

Papeles del Centro de Investigaciones

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**Ética, Política y Derecho: reflexiones
en torno al problema del control
judicial de constitucionalidad des-
de la perspectiva de la racionalidad
discursiva**

Ethics, Politics and Law: reflections
concerning the problem of the
judicial control of constitutionality
from the perspective of the discursive
rationality

Lic. Santiago N. Prono

N° 1



**Ética, Política y Derecho: reflexiones
en torno al problema del control
judicial de constitucionalidad des-
de la perspectiva de la racionalidad
discursiva**

Ethics, Politics and Law: reflections
concerning the problem of the
judicial control of constitutionality
from the perspective of the discursive
rationality

Lic. Santiago N. Prono

Nº 1

Prono, Santiago N.

Ética, política y derecho: reflexiones en torno al problema del control judicial de constitucionalidad desde la perspectiva de la racionalidad discursiva. - 1a ed. - Santa Fe : Universidad Nacional del Litoral, 2011.

16 p. ; 21x15 cm.

ISBN 978-987-657-529-4

1. Ética. I. Título.

CDD 174

ISSN 1853-2845

**Papeles del Centro de Investigaciones
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

Consejo de Dirección
del Centro de Investigaciones

Jose Manuel Benvenuti

Javier Francisco Aga

Cósimo Gonzalo Sozzo

Dario Macor

Pablo Salomon

Jose Mariano Anzini

Diseño de tapa y diagramación

Luciana Marega

Ediciones UNL

9 de Julio 3563 (3000) Santa Fe, Argentina

Telefax: 54 + 342 + 4571194

E-mail: editorial@unl.edu.ar

Venta online: www.unl.edu.ar/editorial

Resumen

El control judicial de constitucionalidad siempre está en tensión con la democracia. Frente a la idea de que es necesaria una instancia de control externa a la política para juzgar la corrección de las normas desde el punto de vista de su compatibilidad con la Constitución, se sostiene que en verdad el procedimiento democrático goza de una legitimidad para decidir que no tienen los jueces para intervenir en cuestiones políticas. Sin embargo es posible compatibilizar ambas perspectivas exigiendo que la Justicia, cuando interviene para anular decisiones democráticamente adoptadas por las Legislaturas, se encargue de resguardar los presupuestos del procedimiento democrático de fundamentación de decisiones políticas. La contribución para la solución de este problema del constitucionalismo por parte de la ética del discurso, que se relaciona con la democracia deliberativa porque ambas comparten un mismo trasfondo teórico (enfoque de la racionalidad discursiva), estriba en la explicitación de los presupuestos normativos de la práctica intersubjetiva del discurso argumentativo, sobre la que esta teoría ética basa su procedimiento deliberativo de fundamentación racional de normas morales. Este aporte de la ética del discurso permite otorgar un mayor respaldo teórico a la tesis de la compatibilidad entre democracia y derecho.

Palabras clave: Ética, Política, Derecho, Democracia deliberativa, Ética del discurso.

Abstract

The judicial constitutional of constitutionality is always in tension with the Democracy. Opposite to the idea of that is necessary an external instance of control over the political decisions for judging the correctness of the norms from the standpoint of their compatibility with the Constitution, states that the democratic process has a legitimacy to decide that they do not have the judges to determine political issues. Nevertheless it is possible to make compatible both perspectives demanding that the Justice, when it interferes to annul decisions democratically adopted in the Legislatures, takes charge protecting the budgets of the democratic procedure of foundation of political decisions. The contribution to the solution of this problem of constitutionalism on the part of the discourse ethics, which relates to the deliberative democracy because both share the same theoretical background (they are based on the discursive rationality), lies in making explicit the normative assumptions of the intersubjective practice of argumentative discourse on which this ethical theory bases his deliberative procedure of rational foundation of moral norms. This contribution of discourse ethics can provide a greater theoretical support to the thesis of the compatibility between democracy and law.

Key Words: Ethics, Politics, Law, Deliberative democracy, Discourse ethics.

0.

El tema del control judicial de constitucionalidad siempre genera cuestionamientos. Los principales tienen que ver con objetar el hecho de que el poder judicial, que es un órgano no elegido democráticamente, en ocasiones pretende modificar, o anular, las decisiones adoptadas en base a procedimientos democráticos que emanan del Poder Legislativo, o del Ejecutivo, que por ser directamente elegido por los ciudadanos goza de mayor legitimidad democrática para la toma de decisiones colectivamente vinculantes. Contrariamente a este tipo de objeciones que señala el déficit democrático de la Justicia, se sostiene que los jueces, debido a sus destrezas intelectuales, están en mejores condiciones epistémicas para decidir que los propios involucrados (o sus representantes) en un caso determinado, y por lo tanto es más probable que las decisiones correctas sean tomadas por los jueces, y no por los políticos.

Frente a este debate, el presente trabajo no sólo indaga en la posibilidad de complementar ambas perspectivas considerando el problema desde el punto de vista de la democracia deliberativa (Habermas), sino que además también considera el aporte que en tal sentido puede brindar la ética del discurso (en la versión de Apel) que, como dicha teoría política, basa su planteo en el enfoque de la racionalidad discursiva. La tesis central que intentaré defender aquí, sostiene que la revisión judicial debería orientarse a resguardar los presupuestos del procedimiento deliberativo e intersubjetivo de fundamentación que la democracia deliberativa establece, y que son explicitados o descubiertos mediante el tipo de reflexión pragmático-trascendental que la ética del discurso establece en la base de su propuesta de justificación racional de normas morales. La idea es que esta propuesta de complementación (entre el derecho y la democracia), que viene siendo planteada desde hace ya algún tiempo por varios filósofos,¹ puede complementarse con un mayor respaldo teórico a partir de considerar el aporte que en tal sentido puede brindar esta teoría ética.

En este sentido, luego de una presentación general del problema (I.), señalo las consideraciones a favor del control judicial (II.) y la posición que al respecto se asume desde la democracia deliberativa, como así también el aporte que desde este punto de vista puede realizar la ética del discurso en función de la conexión conceptual entre esta teoría ética y el enfoque de la política deliberativa (III.). Las consideraciones finales (IV.) sólo explicitan los resultados alcanzados en base a los argumentos expuestos.

I.

La concepción liberal de la democracia plantea la necesidad de limitar las decisiones democráticas mayoritarias resguardando derechos considerados básicos y fundamentales. En este contexto, respecto del control judicial sostienen algunos que para

¹ Ely, 1980, Habermas, 1994, Gargarella, 1996, 2006, Michelman, 1999, Elster, 1999, Nino, 2003, Martí, 2006.

determinadas normas de importancia central para el Estado podría resultar viable dar cuenta de ciertos “compromisos básicos” o, como señala Garzón Valdés, de un “coto vedado de principios constitucionales” que estarían exentos de la discusión legislativa ordinaria, de modo que no puedan ser afectados por mayorías circunstanciales (Garzón Valdés, 1989: 644-645). Estos principios estarían resguardados por órganos judiciales para observar la constitucionalidad de las leyes votadas por la mayoría. Sin embargo esta concepción, que pretende combinar la perspectiva judicial con la legislativa, se presenta como disputable, por ejemplo en el caso de J. Waldron, quien no sólo objeta la posibilidad de aislar un conjunto específico de principios constitucionales, sino que además cuestiona el control de constitucionalidad por parte de los jueces ya que estos no podrían estar legitimados para este tipo de control, puesto que no son elegidos democráticamente, o porque adoptan sus decisiones mediante procedimientos en los que decide la mayoría, con lo cual ellos estarían reproduciendo los mismos desacuerdos que existen fuera del ámbito de la justicia que pretenden regular (Waldron, 1993: 18-51).

En los últimos años, sin embargo, y aun cuando el debate no se haya saldado, son muchos los autores que han venido sosteniendo la necesidad de contar con un recurso como el que representa el control judicial ya que constituye una herramienta necesaria, no sólo para regular la interacción social, sino para influir y complementarse con las decisiones legislativas.² Este es entonces el debate que se genera en torno al constitucionalismo, en el marco del cual los jueces influyen de diversas maneras en las decisiones legislativas cuando a su entender estas afectan o desconocen las leyes de la Constitución.

A continuación realizaré algunas consideraciones básicas y generales sobre algunos aspectos fundamentales de este tema desde el punto de vista de la racionalidad discursiva, señalando qué abordaje podría plantearse desde la teoría de la democracia deliberativa y en conexión con la ética del discurso.

II.

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 (este desconocimiento de la Corte Suprema respecto de la potestad judicial del Poder Legislativo también se ha aplicado en los últimos años con respecto a los indultos decretados por el

² Thompson, 1999: 111-125; Fabre, 2000, 2004; Gloppen, 2006; Gragerella, 2006: 233-252; Tushnet, 2009.

Poder Ejecutivo). Esta doctrina intervencionista del Poder Judicial sobre las otras ramas del Estado se justifica cuando una norma contradice la Constitución. En este sentido incluso se puede concebir la posibilidad de justificar tal intervención judicial si no se satisfacen algunos de los requisitos que las decisiones políticas deben tener en cuenta, en el sentido de que estas, por ejemplo, se ajusten a los principios universales de moral pública, como el caso de los derechos humanos y que los hagan valer (cfr. De Zan, 2004: 62-64). Un caso es el de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final, y mediante la cual la CSJN anuló leyes democráticamente sancionadas por el Parlamento.³ En este sentido también puede tenerse en cuenta la exigencia de la Suprema Corte al Parlamento para la actualización de los haberes jubilatorios a partir del caso “Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS s/reajustes varios” del 8 de agosto de 2006, que fue un caso testigo porque obligó al Gobierno a enviar, casi dos años más tarde, el proyecto de ley para asegurar la movilidad jubilatoria que fue aprobado (mediante la ley 26417) en octubre de 2008.

Quienes frente a la democracia deliberativa justifican este tipo de intervenciones, alegan que los jueces en verdad tienen buenas chances para detectar problemas en el procedimiento deliberativo, y juzgar el modo en que el mismo funciona, asegurándose que este actúe respetando la voluntad popular. En este sentido se afirma que, aun cuando en política se actúe de buena voluntad, que no siempre ni necesariamente es el caso, dado que somos seres falibles, deberíamos aceptar toda clase de dispositivos que ayuden a corregir decisiones, las cuales siempre pueden basarse en errores fácticos y lógicos, falta de información, prejuicios, etc., además del hecho de que la política en ocasiones facilita la adopción de decisiones basadas en el privilegio de intereses parciales. La idea en este sentido, es que es posible justificar el hecho de que los jueces puedan asumir un rol significativo en el procedimiento democrático, por ejemplo, en lo que respecta a la implementación de derechos sociales.⁴ De este modo se plantea pues que los demócratas deliberativos deberían aceptar la intervención judicial.

III.

a) Desde la perspectiva de la teoría del discurso (y específicamente en lo que respecta a la teoría de la democracia deliberativa), se tiende a adoptar una postura más bien escéptica respecto del control judicial de constitucionalidad. La razón es que las decisiones adoptadas en base a procedimientos de deliberación intersubjetiva, como por ejemplo aquellas que se toman en contextos políticos como en el Parlamento (al menos esta es la idea), son anuladas por parte de una elite que

³ En este sentido el ministro de la CSJN Dr. R. Lorenzetti apela a este tipo de razones en los considerandos 19 y 24 del Fallo del 14/06/2005 en la causa 17.768 “Simón, Julio H. s/privación ilegítima de la libertad”.

⁴ Véase en este sentido Gargarella, 2006: 242-247; Kramer, 2001: 16-74.

presume un mejor posicionamiento epistémico para decidir. Esto se contrapone con los principios constitutivos básicos de la democracia, que apuntan a que la mayoría de las cuestiones sustantivas (no todas)⁵ que afectan a la comunidad queden en manos de las mayorías, o de sus órganos representativos. Por esto es que en la medida en que la idea de constitucionalismo alude a aquellos límites que se establecen sobre decisiones mayoritarias (Elster, 1999: 34 ss.), el punto de vista que representa la democracia rechaza, por principio, la pretensión de controlar y limitar judicialmente decisiones legítimamente sancionadas por los legisladores.

En este sentido el planteo de la democracia deliberativa comparte esta lectura negativa sobre el constitucionalismo, aunque sin adoptar una postura excluyente al respecto. De acuerdo con esto J. Habermas, que es una de las fuentes principales de esta teoría política, sostiene que para intentar resolver el problema de normas democráticamente sancionadas, que puedan resultar anuladas por jueces no democráticamente elegidos, lo que se debe hacer es adoptar una posición basada en el punto de vista que representa la política deliberativa. Con este posicionamiento teórico el autor se vuelca por la alternativa de la democracia, pues a su entender en principio no debería haber motivo para ejercer tal control sobre leyes originadas a partir de procedimientos democráticos si en estos han tenido vigencia presupuestos comunicativos que se expresan en el principio del discurso práctico, en el contexto del cual sólo debería tener vigencia la “fuerza de coacción” que ejercen las buenas razones, y que supone una búsqueda cooperativa que adquiere la forma de una competición para obtener los mejores argumentos orientados a la obtención de consensos racionalmente motivados y universalmente reconocidos.⁶ Este argumento de la prioridad de la democracia por sobre el derecho se fundamenta en los presupuestos filosóficos desde los cuales Habermas adopta su concepción del derecho, que depende de la democracia. En efecto, se trata de un enfoque procedimental (él habla de un “paradigma procedimental”) que subraya la perspectiva democrática e intersubjetiva de deliberación para la producción del derecho, que se lleva a cabo en el contexto del Parlamento, y que es condición de validez de las normas jurídicas. En su opinión el principio democrático de justificación de decisiones resulta de la correspondiente especificación del concepto de discurso práctico para aquellas normas de acción que se presentan bajo la forma de derecho: “para obtener criterios que permitan diferenciar entre el principio democrático y el principio moral, parto de la circunstancia de que el principio democrático debe determinar (*festlegen*) un procedimiento legítimo de producción jurídica”. La idea en este punto es que este

⁵ Por supuesto, y dependiendo de cuán rígida pueda ser una Constitución, siempre puede haber trabas para la toma de decisiones trascendentes, como por ejemplo el de la modificación de la misma Constitución. Además, como en el caso de Argentina, si bien por ejemplo con la reforma de 1994 se incorporaron a la Constitución Nacional mecanismos de participación semidirecta de la población mediante el art. 39, allí también se señala expresamente que no podrán ser objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal, y que permite no alterar la naturaleza del sistema republicano representativo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 22.

⁶ Cfr. Habermas, 1990: 40 ss., 1992: 390 ss., 1999: 37-38, 2006: 107 ss., 2009: 436-440.

principio de la democracia, señala Habermas, “está cortado a la medida de las normas jurídicas”, y por esto es que no sólo fija un tal procedimiento de producción legítima de este tipo de normas, sino que además también “regula y controla al propio medio que es el derecho” (Habermas, 1994: 139, 141, 144). A fin de cuentas, no hay que perder de vista que en un contexto postmetafísico de justificación, sólo las condiciones procedimentales de generación democrática (y deliberativa) de las leyes, y no su vinculación con entidades de carácter metafísico, religioso, dogmático, etc., propias de enfoques iusnaturalistas, aseguran la legitimidad del derecho al que apela la Corte Suprema para justificar sus fallos orientados al control judicial de constitucionalidad de normas democráticamente sancionadas.

Como consecuencia de este tipo de planteos, se objeta que si los jueces en verdad están en una posición epistémica más débil en comparación con las instituciones que se encuentran más directamente ligadas al proceso democrático en la tarea de determinar el alcance y jerarquía de los derechos, no hay por qué pensar que aquellos estén en mejores condiciones para resguardar tales derechos en contra de decisiones democráticamente adoptadas que afecten (positiva o negativamente) a estos derechos (cfr. Nino, 1997: 259-260).

De lo que se trata entonces hasta aquí, es de señalar la prioridad del punto de vista de la democracia por sobre el del derecho en lo que respecta a este problema del control judicial. Naturalmente, esto no implica negar la posibilidad, y llegado el caso tampoco la necesidad, de llevar a cabo tal clase de controles sobre el Poder Legislativo y Ejecutivo (de hecho esto es algo que aún es necesario aclarar, como haremos a continuación), pero sí permite señalar el punto de vista que deberíamos adoptar para, desde allí, poder analizar con fundamentos adecuados el problema del control judicial.

Sobre esta base presento el siguiente argumento para justificar esta visión crítica, aunque no excluyente, del constitucionalismo.

b) La pregunta fundamental que llegados a este punto es necesario responder, es por qué debería resultar prioritaria la perspectiva de la democracia por sobre la de los jueces cuando estos pretenden controlarla, ya sea anulando u obligando a tomar decisiones, por ejemplo al Poder Legislativo, y cuáles son los fundamentos teórico-filosóficos que respaldan la respuesta en cuestión (esto lo abordamos más adelante en -c-).

La idea es que toda justificación racional de decisiones necesariamente comporta el punto de vista de la intersubjetividad comunicativa y el consecuente intercambio y confrontación crítica de argumentos mediante los cuales se elevan pretensiones de validez para justificarlos, y ello incluso cuando, por ejemplo, se discute el tema del control judicial. Es esta praxis (idealmente) argumentativa, que se identifica con la democracia y los debates en el Parlamento cuando se sanciona una ley, antes que con los jueces cuando deliberan y deciden sus fallos, la que permite fundamentar la prioridad democrática por sobre la judicial. Este fundamento, de carácter epistemológico a favor de la democracia deliberativa, señala que la de-

liberación 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 permite incrementar el conocimiento que uno tiene respecto de determinado tema, y ayuda a detectar errores en los argumentos expuestos. Por supuesto que una decisión colectiva adoptada en base a un procedimiento deliberativo e intersubjetivo puede resultar errónea desde todo punto de vista (jurídico, político, moral, pragmático, etc.), y un solo individuo, o unos pocos, adoptar una decisión correcta, pero este método es menos confiable porque tiende a eliminar la posibilidad de la evaluación crítica y el aporte de mejores opciones alternativas para decidir respecto de un determinado tema y que pueden plantearse desde el punto de vista de los demás interlocutores involucrados en una discusión. Sólo el consenso logrado en base a un amplio debate constituye un criterio confiable para llegar a la mejor decisión posible (cfr. Habermas, 1994: 318-319, Nino, 1997: 161, Martí, 2006: 116-117, 166-170).

También es cierto que, como señala Nino, podría argumentarse que en realidad el control judicial de constitucionalidad es prioritario porque los jueces, cuando ponen en vigor la Constitución, rinden honor a la soberanía popular que en ella se expresa. Pero este en realidad es un argumento erróneo, sostiene el autor, porque la mayoría de las constituciones no han sido sancionadas mediante un procedimiento democrático genuino, y en general sólo una fracción de la población participa del proceso constitucional (esto es especialmente evidente en Argentina, donde ni siquiera la revolución de hace doscientos años fue realizada por el pueblo, sino solamente por una parte minoritaria de la población de una sola ciudad). Por otro lado, si se sostiene que efectivamente la Constitución ha sido democráticamente sancionada, lo más probable es que su vigencia se vea afectada debido al hecho de que la legitimidad democrática se diluye con el tiempo (Nino, 1997: 271), con lo cual vuelve a primar la idea de una aristocracia que se supone en una posición elitista con derecho a decidir por sobre la voluntad popular.

En este sentido también es posible justificar este argumento sosteniendo que el procedimiento intersubjetivo y democrático de deliberación, cuando el mismo se efectiviza, goza de una relevancia epistémica que no tienen los jueces porque, entre otras razones, ellos no participan de los litigios que deben resolver como un involucrado en el proceso, intercambiando argumentos y sometiéndolos a las observaciones críticas de los otros involucrados, sino que desempeñan el rol de aquel ante quien dicho proceso discurre, y que debe evaluar las razones que los demás le presenten. Esto significa que el juez no asume el rol de un interlocutor discursivo, ni está en relación de simetría con las demás partes involucradas. En consecuencia, nuevamente, es más probable que el procedimiento intersubjetivo de deliberación democrática se encuentre en una mejor posición (en el sentido señalado) para adoptar decisiones colectivamente vinculantes, que la que pueda adoptar un juez, que prescinde de este punto de vista.

Por estas razones resulta al menos cuestionable la idea de que el Poder Judicial, que en su carácter contramayoritario es el de menor legitimidad democrática,⁷ tenga

la capacidad de decidir la última palabra, aun en contradicción con la voluntad del Legislativo.

De todos modos, y como ya hemos señalado, nada de esto significa que el control judicial y la democracia no puedan ni deban relacionarse. Ahora bien, el tipo de conexión que en este contexto resulta admisible, es aquella en la que los jueces se encarguen de garantizar los presupuestos de la democracia. En efecto, la Corte Suprema (o cualquier tipo de Tribunal Constitucional específicamente diseñado para cumplir tal función de control –como hay en algunos países de Europa–) debería orientarse a proteger el sistema de los derechos que posibilitan la autonomía privada y pública de los ciudadanos, y específicamente, a resguardar el procedimiento democrático, tanto de producción jurídica en el Parlamento, como así también de toma de decisiones por parte del Poder Ejecutivo: “por esto [el control judicial] debe examinar el contenido controvertido de las normas, ante todo, en el contexto de los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales del procedimiento democrático de producción jurídica. Una tal comprensión procedimental de la constitución otorga al problema de la legitimidad del control judicial un giro en términos de la teoría democrática” (Habermas, 1992: 320-321). Desde este punto de vista la revisión judicial podría justificarse entonces en la medida en que concentre sus esfuerzos en salvaguardar el procedimiento político, y así los jueces se convertirían en la voz de las minorías.⁸ Esta es en parte también la postura de uno de los autores que más ha analizado este tema, como es J. Ely, para quien este tipo de control debe resguardar los canales por los que discurre el procedimiento a través del cual se organiza a sí misma la comunidad jurídica democrática, pues “sobre lo que primariamente debe reparar el control judicial, es sobre el desbloqueo de las obstrucciones del proceso democrático” (Ely, 1890: 108, 117).⁹ En este sentido, por ejemplo, podría pensarse que cuanto más restringido sea el acceso del ciudadano sobre el proceso político, más razones hay para aumentar el control judicial de éste, pues el riesgo que se quiere evitar, es que las reglas de juego sean manipuladas por unos pocos en su propio beneficio.¹⁰ De acuerdo con esto, el examen de la génesis de las normas debería tener por objeto comprobar si se han respetado los derechos fundamentales que garantizan el correcto desempeño de las instituciones y los correspondientes procedimientos democráticos.

⁷ En Argentina desde 2003 el sistema vigente es una combinación de ambas perspectivas. El presidente propone a un nuevo miembro de la Corte, que luego pasa por un proceso de evaluación mediante audiencias públicas y cuyos resultados se someten a la deliberación de los senadores en el Parlamento para la decisión final.

⁸ Cfr. Habermas, 1992: 320, 2004: 133-151, 2006: 275 ss., Nino, 1997: 269 ss.; Gargarella, 2006, Ferrajoli, 2008: 55, 87, 197-198.

⁹ En parte esto también sostienen otros autores. Cfr. Sunstein, 1985: 68, Thomson, 1999, Fabre, 2000: 148, Glöppen, 2006: 244-248.

¹⁰ Este podría haber sido el caso de la última elección legislativa de 2009 a partir del problema de las llamadas “listas sábanas”, o “candidaturas testimoniales”. Cfr. en este sentido Gargarella 2009.

De este modo es posible justificar entonces el argumento a favor del control judicial de constitucionalidad, y de que este es enteramente compatible con la perspectiva de la democracia deliberativa en la medida en que el mismo contribuya a asegurar el valor epistémico de la democracia, y las precondiciones que la posibilitan. La idea entonces es que los jueces, cuando intervienen (en el sentido que venimos señalando), deberían adoptar medidas que promuevan el procedimiento democrático de deliberación intersubjetiva para la fundamentación de decisiones en el ámbito político.

Esta concepción acerca del modo en que el constitucionalismo debería relacionarse con la democracia, como señalamos, es propuesta por varios autores desde hace ya algún tiempo. De modo que no es ni novedosa ni original. Sin embargo, lo que sí podemos, en orden a clarificar la justificación de esta propuesta de complementación, es indagar con mayor profundidad aún en los fundamentos filosóficos que permiten respaldar esta postura. De esto nos ocupamos a continuación, ya en la parte final del trabajo.

c) Lo que es necesario señalar aquí, es que los presupuestos del procedimiento democrático que el control judicial debe resguardar pueden interpretarse como aquellos que la ética del discurso permite explicitar en su procedimiento de fundamentación, lo cual permite justificar la idea de que esta teoría ética adopta un papel fundamental, aunque por cierto no excluyente, para el mejoramiento de la calidad institucional del estado de derecho democrático.

Básicamente, esta teoría ética adopta una perspectiva de fundamentación procedimental e intersubjetiva para la justificación de la validez de las normas morales que incorpora, desde sus propios presupuestos filosóficos, las implicancias conceptuales del giro lingüístico, pragmático y hermenéutico de la filosofía contemporánea.¹¹ En su versión apeliana, la ética del discurso tiene como punto de partida el análisis de las condiciones de posibilidad (*Bedingung der Möglichkeit*) de la argumentación mediante una reflexión pragmático-trascendental (en el caso de Habermas hablamos de una “pragmática universal”) en la medida en que se propone explicitar los presupuestos ya siempre operantes en la misma práctica comunicativa, llevada a cabo en términos de argumentos que posibilitan el planteo de todo enunciado con sentido, y que consecuentemente también son constitutivos de todo entendimiento intersubjetivo. De este modo, esta teoría adopta una perspectiva dialógica de justificación sobre la base de la interacción discursiva. A su vez, la ética del discurso también comporta una parte correspondiente a la definición del contenido concreto de normas situacionales, y al análisis de la realidad socio-histórica desde el punto de vista de una ética de la responsabilidad (*Verantwortungsethik*) para determinar

¹¹ Para un estudio reconstructivo de lo que, según los propios autores, podemos caracterizar como los fundamentos conceptuales de la ética del discurso, véase Apel, K.-O., Böhler, D., Kadelbach, G. 1984. Cfr. además también Apel, 1973; 1980: 272; 1986: 45-85; 1996: 17-41, 1998; Habermas, 1971; 1974; 1991, Böhler, 1985, 2003: 221-249; Kuhlmann, 1992. Por el lado de algunos comentaristas, cfr. Maliandi, 1991: 47-62; Michelini, 1991: 63-87; De Zan, J., 1994: 15-45; Damiani, 2009.

las condiciones que afectan la implementación del procedimiento en cuestión.¹² Pero de estas dos partes no me voy a ocupar aquí, sino sólo de aquella primera (parte) mencionada respecto del tipo de reconstrucción señalado.

El punto en cuestión que aquí pretendo subrayar, es que este tipo de reflexión que efectúa esta teoría ética sobre las presuposiciones (morales) del discurso,¹³ y en base a la cual explicita su principio procedimental de fundamentación discursiva, permite dar cuenta de los requisitos inherentes al procedimiento de fundamentación de la democracia deliberativa que, como dijimos, el control judicial debería resguardar. En efecto, en este contexto la ética del discurso adopta una importancia fundamental, pues dicho procedimiento reflexivo-reconstrutivo de los presupuestos de la práctica intersubjetiva del discurso argumentativo, explicita las condiciones en base a las cuales se estructuran los derechos en los que se expresa el valor del procedimiento democrático, y que el control judicial debería resguardar cuando se orienta a proteger y asegurar las condiciones que posibilitan la práctica democrática. Estas condiciones a las que hago referencia, pueden señalarse en términos de los principios de autonomía, dignidad, e inviolabilidad de la persona, y expresan derechos (de carácter liberal, pero no sólo negativos, sino también positivos, derechos sociales, o constitucionales, además de políticos, civiles, humanos, etc.) que tienen una importancia fundamental para el sistema democrático¹⁴ (que propone la democracia deliberativa) debido a que, implícita o explícitamente, son aquellos en los que este se basa, y que por cierto no derivan de la misma práctica democrática, y por supuesto tampoco de presupuestos metafísicos, dogmáticos, religiosos, etc., sino que (y nuevamente) surgen de reflexiones efectuadas sobre los presupuestos de la práctica argumentativa y que la ética del discurso explicita (reconstruye) mediante su enfoque de la pragmática del lenguaje. En este sentido cabe señalar que tal clase de condiciones normativas implican la amplitud de participación en la discusión de los potencialmente afectados por una decisión, la libertad de expresión en una deliberación, la igualdad de condiciones bajo las cuales la participación se lleva a cabo, la satisfacción de que las propuestas sean apropiadamente justificadas, la exclusión de intereses no generalizables, la reversibilidad de la decisión, etc.¹⁵

Desde el punto de vista de los presupuestos filosóficos sobre los que se apoya esta teoría ética, esto se explica teniendo en cuenta que, como ya señalamos, en

¹² Cfr. Apel, 1993, 2001, Kuhlmann, 1992: 25; Böhler, 2003: 222-232.

¹³ Respeto recíproco, libertad comunicativa para plantear argumentos, no coacción, y demás reglas de simetría que comportan lo que Maliandi denomina como “principios de equidad discursiva”; cfr. Maliandi, 2006: 231 ss.

¹⁴ En este sentido podríamos citar el caso SIMOLIUNAS, que es el de dos argentinos que viven en Salta que querían mudarse a Lituania en donde les exigen que deben tramitar la pérdida de la nacionalidad de origen; sin embargo el Juez Federal n° 1 de Salta se los deniega y la Cámara Nacional Electoral lo confirma porque en nuestro derecho no existe la figura del apátrida para nuestros nacionales, ya que pueden no ejercer derechos políticos en otro Estado, y pueden tener doble nacionalidad, pero la nacionalidad argentina ni se renuncia (porque la atribución de la nacionalidad es un acto potestativo del Estado) ni se pierde. Cfr. CAUSA: «Simoliunas, Christian David y Federico Javier s/solicitan renuncia a ciudadanía argentina» (Expte. N° 4462/08 CNE) SALTA, 2008. Agradezco a la Dra. Uberti por sus valiosos aportes en este sentido.

una época postradicional como la actual, la posibilidad de fundamentación racional depende de procedimientos dialógicos e intersubjetivos de confrontación de argumentos orientados a la obtención de consensos racionalmente motivados.

Por supuesto, aquí es necesario al menos señalar que este argumento acerca de los aportes de la ética del discurso para la solución del problema (que representa para la democracia) el control judicial se sustenta, en última instancia, en la conexión que puede establecerse entre los fundamentos discursivos de esta teoría ética y la democracia deliberativa. En este sentido ambos enfoques de la racionalidad constituyen dos derivaciones teóricas, claramente distinguibles pero mutuamente complementarias, del enfoque de la racionalidad discursiva y que comparten un mismo procedimiento de fundamentación. Como hemos venido señalando, este se caracteriza por la deliberación intersubjetiva consistente en el intercambio y confrontación crítica de argumentos orientados a la obtención de consensos racionales, y que se basa en el reconocimiento del carácter esencialmente intersubjetivo de la racionalidad explicitado a partir de la reconstrucción reflexiva sobre los presupuestos del discurso argumentativo. De acuerdo con esto también hay que tener presente (entre otras cuestiones) que para Habermas esta teoría política se expresa en la idea de que en su procedimiento democrático de fundamentación “se genera una conexión interna entre negociaciones, discursos de autocomprensión y discursos referentes a la justicia. [...] Con ello, la razón práctica se repliega desde la noción de los derechos universales del ser humano, o desde la eticidad concreta de una comunidad determinada, a aquellas reglas del discurso y formas de la argumentación que toman su contenido normativo de la base de validez de la acción orientada al entendimiento, y, en definitiva, de la estructura de la comunicación lingüística” (Habermas, 1994: 359-360). Es así como el núcleo normativo de la política deliberativa asume los principios de la ética del discurso.

Desde este punto de vista podría justificarse entonces, con un mayor respaldo teórico, el control judicial alegando que el mismo debería orientarse a garantizar la discusión democrática, por ejemplo, impidiendo la discriminación de grupos (cuando no se permite la participación de ciertos partidos políticos en el proceso electoral), favoreciendo la creación de una opinión pública informada (al impedir que ciertas opiniones sean censuradas, o la formación de monopolios en los medios de comunicación masiva), o impidiendo la privación de la libertad de alguien sin justa causa, etc.

Naturalmente, este es un tema muy complejo que tiene implicancias para el diseño institucional, la división de poderes, la representación, etc., pero aquí sólo me interesa señalar una vía de investigación que podría tenerse en cuenta para intentar justificar la idea de que la ética del discurso adopta un papel fundamental, aunque *no* excluyente, para la justificación del control judicial de constitucionalidad.

¹⁵ Cfr. Fiss, 1976: 153, Habermas, 1994: 320, Nino, 1997: 271-272, 292-293. Gargarella, 2006: 243 ss.; Martí, 2006: 180-205; Ferrajoli, 2008: 197-198.

IV.

En función de lo señalado podemos concluir entonces que el control judicial constituye un requisito fundamental del ordenamiento democrático, y representa una instancia externa que se encuentra fuera del proceso político adoptando un carácter contramayoritario, *pero* para garantizar los principios que sustentan la democracia. Desde este punto de vista puede afirmarse que el control judicial de constitucionalidad es un requisito básico y fundamental que viene dado por el reconocimiento de los derechos y de la democracia. La superioridad epistémica de la democracia, que la política deliberativa con razón sostiene, no es algo que surge sólo a partir de la mera práctica democrática, sino que depende de ciertas condiciones, positivas y negativas, que este proceso debe cumplir, condiciones que los jueces deben encargarse de resguardar, y que son los que, en última instancia, la ética del discurso permite explicitar con su procedimiento reconstructivo de justificación racional.

Bibliografía

- Apel, K.-O., Böhler, D., Kadelbach, G.** (eds.), 1984, *Funkkolleg Praktische Philosophie/Ethik: Dialoge*, Tomos I, II, Frankfurt, Fischer.
- Apel, K.-O.**; 1973, *Transformation der Philosophie* (Tomos I y II), Frankfurt, Suhrkamp
- Apel, K.-O.**; 1980, "Notwendigkeit, Schwierigkeit und Möglichkeit einer philosophischer Begründung der Ethik im Zeitalter der Wissenschaft", en Kanellopoulos (ed.), *Festschrift für K. Tsatsos*, Atenas.
- Apel, K.-O.**, 1986, *Perspektiven auf Sprache. Interdisziplinäre Beiträge zum Gedanken an Hans Hörmann*, Berlín-New York, W.de Gruyter.
- Apel, K.-O.**, 1993, "Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik: Können die Rationalitätsdifferenzen zwischen Moralität, Recht und Politik selbst noch durch die Diskursethik normativ-rational gerechtfertigt werden?", en Kettner, M., Apel, K.-O.; *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, Frankfurt, Suhrkamp.
- Apel, K.-O.**, 1996, "Die Vernunftfunktion der kommunikativen Rationalität. Zum Verhältnis von konsensual-kommunikativer Rationalität, strategischer Rationalität und Systemrationalität", en Apel, K.-O., Kettner, M. (eds.), *Die eine Vernunft und die vielen Rationalitäten*, Frankfurt, Suhrkamp.
- Apel, K.-O.**, 1998, *Auseinandersetzungen in Erprobung des transzendentalpragmatischen Ansatzes*, Frankfurt, Suhrkamp.
- Apel, K.-O.**, 2001, "Diskursethik als Ethik der Mit-Verantwortung vor den Sachwängen der Politik, des Rechts und der Marktwirtschaft", en Apel, Burckhart, *Prinzip vor dem Mit-Verantwortung. Gründllage für Ethik und Pädagogik*, Würzburg, Königshausen & Neumann.
- Böhler, D.**; 1985, *Rekonstruktive Pragmatik, Von der Bewußtseinsphilosophie zur Kommunikationsreflexion: Neubegründung der praktischen Wissenschaften und Philosophie*, Frankfurt, Suhrkamp,

- Böhler, D.**, 2003, "Transzendentalpragmatik und Diskursethik. Elemente und Perspektiven der apelschen Diskursphilosophie", en *Journal for General Philosophy of Science*, N° 34, pp. 221-249.
- Damiani, A.**; 2009, *Handlungswissen. Eine transzendente Erkennung nach der pragmatischen Wende*, Freiburg/München, Verlag Karl Alber.
- De Zan, J.**, 1994, "Filosofía y pragmática del lenguaje", en Apel, K.-O., *Semiótica filosófica*, Buenos Aires, Almagesto, pp. 15-45.
- De Zan, J.**, 2004, *La ética, los derechos y la justicia*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer.
- Elster, J.**; 1999, *Constitucionalismo y democracia*, México, FCE.
- Ely, J.**; 1980, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Mass., Harvard University Press.
- Fabre, C.**, 2000, *Social Rights under the Constitution. Government and the Decent Life*, Oxford, O.U.P.
- Ferrajoli, L.**; 2008, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta.
- Fiss, O.**, 1976, "Groups and the Equal Protection Clause", *Philosophy and Public Affairs*, N° 5, pp. 107-177.
- Gargarella, R.**; "El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo. Algunas notas teóricas y una mirada sobre el caso de la Argentina", *Sociedad*, N°6, Facultad de Ciencias Sociales (UBA)
- Gargarella, R.**, 1996, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel.
- Gargarella, R.**; 2006, "Should Deliberative Democracy Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?", en Besson, S., Martí, J. (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Aldershot/Burlington, Ashgate.
- Gargarella, R.**, "La Justicia tiene algo que decir", *La Nación*, 29 de mayo de 2009
- Garzón Valdéz, E.**; 1989, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Gloppen, S.**, 2006, "Analyzing the Role of Courts in Social Transformation", en Domingo, P., Gargarella, R., Roux, T. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate.
- Habermas, J.**; 1971, „Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der Kommunikativen Kompetenz“ en Habermas, J.; Luhmann, N.; *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt, Suhrkamp.
- Habermas, J.**, 1974, „Zur Logik des theoretischen und praktischen Diskurses“, en Manfred, R. (eds.), *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Freiburg, Rombach.
- Habermas, J.**; 1990, *Pensamiento postmetafísico*, Madrid, Taurus.
- Habermas, J.**; 1991, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt, Suhrmap.
- Habermas, J.**; 1999, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós.
- Habermas, J.**; 2004, *Zeit der Übergänge*, Frankfurt, Suhrkamp.
- Habermas, J.**; 2006, *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Paidós.
- Habermas, J.**; 2009, *Philosophische Texte (Bd. 4: Politische Theorie)*, Frankfurt, Suhrkamp.
- Kramer, L.**; 2001, "Foreword: We the Court", *The Supreme Court, 2000 Term, Harvard Law Review*, pp. 16-74.

- Kuhlmann, W.;** 1992, *Sprachphilosophie. Hermenutik. Ethik. Studien zum Transzendental-pragmatik*, Würzburg, Köninghausen & Neumann.
- Maliandi, R.;** 2006, *Ética: dilemas y convergencias*, Buenos Aires, Biblos.
- Maliandi, R.;** “Semiótica filosófica y ética discursiva”, en Apel, K.-O., *Semiótica filosófica* (cit.), pp. 47-62.
- Martí, J.-L.;** 2006, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Barcelona, Marcial Pons.
- Michelini, D.;** “La pragmática trascendental y el asedio posmoderno a la racionalidad”, en Apel, K.-O., *Semiótica filosófica* (cit.), pp. 63-87.
- Michelmann,** 1999, *Brennan and Democracy*, Princeton, Princeton University Press.
- Nino, C.S.,** 1997, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa.
- Sunstein, C.,** 1985, “Interest Groups in American Public Law”, *Stanford Law Review*, 38, pp. 29-87.
- Sunstein, C.,** 2004, *The Second Bill of Rights*, Basic Books, New York, 2004;
- Thompson, D.;** 1999, “Democratic Theory and Global Society”, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 7, Nº 2, pp. 111-125;
- Tushnet, M.,** 2009, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press.
- Waldron, J.;** 1993, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Nº 13, pp. 18-51;
- Waldron, J.;** 1999, *Law and Disagreement*, Oxford, O.U.Press.