de validez señaladas.⁶ Así, la explicitación de carácter reconstructivo de los presupuestos de la acción comunicativa permite evidenciar que toda expresión lingüística expresada como pretensión de validez respecto de cualquier tema, ya siempre implica el reconocimiento de una cierta comunidad de comunicación como destinataria

(real o virtual) de tales actos de habla, y de cuya aceptación depende la validez de aquellas manifestaciones.

Este carácter intersubjetivo del lenguaje, de la racionalidad, y por supuesto de la política democrática, revela también que en este ámbito tales interacciones no se desarrollan en un sentido esencialmente conflictivo, sino en uno que se orienta a alcanzar consensos racionalmente motivados. Este es el planteo conceptual de la teoría habermasiana de la acción social (1981) expresado en su enfoque deliberativo de la democracia: sin desconocer los conflictos que, qué duda cabe, siempre se suceden a nivel fáctico de las interacciones sociopolíticas, aun así se plantea que el consenso resulta no solamente un ideal regulativo (porque es, precisamente, lo que se pretende lograr), sino también constitutivo, ya que opera a niveles básicos de la interacción lingüística, posibilitando la comunicación intersubjetiva. La idea es que toda relación entre interlocutores que discuten sobre un tema que pretenden solucionar, se desarrolla sobre la base del recíproco reconocimiento de principios básicos que regulan tal interacción, en el sentido de acuerdos (implícitos y no siempre explícitos) que la posibilitan, especialmente en el ámbito democrático. Es en este marco teórico que se sitúa la tesis del “parasitismo” de la racionalidad estratégica (que solamente busca engañar al oyente) respecto de la racionalidad consenso comunicativa, pues incluso si se pretende forzar la decisión del interlocutor mediante amenazas o coacciones, tal imposición debe resultar inteligible para el oyente de modo que este pueda actuar en consecuencia: “si el oyente no entendiera lo que el hablante dice [o creyera que quiere engañarlo], este no podría servirse de actos comunicativos para inducirlo a que se comporte de la forma deseada” (Habermas, 1987: 375).⁷

Mientras que la pragmática universal del lenguaje demuestra que la racionalidad es esencialmente intersubjetiva, la teoría de la acción social fundamenta por qué tal interacción no se desarrolla esencialmente en términos conflictivos, sino buscando alcanzar consensos, siempre presupuestos en toda interacción política desarrollada en términos deliberativos. Ambos planteos teóricos constituyen el trasfondo conceptual sobre el que se fundamenta la propuesta habermasiana respecto de su teoría deliberativa de la democracia.

En el caso de Nino, la razón ofrecida para justificar su (antes mencionado) señalamiento respecto del “poder epistémico” del proceso deliberativo de esta teoría política, también estriba en explicitar las condiciones que subyacen al mismo, y de cuyo grado de satisfacción depende la calidad de las decisiones así adoptadas. Se trata de condiciones normativas que en parte se corresponden con las pretensiones de validez que re constructivamente han sido explicitadas por la pragmática universal de Habermas. En efecto, la alusión del jusfilósofo argentino a que el proceso decisorio de esta teoría política tiene que compartir una base razonable de igualdad sin ningún tipo de coerción, se corresponde con la pretensión universal de validez de corrección normativa (que por definición excluye todo agravio); la exigencia de Nino de “justificar con argumentos genuinos” que expresen los propios intereses, es posible identificarla con la concepción habermasiana respecto de la pretensión de veracidad; y su señalamiento acerca de las tesis ontológicas y epistemológicas para la constitución y el conocimiento de la verdad moral, se conecta con la pretensión de validez de verdad que plantea Habermas. Naturalmente, estos presupuestos inherentes al discurso práctico y su implementación en los procesos deliberativos, presuponen la correspondiente pretensión de inteligibilidad, que ambos autores también han reconocido.

Al igual que en Habermas, todas estas condiciones señaladas por Nino expresan

no solamente una concepción de la democracia en la que el principio fundamental es, también, el antes citado principio del discurso (y ya no el de la mayoría), sino también la idea del filósofo alemán, repetidamente señalada, según la cual en estos procedimientos decisorios la única “coacción” que es legítimo admitir es la que ejercen los mejores argumentos.⁸ Se trata, entonces, de puntos de contacto conceptual entre ambos planteos que permiten descubrir e identificar la “base teórica” que subyace a los respectivos enfoques sobre la democracia deliberativa. En efecto, mientras que el filósofo alemán basa su concepto de racionalidad en sus señalados estudios de la pragmática universal del lenguaje (como así también en su teoría de la acción social), Nino introdujo ya en sus escritos sobre constructivismo ético (1983) un giro pragmático que centra la atención en el análisis de las prácticas argumentativas de justificación racional. Este énfasis de Nino en la dimensión pragmática de la argumentación moral también se evidencia en su explicitación de las implicancias prácticas inherentes a la acción consistente en implementar el señalado concepto de discurso. Así, entre las reglas de la argumentación identifica la búsqueda de consensos (como adopción libre y voluntaria de ciertos principios de conducta), la publicidad (en tanto que reconocimiento intersubjetivo de estos principios), la generalidad (que propicia la regularidad de las conductas, y no de los intereses subjetivos), subrayando también que estas propiedades tienen que resultar fácticamente accesibles a través de la observación, porque la universalidad de las acciones presuponen principios morales *qua* tribunales de última instancia del razonamiento práctico para determinar la justificación (o no) de la conducta en cuestión.⁹ Este marcado énfasis de Nino en el carácter epistémico de los procesos decisorios e intersubjetivos de deliberación racional, naturalmente presupone (como la teoría habermasiana de la acción comunicativa) una preeminencia del consenso, considerado este tanto en lo que respecta al reconocimiento del procedimiento en cuestión por parte de los/as interlocutores/as discursivos involucrados/as, como así también al resultado que con el mismo se pretende alcanzar.

Un último punto de contacto teórico es posible señalar entre las propuestas de Habermas y de Nino en torno al concepto de racionalidad discursiva que subyace a ambos planteos de la democracia deliberativa. Respecto del (recién mencionado) “constructivismo” al que el propio Nino suscribía, se señaló que en su opinión la validez inherente al acto de argumentar no resulta puramente abstracta, sino que forma parte constitutiva de la práctica argumentativa, pues a su entender el proceso democrático con valor epistémico no representa una “situación de discusión ideal”, sino una situación bastante realista” (2003a: 183), y reconoce además que “siempre hay que tener presente que de lo que se trata en última instancia, no es de dar cuenta de la estructura del razonamiento de seres fantásticos, o de seres normales en situaciones fantásticas, sino del razonamiento moral ordinario que llevamos a cabo nosotros mismos en situaciones comunes y corrientes” (Nino, 1989b: 116). Se trata éste de un reconocimiento que resulta teóricamente acorde con la tesis habermasiana (más adelante explicitada) acerca de la relación entre “facticidad y validez”. En efecto, esta conexión que Habermas concibe en términos de una “presuposición recíproca”, se expresa en su señalamiento acerca de que el contenido normativo de esta teoría política se inscribe en la propia facticidad social de los procesos políticos observables; y también cuando reconoce que su concepción de la democracia “tiene que elegir sus conceptos básicos de suerte que le sea posible identificar en las prácticas políticas partículas o fragmentos ya encarnados de una razón existente” (Habermas, 1994: 349). Este señalamiento del filósofo de

Frankfurt, claramente susceptible de “leerse” en términos hegelianos, reconoce, como Nino, que la racionalidad subyacente a los procedimientos democráticos resulta inherente al desarrollo práctico de este tipo de interacciones políticas, garantizando, así, su valor epistémico.

En los requerimientos normativos mencionados por Nino se expresan pretensiones de validez como las descubiertas por el procedimiento reconstructivo de la pragmática universal del lenguaje subyacente al planteo teórico de la democracia deliberativa de Habermas. Por esta razón es posible ya trazar una conexión con parte de los fundamentos filosóficos (antes explicitados) de la teoría de la democracia de ambos autores. Ahora bien, no se trata esta de una conexión que deba interpretarse como una “identificación”, sino que más bien expresa cierto “parecido de familia”, en el sentido wittgensteniano de la expresión, porque no desconoce las diferencias que pueden señalarse teniendo en cuenta algunas de las principales contribuciones que desde ambos marcos teóricos cabe realizar para el mejoramiento de la calidad democrática del Estado de derecho.

4. Aportes al Estado democrático de derecho: sobre la justificación del control judicial

El desempeño de ambos enfoques teóricos frente al Estado de derecho puede explicitarse en sus respectivas contribuciones sobre diversos temas, relacionados, por ejemplo, con la conexión entre política y moral: mientras que Habermas ha cambiado de posición entre sus conferencias de las *Tanner Lectures* (1986) y la publicación de *Facticidad y validez* (1994), en la que ya no se muestra tan claramente dispuesto a aceptar tal vínculo conceptual¹⁰, en el planteo teórico de Nino se aprecia un claro reconocimiento del tema, debido a que el jusfilósofo argentino siempre suscribió explícitamente al carácter esencial y constitutivamente moral de la argumentación práctica, que incluye al ámbito político.¹¹ En lo que respecta al derecho, resultan teóricamente evidentes los amplios y sistemáticos estudios iusfilosóficos de Nino, cuya obra se extiende desde el análisis del concepto de validez jurídica (en diálogo con autores como Kelsen, Hart o Dworkin, entre otros), a la tematización de una teoría general del derecho (2003b), para lo cual también hay que tener en cuenta sus originales desarrollos sobre la justificación de la pena (1989b, 1992, 2013). Contrariamente, en el caso de Habermas este filósofo se ha limitado a desarrollar una teoría discursiva del derecho pero siempre en conexión con el punto de vista de la facticidad, considerando al derecho “como categoría de mediación social” y asumiendo una “concepción sociológica” del mismo: sus estudios reconstructivos del sistema de los derechos se desarrollan en función de tal conexión (entre facticidad y validez), y los análisis parcialmente iusfilosóficos que ha planteado, por ejemplo en relación con el concepto de Estado de derecho, o con los principios jurídicos (a partir de su discusión con Dworkin), se limitan a señalar, con razón, la necesidad de establecer tales reflexiones desde una perspectiva dialógica y no meramente monológica.¹² Ahora bien, particularmente interesante desde un punto de vista teórico resulta el tema del control judicial, en el que ambos autores pueden complementarse abarcando tópicos que, por supuesto, se relacionan con el diseño institucional, aunque preservando al mismo tiempo diferencias puntuales para el abordaje de este problema.

Una de las restricciones que en el Estado constitucional y democrático de derecho se ejerce sobre las decisiones de los Poderes políticos (ejecutivo y

legislativo), es la del control judicial de constitucionalidad, que siempre genera cuestionamientos. Se trata de objeciones motivadas en el hecho de que el Poder judicial, que es un órgano no elegido democráticamente de manera directa por la soberanía popular, en ocasiones pretende modificar, o anular, decisiones que emanan del Poder legislativo, o ejecutivo, cuyos representantes sí son elegidos/as por el pueblo, a quien representan sin mediación, y ante quién deben rendir cuentas periódicamente. Este tipo de controles pueden orientarse, por ejemplo, a determinar el alcance de los derechos individuales o sociales, a dirimir los conflictos que se generan entre los Poderes del Estado, o a interpretar las reglas del procedimiento democrático.¹³ Independientemente de la bibliografía existente al respecto¹⁴, incluidos recientes desarrollos sobre el tema¹⁵, el interrogante aquí planteado es “¿qué aportes pueden realizarse desde los marcos teóricos de Habermas y de Nino a esta discusión en torno al constitucionalismo?”.

El filósofo alemán acepta el control judicial, aunque al mismo tiempo tiene que resultar enteramente compatible con su teoría de la democracia. En efecto, la deliberación intersubjetiva constituye el procedimiento más confiable para acceder a la corrección de las decisiones, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones permiten incrementar el conocimiento que uno tiene respecto de determinado tema, y ayuda a detectar errores en los argumentos expuestos. Este procedimiento de deliberación racional se identifica antes con la democracia que con el derecho; por esto Habermas sostiene que si bien en principio

El juez desata el conjunto de razones con las que el legislador legitima sus decisiones, y vuelve a atarlas para movilizarlas a favor de una decisión coherente acorde con los principios jurídicos vigentes, (...) no puede disponer de estas razones de modo que sirvan a la interpretación y configuración del sistema de los derechos, y con esto a una implícita actividad legislativa” (Habermas, 1994: 319).

Esta concepción del control judicial presupone que este tiene que controlar si se han cumplido las condiciones procedimentales que determinan la legitimidad democrática expresada en sus respectivos procedimientos decisorios. Se trata, hasta aquí, de una justificación (del control judicial) que en lo sustancial no parece diferir de los (ya citados) planteos sobre el tema, tendientes a justificarlo bajo la premisa de que este se implementa para defender (y no para restringir) la democracia. Ahora bien, en el caso de Habermas, el aporte a la discusión no pasa por el análisis y desarrollo del tema, sino por el hecho de que a partir de su planteo teórico es posible ampliar, o, si se quiere, “profundizar” en tal clase de justificaciones, explicitando los fundamentos sobre los que esta se sostiene. En efecto, con su tesis de la identidad de origen entre Estado de derecho y soberanía popular el filósofo plantea que ambos principios se relacionan en términos de una presuposición recíproca, porque son igualmente originarios y resultan fundantes del ordenamiento institucional: los derechos políticos, que garantizan la autonomía pública de ciudadanos democráticos, sólo pueden ser ejercidos en la medida en que sea posible contar con el reconocimiento *jurídicamente postulado* de la autonomía de los individuos, y, a la inversa, los derechos subjetivos e individuales, que procuran la defensa universal e igualitaria de libertades, sólo pueden estar garantizados y resultar efectivos en el marco de un adecuado ejercicio de los derechos *políticos*, respaldados por un *Estado democrático*.¹⁶ La consecuencia normativa de esta conexión aquí planteada, es que el constitucionalismo presupone la democracia, y esta es ilegítima sin aquél. Con esta tesis se expresa, entonces, una conexión

constitutiva entre derecho y política democrática que es, precisamente, un presupuesto ya siempre asumido como condición de posibilidad y validez de la justificación misma del control judicial. Así, desde esta perspectiva habermasiana se puede alegar que para fundamentar el control judicial se necesita una justificación filosófica escalonada en dos niveles distintos y complementarios: esta justificación primero debe poder dar cuenta de los argumentos acerca de por qué es en efecto posible articular estos dos puntos de vista de la razón práctica (señalando que se trata de una conexión entre derecho y política democrática que de hecho se establece en términos de una presuposición recíproca), para luego, sobre esta base, y sin asumir presupuestos simplemente aceptados pero no justificados, proceder legítimamente a plantear una tal conexión, afirmando, por ejemplo, que el Poder judicial, cuando interviene, lo hace en resguardo de la democracia.

Por cierto que Habermas aborda el tema del control judicial desde el punto de vista de esta tesis (Habermas, 1994: 320), pero lo hace señalando que el mismo debe implementarse procurando alcanzar tal identidad en el Estado democrático de derecho. Sin embargo, nótese que aquí se propone considerarla (a aquella tesis) como fundamento del ejercicio mismo del control en cuestión, y no (o no solamente) como criterio para legitimar su práctica en función del objetivo que con el mismo se pretende alcanzar.

El planteo habermasiano posibilita entonces otorgar un mayor respaldo teórico a la justificación habitualmente propuesta del control judicial, pero sin avanzar en mayores niveles de especificidad conceptual en lo que respecta al análisis e implementación del mismo. Y este es el aporte de Nino, quien por cierto también defiende la prioridad de la democracia deliberativa por sobre el derecho, pero, y a diferencia de Habermas, lo hace explicitando y fundamentando las condiciones en que tal prioridad debe revertirse. Su argumento es el siguiente: Nino parte de reconocer que “cuando el origen de los jueces no es de carácter democrático, sus decisiones no gozan del valor epistémico que sí tiene el proceso democrático” (Nino, 2003a: 260); de hecho, alega que el juez no asume el rol de “interlocutor discursivo”, ni está en relación de simetría con las demás partes involucradas, y por esta razón el procedimiento intersubjetivo de deliberación democrática parecería encontrarse en una mejor posición para adoptar decisiones colectivamente vinculantes que la que pueda adoptar un juez, que prescinde de este punto de vista. Ahora bien, el aludido aporte original del jusfilósofo argentino a esta discusión estriba en el desarrollo teórico consistente en demostrar que el proceso democrático no satisface todos los requerimientos de la constitución ideal, y por esto es por lo que, señala, “el control judicial de constitucionalidad no puede descartarse sólo como consecuencia de invocar los méritos de la democracia deliberativa” (Nino, 2003a: 260-261). En este contexto Nino plantea tres excepciones a la negativa del control judicial de constitucionalidad. En efecto, aunque en términos generales su argumento es contrario a la implementación de este tipo de control respecto de leyes originadas a través del proceso democrático, señala que el mismo es necesario si la ley no respeta los presupuestos del proceso democrático (a), o la autonomía personal fundándose en razones perfeccionistas (b), o si afecta negativamente la preservación de la práctica jurídico-democrática moralmente aceptable (c).

Entre las implicancias normativas que comporta el procedimiento democrático, cuyo desconocimiento habilita el control judicial (a), puede señalarse la efectiva participación de los/las potencialmente afectados/as por una decisión colectivamente vinculante; además de la libertad de participación también

puede mencionarse la igualdad de condiciones para poder hacerlo, la necesidad de justificar las decisiones así adoptadas, o la reversibilidad fundada de la decisión.¹⁷ A su vez, la adopción de un posicionamiento perfeccionista por parte de un gobierno (b) afecta, naturalmente, la autonomía personal: la razón para no seguir los mandatos de una legislación perfeccionista es que su fundamento real es la imposición de un ideal extremo de excelencia humana, que, en cualquier caso, no puede ser realizada por el Poder judicial, sino sólo parcialmente definida (y eventualmente corregida) por el proceso político.¹⁸ Finalmente, el interés en preservar la práctica jurídica y convencionalmente aceptada para el funcionamiento de la democracia constituye también una excepción a la negativa democrática respecto del ejercicio del control judicial (c): decisiones que resultan impecables desde el punto de vista procedimental podrían afectar los fundamentos que preservan el Estado democrático de derecho.¹⁹ Un ejemplo para ilustrar este caso en Argentina es el de la ley 26122, sancionada el 20 de julio de 2006 y promulgada una semana después por el Presidente N. Kirchner, y cuyo objeto es regular legalmente el trámite y los alcances de la intervención del Congreso sobre los decretos que dicta el Poder Ejecutivo²⁰: en su artículo 24 esta ley, actualmente vigente, establece que los decretos, por los que el Poder Ejecutivo asume potestades legislativas, permanecerán vigentes si no son rechazados por ambas Cámaras del Congreso (Diputados y Senadores). Sin embargo, resulta evidente que este requisito afecta negativamente la calidad democrática, debilitando la “continuidad de la constitución histórica y amenazando la posibilidad de hacer realmente vigente la constitución ideal” (Nino, 2003a: 282), porque el eventual control de al menos una de ambas Cámaras por parte del gobierno de turno habilita la posibilidad de que el Poder Ejecutivo asuma la función del Congreso, gobernando por decreto, ya que los/las legisladores/as representantes del partido de gobierno difícilmente se abocarán a analizar, y eventualmente rechazar, los decretos del/la Presidente.²¹

En opinión de Nino, estas tres excepciones en conjunto permiten resguardar no sólo “las condiciones que hacen que las decisiones democráticas sean epistémicamente más confiables”, sino también a aquellas “que hacen que esas decisiones democráticas, que son epistémicamente confiables, sean además eficaces” (Nino, 2003a: 273 ss.).

Aun reconociendo la prioridad de la democracia, este análisis del jusfilósofo argentino respecto de las condiciones que habilitan conceptualmente la práctica del control judicial de constitucionalidad en el Estado democrático de derecho permite responder a preguntas clave que contribuyen a su justificación teórica, preguntas como “¿cuándo está realmente justificado implementar el control judicial?”, “¿por qué aun una concepción deliberativa de la democracia no es absolutamente prioritaria respecto del derecho?”, y, “¿cuál es el concepto de racionalidad operante en los procesos democráticos que hace concebible la eventual intervención (y consecuente revisión) judicial de las decisiones así adoptadas por los demás Poderes del Estado?”. Como resultado de las reflexiones de Nino, el control judicial de constitucionalidad ya no puede considerarse sin más como antidemocrático. Si bien el mayor respaldo teórico a la fundamentación de este problema es conferido por el planteo de Habermas, el aporte iusfilosófico y filosófico político de Nino a la discusión resulta teóricamente mejor definido, contribuyendo, así, a otorgar mayor precisión conceptual y política a esta discusión teórica incluida en el diseño institucional del Estado democrático de derecho.

5. Reflexiones finales

Mientras que Nino expresa una sólida formación iusfilosófica de la que Habermas carece, este último se ha especializado en estudios de teoría social y constituye el mayor exponente de la (así llamada) “segunda generación de la Escuela de Frankfurt”, con cuyos desarrollos teóricos contribuyó a expandir. En lo que respecta a la democracia deliberativa, el trasfondo teórico habermasiano y su desarrollo de la teoría del discurso permiten contribuir decisivamente a la definición de aquella concepción de la política de un modo que no siempre ha sido correctamente comprendido. Prueba de esto son los insistentes planteos críticos que conciben a la democracia esencialmente como expresión del conflicto político: este es el caso de los enfoques postmodernistas, o postfundacionalistas que suscriben a una concepción deflacionista de la razón.²² A su vez, cabe mencionar, también, que los escritos de Nino sobre teoría ética, previos al surgimiento de la política deliberativa como propuesta teórica, ya expresaban una concepción deliberativa e intersubjetiva, y, por supuesto, procedimental de la racionalidad, que constituye, precisamente, el aludido “trasfondo” conceptual subyacente a la teoría habermasiana de la democracia. En este punto hay que recordar la cercanía temporal (antes mencionada) de la publicación de sus respectivas obras sobre Filosofía política, y jurídica: *Facticidad y validez* (1992/1994) y *La constitución de la democracia deliberativa* (1996).

Ciertamente, no se trata aquí de identificar las propuestas teóricas de ambos autores, sino de establecer y fundamentar una complementación conceptual (que no pretende anular las diferencias) entre los referidos planteos para el desarrollo de una teoría deliberativa de la democracia y sus consecuentes aportes al mejoramiento de la calidad institucional del Estado democrático de derecho. Para contrastar ambas perspectivas se tuvo en cuenta el problema de la justificación del control judicial de constitucionalidad. El resultado es que Habermas contribuye (en términos de Apel) con una “justificación última” del tema, porque con su referida tesis de la identidad de origen entre Estado de derecho y soberanía popular identifica las condiciones de posibilidad ya siempre aceptadas que resultan inherentes a toda pretensión de fundamentación de la intervención jurídica para el control de la democracia. Y en este punto se aprecia el aporte de Nino. Su justificación de este tema demuestra una sólida formación teórica y filosófica, tanto en el ámbito del derecho como así también de la política, lo cual le permite alcanzar mayores niveles de especificidad analítica, explicitando las condiciones en que resulta democráticamente aceptable la intervención judicial en el ámbito político: el filósofo argentino ha demostrado más cabalmente por qué la tensión, realmente existente, entre el autogobierno colectivo y la Constitución que le impone límites, no constituye, sin embargo, una paradoja que comprometa la coherencia institucional del Estado democrático de derecho. Justificación, esta, que también debería tenerse en cuenta para reconocer y reivindicar teóricamente las contribuciones que desde Latinoamérica, y en igualdad de condiciones, en efecto se pueden realizar para la discusión y desarrollo teóricos de esta parte de la Razón práctica en la que se incluye la democracia deliberativa; una teoría de la que ciertamente ya no puede decirse que ha sido originariamente definida antes y de modo excluyente en otro lado, o por otros autores.

Referencias bibliográficas

- Alegre, M. (2013). "Presentación", en Nino, C.S., *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*, Buenos Aires: Siglo XXI, pp. 11-20.
- AUSTIN, J.L. (1982). *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós.
- Downs, A. (1992). "Teoría económica de la acción política en una democracia", en *Diez textos básicos de ciencia política*. Barcelona: Ariel.
- FERRAJOLI, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta.
- Gargarella, R. (2005). "Carácter igualitario del republicanismo", *Isegoría*, Nº 33: 175-189.
- HABERMAS, J. (1981). *Theorie des kommunikativen Handelns* (Band 1). Frankfurt: Suhrkamp.
- 1994. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp.
- 1999. *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós.
- 2003. *Acción comunicativa y razón sin trascendencia*. Buenos Aires: Paidós.
- 2004. *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Buenos Aires: Paidós.
- 2008. *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*. Buenos Aires: Katz.
- MARTÍ, J.L. (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- MOUFFE, Ch. (2003). *La paradoja democrática*. Barcelona: Gedisa.
- 2007. *En torno a lo político*. Buenos Aires: FCE.
- Nino, C. S. (1988). "Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 5, disponible en <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcvm4m8>. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Accedido el 24 de abril de 2024.
- 1989a. *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 1989b. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea.
- 1989c. "La filosofía del control judicial de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4, 79-88.
1992. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- 2003a. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- 2003b. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
2013. *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Oquendo, A. (2002). "Deliberative Democracy in Habermas and Nino".

- Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 22, Nro. 2: 189-226.
- 2005. "Más allá de la democracia deliberativa", *Polis. Revista Latinoamericana*, Nro. 10.
- 2008; "Democracia deliberativa en Nino y Habermas", en ALEGRE, M., GARGARELLA, R. y ROSENKRANTZ, C. (eds.). *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires: *La ley*, pp. 269-306.
- PEIRCE, C.S. (1998). *The Essential Peirce. Selected Philosophical Writings. Volume 2 (1893–1913)*. Indiana: Indiana University Press.
- SABA, R. (2016). *Más allá de la igualdad ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo XXI.
- Scivoletto, G., Giuffré, I. (2019). "Constructivismo ético: consideraciones sobre la conceptualización del discurso moral en Carlos Santiago Nino", en OLIVARES, N. (comp.). *Dialécticas normativas. Un homenaje deliberativo a la obra filosófica de Carlos S. Nino*. Córdoba: Editorial de la UNC/Eudeba, pp. 103-134.
- SEARLE, J. (1994). *Actos de habla*. Madrid: Cátedra.
- Spector, H. (2008). "Democracia y control de constitucionalidad: una tensión aparente", en ALEGRE, M., GARGARELLA, R. y ROSENKRANTZ, C. (eds.). *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires: *La ley*, pp. 231-246.
- RANCIÈRE, J. (1996). *El desacuerdo. Política y filosofía*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- 2008. *Zehn Thesen zur Politik* (2000). Diaphanes: Berlin.
- 2006. *El odio a la democracia* (2000). Buenos Aires: Amorrortu.
- SCHUMPETER, J. (1963). *Capitalismo, socialismo, democracia*. Madrid: Aguilar.
- Shapiro, I. (1999). "Politics is about Interests and Power", en MACEDO, S., *Deliberative Politics*. Oxford: Oxford University Press, pp. 28-38.
- WALDRON, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Notas de autor

* Santiago Prono es Doctor en Filosofía (UBA). Investigador Adjunto en la Carrera del Investigador Científico (CONICET) con lugar de trabajo IHUCSO Litoral (Sede FCJS – UNL). Profesor Titular (ordinario) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL) en la Cátedra de Filosofía Social y Política Contemporánea. Docente Investigador, Director de Proyectos de Investigación de la UNL. Miembro del cuerpo docente de la carrera de "Doctorado en Derecho" y de la Maestría en Argumentación Jurídica en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL), de esta última se desempeña además como Coordinador académico. Director responsable del área de investigación sobre Ética y Filosofía política contemporánea, del Instituto de Humanidades y Ciencias Sociales del Litoral (CONICET-UNL). Ha obtenido becas del DAAD para desarrollar estancias de investigación como Profesor invitado en la Freie Universität Berlin y en la Goethe Universität de Alemania. Sus últimas publicaciones se relacionan con la teoría política y el populismo, el derecho a la crítica en el

Estado de derecho, el hiperpresidencialismo en Argentina, la justificación del principio de igualdad, o el concepto de democracia abierta, entre otros.

Notas

¹ En este trabajo se tendrá en cuenta la segunda edición alemana, revisada y ampliada, y publicada por Suhrkamp en 1994.

² Por supuesto que ya hay trabajos que analizan este tema en un sentido similar al aquí propuesto (Spector, 2008; Oquendo 2002, 2005, 2008), pero lo hacen desde una deficiente tematización del concepto de racionalidad discursiva, porque no explicitan ni reflexionan sobre los fundamentos filosóficos que ambos autores plantean en sus respectivos desarrollos teóricos de la democracia deliberativa.

³ Un novedoso estudio sobre la igualdad en el Estado de derecho, realizado no solamente en términos jurídicos, sino también políticos, se encuentra en la obra de R. Saba sobre el tema (2016).

⁴ Cfr. Nino, 2003a: 166 ss.; Martí, 2006: 194.

⁵ Se trata de una nueva concepción del lenguaje por cuyos estudios sobre el mismo pueden incluirse a autores como C.S. Pierce (1998). J.-L. Austin (1982), o J. Searle (1994), entre otros.

⁶ Estas pretensiones de validez están presupuestas en todo uso comunicativo del lenguaje, aunque sólo una tiene preeminencia de acuerdo con el tema de que se trate (Cfr. Habermas, 1997: 328-329).

⁷ Para Habermas, el acto de habla como modelo de la acción orientada al entendimiento “es el *modo original* frente al que el entendimiento indirecto, la comprensión indirecta, el dar a entender o el hacer que el otro conciba tal o cual opinión, se comportan de forma parasitaria” (Habermas 1987: 370). Cfr. Habermas 1999: 102-104.

⁸ Cfr. Habermas, 1981: 52-53, 1994: 383 ss., 1999: 243 ss.

⁹ Cfr. Nino, 1988, 1989a, 1989b: 110-111, 2013: 53 ss., 64-70. Aun cuando Nino explícitamente caracterizó su método como “constructivista”, aquí claramente parece adoptar, sin embargo, o “también”, un procedimiento reconstructivo, puesto que ¿de qué otro modo, acaso, podrían explicitarse y “conocerse” tales presupuestos, en el sentido que lo planteara el jusfilósofo argentino, si no es a partir de adoptar un procedimiento reflexivo que permita identificarlos como condición de posibilidad para la definición y consecuente expresión de tales argumentos? (cfr. Nino, 2003a: 74). Este carácter “reconstructivo” aquí atribuido a Nino también parece reconocerlo M. Alegre cuando, en su estudio sobre la obra del jusfilósofo argentino, sostiene que “la clave de [su enfoque] consiste en *identificar* las reglas estructurales del discurso moral y, luego, utilizar esas reglas para filtrar argumentos inválidos” (Alegre, en Nino, 2013: 15 -subrayado agregado-). Respecto de las señaladas reglas estructurales del discurso moral, véase el interesante trabajo de Scivoletto y Giuffré sobre el tema, el cual forma parte de una obra publicada en homenaje al filósofo argentino (cfr. Scivoletto-Giuffré, 2019).

¹⁰ Cfr. Habermas, 1994: 138-139, 541 ss., 2002: 13 ss., 2004: 84 ss.

¹¹ Cfr. Nino, 1989b: 387 ss., 2003a: 166 ss.

¹² Cfr. Habermas, 1994: caps. II, VI, 2008.

¹³ Usualmente se considera que la práctica del control judicial de constitucionalidad fue introducida por primera vez por el juez J. Marshall en el famoso caso “Marbury vs. Madison” de la Corte Suprema de Estados Unidos en 1803. En Argentina, la Suprema Corte ejerce este tipo de controles desde 1887 en el caso “Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación” del 22 de septiembre de ese año, en el que rechazó el mandamiento de prisión dictado por la Cámara de Diputados contra este particular alegando que ello afectaba la independencia de los poderes legislativo y judicial, y otros principios del orden constitucional.

¹⁴ Entre otros, cfr. Ely, 1980: 102 y 103, 108, 117; Garzón Valdés 1989: 644-645; Waldron, 1993: 18-51, 1999, 2005: 52; Dworkin, 2003: 75; Ferrajoli, 2008: 55, 87, 212-213.

¹⁵ Mientras que en una de sus últimas obras publicadas Ferrajoli ha aludido a los “poderes salvajes”, culpables de “la crisis de la democracia constitucional” porque confieren un excesivo poder a las mayorías democráticas que provoca un “proceso de deconstitucionalización del sistema político” (cfr. Ferrajoli, 2011: 21 ss., 46 ss.), Waldron ha señalado que el excesivo constitucionalismo tiende a desconocer cómo se produce la toma de decisiones judiciales, pues “hay rasgos de los tribunales que les dificultan lidiar directamente con las cuestiones morales que suscitan los desacuerdos acerca de los derechos” (cfr. 2018: 88, 90, 110 ss.).

¹⁶ Cfr. Habermas, 1994: 134-135; 1999: 253; 2001: 156; 2006: 278; 2009a: 156-160. Para un análisis (y diferenciación) de las tradiciones liberal y republicanas de la política, véase Gargarella, 2005.

¹⁷ Cfr. Nino, 2003a: 273-277, 1989c: 87.

¹⁸ Cfr. Nino, 2003a: 279-280.

¹⁹ Cfr. Nino, 2003a: 280-282.

²⁰ <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/118261/norma.htm>. En Argentina los decretos de necesidad y urgencia están regulados por el inciso 3 del artículo 99 de la Constitución Nacional, el cual establece que estos serán excepcionalmente admisibles sólo si el Congreso se encuentra imposibilitado de sancionar leyes conforme al procedimiento habitual, y aun en ese caso el Presidente está impedido de legislar sobre materia penal, tributaria, régimen de los partidos políticos, o elecciones.

²¹ Actualmente en Argentina el Congreso Nacional se encuentra analizando el decreto presidencial 73/2023, con el que se pretende

modificar y derogar multiplicidad de regímenes normativos, alterando así reglas esenciales de la arquitectura constitucional y atribuyéndose facultades cuasi extraordinarias, por lo cual se corre el riesgo de convertir al Poder Legislativo en un mero espectador de cambios legales y constitucionales profundos. Para un análisis de este tema consultar en https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2024/01/20240108_Sobre_DNU_70_2023_Web.pdf. Accedido el 27 de marzo de 2024.

²² Cfr. Mouffe (2003, 2007), Rancière (1996, 2003, 2008), Shapiro (1999); por su parte, planteos como los de J. Schumpeter (1963) o A. Downs (1992) conciben a la política democrática, además, como equivalente al modelo del mercado.