

Democracia y constitucionalismo: distensión deliberativa. Una introducción

*Democracy and Constitutionalism: Deliberative Reconciliation.
An Introduction*

José Luis Martí

Universitat Pompeu Fabra, España
joseplluis.marti@upf.edu

Ignacio Giuffré

Universitat Pompeu Fabra, España
ignacio.giuffre@upf.edu

Resumen: La introducción a esta sección monográfica de *Isonomía* titulada “Democracia y constitucionalismo: distensión deliberativa” tiene los siguientes objetivos. Primero, reconstruye los dos componentes de la democracia constitucional –esto es, la democracia y el constitucionalismo–, junto con la tensión que a menudo suele plantearse entre ambos (I). Luego, argumenta que la deliberación ofrece una distensión de la democracia y el constitucionalismo en el plano de los principios (II) y en el plano de las instituciones (III). Finalmente, presenta la contribución al constitucionalismo democrático deliberativo de cada uno de los trabajos publicados en esta sección monográfica editada por Ignacio Giuffré (IV).

Palabras clave: democracia deliberativa, constitucionalismo deliberativo, justicia, legitimidad, control judicial.

Abstract: The introduction to this monographic section of *Isonomía* entitled ‘Democracy and Constitutionalism: Deliberative Reconciliation’ has the following objectives. First, it reconstructs the two components of constitutional democracy—that is, democracy and constitutionalism—, along with the tension that often arises between the two (I). It then argues that deliberation offers a reconciliation between democracy and constitutionalism at both the level of principles (II) and the level of institutions (III). Finally, it presents the contribution to deliberative democratic constitutionalism of each works published in this monographic section edited by Ignacio Giuffré (IV).

Keywords: deliberative democracy, deliberative constitutionalism, justice, legitimacy, judicial review.

I. Democracia y constitucionalismo

En esta sección inicial vamos a reconstruir los elementos que componen la democracia constitucional, esto es, la democracia y el constitucionalismo, así como también la tensión que tradicionalmente suele plantearse entre los dos. A tal fin, conviene comenzar con una breve distinción entre *democracia* y *justicia*. Sin negar su complejidad, podemos asumir como punto de partida que la democracia exige que el *proceso* de toma de decisiones respete la *legitimidad*, mientras que la justicia exige que el *contenido* de las decisiones respete los *principios sustantivos de justicia*, entre ellos el de los *derechos fundamentales*. Así pues, la democracia se centra en las preguntas relativas a *quién* y *cómo* se decide, esto es, la adecuación del *procedimiento* de la decisión a las exigencias en materia de legitimidad. En cambio, la justicia se centra en las preguntas relativas a *qué* se decide, esto es, la adecuación del *contenido* de la decisión a las exigencias en materia de justicia sustantiva y los derechos fundamentales.¹

Ambos ideales han sido entrelazados a partir de una singular forma de organización política y jurídica que se ha expandido a escala global: la *democracia constitucional*.² Si también simplificamos, la democracia constitucional puede concebirse como una forma de gobierno democrático regulado constitucionalmente. Esta regulación constitucional del poder democrático se ha perseguido principalmente mediante dos vías: la creación de derechos fundamentales –lo cual plasma una determinada concepción de la justicia–, junto con la limitación del poder del pueblo y las instituciones democráticas –lo cual plasma una determinada concepción de la legitimidad.

A primera vista, parece haber un acuerdo sobre esto, de ahí que uno de nosotros ha destacado que “compartimos el mismo ideal: uno en el que el pueblo se autogobierna, respetando los derechos de las demás personas” (Martí 2014: 552). En el mismo sentido, Waldron ha planteado que “la democracia no es incompatible con la idea de derechos”, pues, como hay “desacuerdos” sobre los derechos y la justicia, se vuelve ineludible la democracia o dimensión autoritativa del asunto (Waldron 2005: 337). En otras palabras, como tenemos dichos desacuerdos, no basta con una teoría de los derechos o la justicia para evaluar las decisiones políticas, sino que ella debe ser “complementada” con una teoría de la autoridad política (Waldron 2005: 291). Dicho en los términos planteados al inicio, no alcanza con remitirse a la cuestión sustancial atinente a *qué* se decide, sino que también es necesario afrontar la cuestión procedimental atinente a *quién* y *cómo* se decide.

Cabe añadir que la necesidad de acordar sobre un criterio de legitimidad no deriva únicamente de la existencia permanente de desacuerdos sobre *qué* es lo que debemos

hacer o decidir, sino también de que, incluso aunque acordáramos todos sobre esto, no resulta indiferente *quién y cómo* se toman las decisiones públicas que se nos aplican a todos. En este sentido, necesitamos procedimientos que resulten no solo adecuados para maximizar la probabilidad de decisiones correctas desde el punto de vista de la justicia sustantiva, sino también que resulten aceptables para todos, esto es, que puedan ser justificables públicamente. Ello se muestra claramente en cualquier arquitectura democrática constitucional que, además de reconocer una serie de derechos sustantivos fundamentales, establecen el diseño básico de la estructura institucional del Estado, a la vez que señalan *quién y cómo* deben tomarse de manera legítima cada una de las decisiones importantes en el sistema político y jurídico.

Sin embargo, el mencionado acuerdo parece difuminarse al momento de delimitar con mayor detalle –por un lado– el peso y la concepción de los principios de la democracia y el constitucionalismo, y –por otro lado– la forma concreta de imbricar institucionalmente ambos ideales.

Por un lado, en el plano de los principios, una de las controversias atañe al peso que se le confiere a cada uno de los dos ideales. En tal sentido, cabe destacar que desgraciadamente los procedimientos con mayor legitimidad –los más democráticos– no necesariamente garantizan para todas las personas la justicia de las decisiones. Por lo tanto, en ocasiones puede haber un desajuste entre el contenido de la decisión que se considera justo y el procedimiento de la decisión que se considera legítimo. Esto se traduce en una paradoja compleja. De allí que, frente a tal disyuntiva, algunas personas optan por darle mayor importancia a la justicia o los derechos fundamentales que el contenido de la decisión respeta o vulnera, mientras que otras personas optan por darle mayor importancia a la legitimidad democrática que el procedimiento de la decisión respeta o vulnera.

Otra controversia en el plano de los principios atañe a la forma de concebir la democracia y el constitucionalismo. Al respecto, para dar un solo ejemplo, cabe recordar que Waldron suscribe una concepción débil del constitucionalismo y una concepción fuerte de la democracia, pero hay dudas acerca de si efectivamente suscribe una concepción deliberativa de ambos ideales.³ Además, aunque para Waldron “el derecho a la participación” –concebido como “el derecho de los derechos”– es la respuesta a la pregunta relativa a *quién decide* (Waldron 2005: 290), parece que se refiere al poder legislativo. A su vez, frente a la pregunta relativa a *cómo se decide*, se inclina por la regla de la mayoría. Desde nuestra perspectiva –como detallaremos abajo (II y III)–, a la primera pregunta respondemos que la sociedad es quien debe decidir las cuestiones

fundamentales –aunque en muchas ocasiones puede resultar adecuado vehicular esa decisión a través de las instituciones representativas como el parlamento–, mientras que a la segunda pregunta respondemos que tales cuestiones fundamentales deben decidirse mediante una deliberación democrática de calidad que intente construir amplios consensos razonados, y solo en última instancia puede recurrirse a una regla de la mayoría.

Por otro lado, en el plano de las instituciones, una de las controversias atañe a la forma concreta de imbricar ambos ideales en la práctica. Aquí, en la cuestión institucional, la controversia cobra más fuerza, en particular a la hora de definir quién debe tener la “última palabra” o, para no sacralizar la “última palabra” –que en realidad no la tiene nadie–,⁴ cuál poder debe tener cada una de las instituciones en la protección de los derechos fundamentales. Tradicionalmente, se han ofrecido dos respuestas opuestas que, sin embargo, han coincidido en que entre la democracia y el constitucionalismo hay una tensión de difícil solución, razón por la cual dan mayor o menor importancia a las instituciones democráticas o a las instituciones contrademocráticas. Así pues, por un lado, un grupo de teorías han propuesto conceder primacía al constitucionalismo sobre la democracia, de ahí el adjetivo *fuerte* para referirse al constitucionalismo y *débil* para referirse a la democracia (v. gr. Dworkin, Ferrajoli). Por otro lado, un grupo de teorías han propuesto conceder primacía a la democracia sobre el constitucionalismo, de ahí el adjetivo *débil* para referirse al constitucionalismo y *fuerte* para referirse a la democracia (v. gr. Bellamy, Gardbaum). De ahí que, sin perjuicio del acuerdo inicial sobre la importancia de los principios que conforman la democracia constitucional, estamos en desacuerdo sobre la forma institucional concreta de aproximarnos a ellos (Martí 2014: 552). En otras palabras, si bien compartimos una preocupación por el déficit democrático, cuando nos dirigimos a la teoría normativa para buscar orientaciones sobre cómo revertir tal problema, nos encontramos con desacuerdos sobre cuáles serían las soluciones institucionales (Lafont 2020: 3).⁵

Por lo dicho hasta aquí, con frecuencia se ha planteado que nuestras democracias constitucionales entrañan una *tensión* entre sus elementos constitutivos: la democracia y el constitucionalismo. En este marco, a continuación, argumentaremos que la *deliberación*, especialmente cuando viene acompañada de un enfoque sistémico, ofrece una *distensión* entre la democracia y el constitucionalismo tanto en el plano de los principios (II) como en el de las instituciones (III). Esta atenuación del contrapunto, a su vez, engendra un *constitucionalismo democrático deliberativo*, al cual contribuyen los trabajos que integran el presente monográfico (IV).

II. Distensión deliberativa en el plano de los principios

Frente a la oposición tradicional entre la democracia y el constitucionalismo (I), nuestro argumento aquí es que la deliberación, en términos habermasianos, opera como *bisagra* o *categoría de mediación* entre la democracia y el constitucionalismo en el plano de los principios. A partir de una mirada deliberativa tanto de la democracia como del constitucionalismo, y sin priorizar ni uno ni otro ideal de manera exclusiva, no hay una tensión inherente en el nivel de los principios, sino que media una relación armónica. En otras palabras, si la democracia y el constitucionalismo se conciben en términos deliberativos, no necesariamente hay una rivalidad entre los dos. Sino que, en cambio, se requieren mutuamente, son interdependientes y están implicados recíprocamente. Desde esta perspectiva, entonces, la democracia constitucional se orienta a las contribuciones bilaterales entre ambos ideales y se alinea hacia un propósito común: la garantía de los derechos fundamentales y la deliberación democrática. Sobre esta premisa, la fundamentación de la democracia constitucional se asienta sobre un complemento de razones procedimentales –la legitimidad y la democracia– y razones sustantivas –los derechos y la justicia–, antes que por la primacía o reemplazo de unas por otras.

Nuestro argumento se sustenta en los aportes de una serie de trabajos que han surgido a partir del *giro deliberativo* contemporáneo de la teoría democrática y constitucional a finales del siglo XX. Entre ellos, uno de los más tempranos fue el de Bessette (1980), que no solo aludió al adjetivo “deliberativa” para calificar la democracia, sino que con la expresión “democracia deliberativa” hizo referencia a los principios de la Constitución que garantizan el debate público. Desde entonces y de manera vertiginosa durante estas décadas, la democracia y el constitucionalismo han empezado a abordarse en vínculo más armónico con la deliberación. Aquí no tenemos espacio para el abordaje de todas las contribuciones a la emergencia, el desarrollo y la expansión del giro deliberativo de la democracia y el constitucionalismo,⁶ de modo que haremos referencia algunas de las que consideramos más importantes.

Entre tales contribuciones al constitucionalismo democrático deliberativo, Habermas ha ofrecido una de las más trascendentales, además de ser el filósofo político que teorizó de forma más temprana, completa y profunda el ideal de democracia deliberativa a partir de su teoría de la esfera pública y la acción comunicativa. Según él, la democracia constitucional no implica una “unión paradójica de principios contradictorios” (Habermas 2001: 780). En sustento, ha acudido a la tesis sobre la “cooriginalidad” o fusión entre la autonomía privada y la autonomía pública, o la

democracia y el constitucionalismo, o la soberanía popular y el Estado de derecho (Habermas 2008: 187, 193-195). Conforme a esta tesis, los derechos fundamentales que se crean mediante una constitución se justifican en la medida que sean el resultado de un proceso democrático deliberativo, mientras que el proceso democrático deliberativo se justifica en la medida que sea respetuoso de los derechos fundamentales en la constitución (Habermas 1995). Habermas ha sostenido que la autonomía política no está restringida a priori por derechos naturales o morales, pues a ese ámbito lo único que le viene predeterminado es el “principio del discurso”, según el cual, la validez o legitimidad depende de que las decisiones cuenten con el asentimiento de las personas que pudieran verse afectadas por tales decisiones (Habermas 2008: 172). En estos términos, el constitucionalismo o los derechos no suponen una “restricción” o contrapeso para la democracia, sino sus “condiciones posibilitantes”, y lo mismo a la inversa. En consecuencia, ambos ideales no solo están a la par y tienen igual peso, sino que se presuponen intrínseca y mutuamente.

En el marco de aportes como estos, Michelman se apartó de miradas pluralistas y acuñó tempranamente las expresiones “constitucionalismo dialógico” y “constitucionalismo republicano”, con el objetivo de explicitar las contribuciones recíprocas no solo entre la democracia y el constitucionalismo, sino también con el republicanismo (1988) –objetivo que también persiguió tempranamente Sunstein (1990). Algunos años después, Bohman (1998) acuñó la expresión “constitucionalismo deliberativo” en referencia al interés de las teorías democrático-deliberativas de la época en tornar más deliberativo el constitucionalismo, en vez de rechazarlo por contramayoritario. Entre aquellas teorías que, según él, habían alcanzado “the coming of age”, hizo referencia a la de Nino, particularmente a su “consideración detallada” de las constituciones para poner en práctica el ideal democrático deliberativo (Bohman 1998: 401, 413).

En efecto, la obra de Nino fue crucial para esta corriente, pues advirtió que, en la medida que la democracia constitucional exige la satisfacción de la deliberación democrática y “derechos a priori”, da lugar a una “paradoja”: cuantas más precondiciones se exigen para tornar efectiva la democracia, menor es la cantidad de asuntos que pueden abordarse democráticamente; y, a la inversa, cuantos menos derechos como precondiciones se exigen para tornar efectiva la democracia, mayor es la cantidad de asuntos que pueden abordarse democráticamente. Sin embargo, el conflicto entre la democracia y los derechos “se disuelve” mediante “la distinción de planos”. Por un lado, los derechos pertenecen al “plano ontológico”, en tanto “forman parte del sistema moral a los que nuestros juicios hacen alusión”. Por otro lado, la democracia se ubica en

el “plano epistemológico”, en tanto es “el mejor [o el más confiable] procedimiento para tener acceso cognitivo a tales derechos” (Nino 2013: 208). De esta manera, la tensión puede evitarse desde una concepción “epistémica” de la democracia deliberativa, en tanto provee un medio para alcanzar un equilibrio entre ambas exigencias (Nino 1997: 192-195, 275-276, 301-302 y 2013: 208-211).⁷ En sus palabras, la versión epistémica de la democracia deliberativa “resuelve esta tensión entre el proceso y el contenido. Bajo esta visión, no hay una tensión entre los derechos y el proceso democrático, dado que el valor de este reside en su capacidad para decidir asuntos morales como lo es el contenido, alcance y jerarquía de los derechos” (Nino 1997: 190).

En una línea similar, más recientemente Levy y Kong han planteado un “doble vínculo” entre la democracia y el constitucionalismo: desde la deliberación democrática hacia la creación de derecho legítimo y desde el derecho hacia la promoción de la deliberación democrática. Este doble vínculo entre la democracia deliberativa y el constitucionalismo remite a dos cuestiones. En el primer caso, remite a si la deliberación democrática puede crear, dar forma y legitimidad al derecho o la constitución. En el segundo caso, remite a si los efectos del derecho o la constitución pueden promover o mejorar la deliberación democrática (Levy y Kong 2018: 1-13). Bajo estas condiciones, la constitución y los derechos incluidos en ella hacen posible la deliberación democrática, a la vez que son el resultado de la deliberación democrática.

Desde esta mirada, la justicia y los derechos fundamentales no son entendidos como naturales, pre-políticos o pre-existentes a la sociedad, ni como un límite a las interferencias externas o decisiones democráticas. En estos términos, “las condiciones normativas de los discursos, como los derechos y libertades básicas, deben considerarse como reglas del juego que pueden impugnarse dentro del mismo” (Benhabib 1996: 80). Porque, de nuevo, los desacuerdos sobre la justicia o los derechos fundamentales remiten a la discusión sobre la democracia (Young 2000: 117). Como nos importan los derechos fundamentales, “el mejor servicio que podemos hacer [...] es pelear para asegurar en nuestra sociedad una organización radicalmente más democrática” (Gargarella 2021: 193). De allí que “(l)a apuesta es volver a vincular democracia y constitucionalismo con el método más respetuoso y honrado: el de la conversación entre iguales” (Gargarella 2021: 26).

Así, se obtiene una distensión entre la democracia y el constitucionalismo que, en palabras de Gutmann y Thompson, “respetar los méritos de cada uno”, “evitando al mismo tiempo los fallos de ambos” (Gutmann y Thompson 1996: 50). Desde esta mirada deliberativa, según Zurn, “los principios de la democracia y el constitucionalismo se

refuerzan mutuamente” (Zurn 2007: 223). Como resultado, el constitucionalismo democrático deliberativo, continuando con Zurn, “proporciona la conceptualización más persuasiva de los ideales integrados en la democracia constitucional” (Zurn 2011: 66) o, en términos de Levy y Orr, ofrece modos más ricos de expresión de los derechos constitucionales, que pueden ser interpretados integralmente con la democracia (Levy y Orr 2016: 17). De este modo, en definitiva, se honran ambos compromisos: la deliberación democrática y los derechos fundamentales.

Dado que hay desacuerdos, la defensa o apelación en términos generales a los derechos o la justicia es insuficiente, pues la promoción de estos derechos puede conducir a resultados muy distintos según la perspectiva de cada persona o grupo. De allí que es un error disociar la democracia de los derechos, pues la creación y la definición de los alcances, los límites y las relaciones de prioridad entre tales derechos debe ser el resultado de la política, concebida en los términos de deliberación democrática. Una democracia constitucional orientada a que la sociedad participe en la configuración de las decisiones sobre los derechos ha de contribuir tanto a la legitimidad de las decisiones, así como también a que tales decisiones se ajusten a sus ideales de justicia. De lo contrario, los ideales de justicia y las opiniones sobre los derechos de las personas o grupos solo se verán resguardados cuando las élites a cargo de la toma de las decisiones piensen como aquellas personas o grupos.

Para concluir con Fredman, “contraponer la democracia a los derechos humanos es una falsa contradicción”, pues “los deberes positivos en materia de derechos humanos deben reconocerse como necesarios para constituir la democracia y garantizar su funcionamiento adecuado” (Fredman 2008: 98). Esta visión deliberativa, lejos de percibir los derechos como exigencias de un rol pasivo u omisiones por parte de las autoridades públicas, percibe los derechos de la mano de acciones políticas de carácter positivo, estructural y sistemático, pues procura “garantizar las condiciones materiales y sociales previas para una participación plena e igualitaria y, en última instancia, por funcionar como catalizador de la democracia deliberativa” (Fredman 2008: 48-49).

III. Distensión deliberativa sistémica en el plano de las instituciones

Lo dicho hasta aquí es que, frente a la tensión tradicional entre la democracia y el constitucionalismo (I), la deliberación ofrece una distensión, de modo que no es necesario elegir tajante y estáticamente entre, o dar prioridad lexicográfica a, uno u otro principio (II). Ahora, argumentaremos que la deliberación también opera como distensión entre la democracia y el constitucionalismo en el plano de las instituciones.

Ante todo, una aclaración es necesaria. Tal como anticipamos, la tensión que existe en el plano de los principios suele agravarse cuando ingresamos al plano de las instituciones. En tal sentido, muchos trabajos y lectores que adoptan la perspectiva deliberativa en el plano de los principios (II), eventualmente podrían disentir respecto de las pautas generales para el diseño institucional que formularemos a continuación. De hecho, como veremos en el próximo apartado (IV), esto también sucede entre los trabajos que integran el presente monográfico.

De acuerdo con nuestro argumento, el compromiso con la deliberación exige objetar, en vez de aceptar, el denominado constitucionalismo fuerte. Este modelo institucional, que es el predominante a nivel global, se caracteriza, entre otros rasgos, por los siguientes. Por un lado, por la vigencia de una constitución, con una jerarquía suprema en el ordenamiento jurídico y con un procedimiento de reforma rígido y contramayoritario. Por otro lado, porque provee escasos canales institucionales para la deliberación democrática sobre los asuntos de gobierno y de reforma constitucional, en tanto la sociedad queda relegada a la hibernación política y su intervención formal y de relevancia suele reducirse a la elección de representantes políticos cada un par de años. Por último, porque establece la supremacía judicial respecto de la sociedad y las demás ramas de gobierno, es decir, asigna una voz privilegiada a la corte constitucional u órgano contrademocrático, cuyas sentencias solo pueden debatirse y modificarse mediante la resolución de un tribunal supranacional, la reforma constitucional, o la decisión de la misma corte de abandonar su precedente –a partir de una nueva composición por fallecimiento, jubilación, renuncia o juicio político a uno de sus integrantes–.

Bajo tales condiciones, la posibilidad de deliberar democráticamente se vuelve difícil, improbable y reducida, pues no hay incentivos ni canales institucionales conducentes a tal fin. La sociedad solo cuenta con alternativas “a largo plazo” para debatir y enmendar las sentencias judiciales (Tushnet 2008: 22-23, 33-34). Ahora bien, el compromiso con la deliberación no resulta necesariamente incompatible con “algún elemento” del constitucionalismo fuerte “tomado a solas”, pero tal incompatibilidad resulta palmaria cuando muchos o todos esos elementos –combinados en una “fórmula conjunta”– son de tipo fuerte (Martí 2014: 552, 556). En otras palabras, por supuesto que estos elementos, pensemos en el control judicial, pueden contribuir notablemente a la deliberación democrática, pero el error es asumir que la única vía para tal contribución es a través de una voz judicial privilegiada –al margen de lo que piensa la sociedad y el poder legislativo– que determina el sentido de una constitución, cuyo mecanismo de enmienda o reemplazo a la vez es rígido y contramayoritario. Distinto sería el caso, por

ejemplo, si el control de constitucionalidad tuviera primacía respecto del parlamento, pero el proceso de reforma constitucional no fuera tan difícil ni contramayoritario. Otro caso distinto se daría si el control de constitucionalidad no tuviera primacía sobre el parlamento, pero la constitución estableciera derechos fundamentales resguardados por un exigente proceso de reforma.

Este modelo institucional está asentado sobre la idea de que, al neutralizar la deliberación democrática, la justicia o los derechos fundamentales quedan mejor resguardados. Así, el constitucionalismo fuerte muestra cierta “incomodidad” con aquellos procedimientos de toma de decisiones que “dejen abierta la posibilidad” de “respuestas incorrectas” (Waldron 2005: 292). A partir de esa “incomodidad” frente a posibles decisiones equivocadas, el constitucionalismo fuerte procura inmunizarse ante la contingencia a través mecanismos institucionales de carácter contrademocrático y elitista. Dichos mecanismos, sin embargo, no solo no eliminan la posibilidad de malos resultados, sino que engendran dominación e impiden la discusión y la reversión de los resultados dramáticos en términos de derechos. Admitir el hecho de la contingencia, en cambio, exige mantener abiertas las esclusas de la deliberación democrática.

Si bien la preocupación por los derechos y sus garantías es elemental, la falta de atención a la democratización de las estructuras institucionales es problemática. Con esta crítica no pretendemos negar el carácter fundamental de los derechos o la justicia ni sus garantías, sino llamar la atención sobre la necesidad de democratizar y tornar más deliberativas las estructuras constitucionales a cargo de la protección esos derechos. Otra vez, porque la vulneración de los derechos no se vincula exclusivamente con la justicia, sino también con la democracia, es decir, con los interrogantes relativos a quién y cómo se define lo justo en una democracia constitucional. Bajo este entendimiento, es inaceptable la idea de que hay “mayor probabilidad de llegar a conclusiones acertadas sobre los derechos”, si ellos son sustraídos de la democracia y asignados a una corte constitucional con una posición institucional “aislada” –v. gr. Dworkin–.

Entonces, si bien afirmamos que la deliberación ofrece una distensión de la democracia y el constitucionalismo en el plano de los principios (II), el punto aquí es que dicha promesa no puede cumplirse en el marco institucional de una democracia constitucional de este tipo. Básicamente, porque la deliberación democrática exige mucho más que lo que ofrece este diseño institucional. Sin embargo, varios trabajos que suscriben una visión deliberativa tan exigente en el plano de los principios, luego se conforman con un modelo institucional bastante pobre en términos de deliberación democrática (v. gr. Rawls, Dworkin, Alexy). Y esto supone una inconsistencia difícil de

justificar. Pues, si nos preocupa la “deferencia ciega”, esto es, la falta de alternativas de control e impugnación frente a las decisiones que nos coaccionan y exigen obediencia (Lafont 2020: 8), luego no deberíamos aceptar la supremacía judicial.

El argumento tampoco implica que concederle una voz privilegiada al parlamento necesariamente ha de redundar en una distensión deliberativa de la democracia y el constitucionalismo, sobre todo en el contexto generalizado de las crisis contemporáneas de los sistemas representativos. El argumento solo advierte que la confianza debe depositarse principalmente en el diálogo inclusivo, en particular con las personas y los colectivos sociales más afectados. Allí, reside la mejor y la más legítima garantía de los derechos fundamentales. Asimismo, las críticas anteriores tampoco conducen a sostener que las decisiones precedidas de un procedimiento dialógico e inclusivo siempre han de acertar, pues eso también es contingente. En palabras de Habermas, un modelo constitucional abierto no está blindado frente a “interrupciones contingentes y regresiones históricas”, pero esta apertura “puede entenderse a largo plazo como un proceso de aprendizaje autocorrectivo” (Habermas 2001: 774). Sin embargo, mientras más inclusivo y dialógico sea el procedimiento para adoptar una decisión, mayor será la probabilidad de que en ella tengan cabida las perspectivas de justicia de las personas y los grupos potencialmente afectados.

Entonces, el constitucionalismo fuerte obstruye la deliberación continua. En contraste, el constitucionalismo débil –originado en algunas entidades de la *Commonwealth*–, en términos normativos y sin perjuicio de las diferentes exigencias, posibilidades y límites de cada contexto, ofrece una forma de matizar estos déficits. En este modelo institucional las decisiones judiciales no cierran la deliberación, pues el poder legislativo puede responder o modificar tales decisiones. Bajo tales condiciones, la corte constitucional puede asumir un rol muy activo en el desarrollo de razones públicas, a la vez que puede implementar exigentes remedios institucionales para garantizar los derechos comprometidos, con la peculiaridad de que su voz está en diálogo con las demás ramas de gobierno. Pues, antes que voces privilegiadas, este modelo institucional confiere “el mismo peso normativo a las interpretaciones constitucionales de las legislaturas y los tribunales” (Tushnet 2008: 36). En contraste con el modelo fuerte, suministra mecanismos institucionales más sencillos y “a corto plazo” para la deliberación y el cambio político (Tushnet 2008: 22-23, 33-34). Así que, lejos de apelar a supuestas soluciones correctas con carácter definitivo frente a controversias profundas, aumenta la calidad deliberativa de los procesos de decisión (Bayón 2010: 354-355).

Lo dicho hasta ahora se refuerza si adoptamos un enfoque sistémico de la deliberación democrática (Mansbridge y Parkinson 2012, Martí 2014, Rey 2023). A la hora de diseñar nuestras instituciones políticas y jurídicas, y precisamente con el objetivo de satisfacer y promover tanto la legitimidad –a través del ideal de democracia– como la justicia –a través del ideal de los derechos fundamentales, entre otros–, es crucial tener presente que dichas instituciones operan siempre de modo dinámico en un complejo entramado de relaciones inter-institucionales. Ninguna de esas instituciones opera en el vacío, sino que lo hace siempre dentro de un determinado sistema institucional. Bajo dicho sistema, cada institución debe perseguir las funciones que lo son propias, y quien diseña o analiza las instituciones debe adoptar una visión de conjunto para asegurarse que es el sistema global el que respeta y satisface los principios básicos de la arquitectura constitucional. Puede que, individualmente consideradas, algunas instituciones no sean completamente democráticas, en el sentido de que sus miembros sean elegidos por parte de la ciudadanía o que rindan cuentas directamente ante esta. La prioridad debe situarse en que el sistema en su conjunto sea el que garantice, por un lado, las condiciones mínimas de justicia que representan los derechos fundamentales, y, por el otro, las condiciones mínimas de legitimidad democrática. Y debe hacerlo con la ayuda del ideal deliberativo bajo un esquema de lealtad y colaboración intra e inter-institucional (Kavanagh 2023), a la vez que entre las instituciones y la sociedad.

Adicionalmente, este modelo institucional ofrece una respuesta al “problema motivacional” de los jueces, esto es, la cuestión planteada por Madison relativa al modo de articular “los móviles personales” con los “medios constitucionales” (Hamilton, Madison y Jay 2010: 220). La relevancia de esta cuestión, remarcada por Gargarella, radica en que los jueces no son “ángeles” ni necesariamente cuentan con una inclinación natural hacia la deliberación, de modo que se vuelve indispensable impulsar o motivar institucionalmente los jueces hacia tal propósito (Gargarella 2021: 77-93). En otras palabras, como es improbable que los jueces por sí mismos fomenten o respeten la deliberación, es necesario un incentivo institucional. Pese a la relevancia de este desafío, en el modelo institucional fuerte la deliberación judicial depende exclusivamente “de las decisiones personales de los jueces individuales en cuanto a su comprensión de su rol”, a la vez que la sociedad, los funcionarios ejecutivos y los legisladores no tienen incentivos institucionales para tomarse en serio la interpretación de la constitución, pues al final del día los jueces imponen su interpretación (Tushnet 2008: 79, 81). En cambio, el modelo institucional débil hace “de la posibilidad de diálogo una característica estructural de su diseño” (Tushnet 2003a: 355-356), de modo que “tiene la ventaja de crear un marco institucional que permite la deliberación” (Tushnet 2003b: 177). En

suma, si en el modelo institucional fuerte la deliberación depende exclusivamente de la voluntad o teoría que guía la actividad de los jueces, en el modelo institucional débil la deliberación puede activarse mediante diversas vías institucionales –como dijimos, mediante respuestas legislativas a las sentencias judiciales–, incluso en contra de la voluntad o concepción que los jueces tienen sobre su propia actividad.

Ahora bien, el denominado modelo institucional débil o dialógico no es suficiente para orientar la democracia constitucional hacia la deliberación. Adicionalmente, se requieren mecanismos de participación ciudadana en los asuntos de gobierno y de reforma constitucional. Este tipo de canales institucionales han de dar un paso desde una división deliberativa de poderes hacia la deliberación entre el Estado y la sociedad, así como también a la deliberación de los ciudadanos entre sí. El derecho comparado ofrece una variedad de mecanismos institucionales conducentes a tal propósito, tales como las asambleas ciudadanas, las audiencias públicas, las iniciativas ciudadanas de reformas legales o constitucionales, la consulta previa a los sectores interesados en la implementación de políticas públicas, el uso de tecnologías, los presupuestos participativos, el control social de las políticas públicas, entre tantos otros.

IV. Contribuciones al constitucionalismo democrático deliberativo

El contexto de publicación de esta sección monográfica, titulada “Democracia y constitucionalismo: distensión deliberativa”, y editada por Ignacio Giuffré, coincide con el actual auge del *constitucionalismo democrático deliberativo*, que es tanto como decir una de las propuestas más novedosas y atractivas de las últimas décadas. Su lugar en el centro de la escena se debe a su potencial normativo: como vimos, ha ofrecido una sugerente distensión entre los ideales (II) e instituciones (III) de la democracia y el constitucionalismo (I). De ahí, la relevancia del presente monográfico para la comprensión y la discusión de los alcances y los aspectos más relevantes de esta corriente.

El origen de este proyecto se remonta al “I Congreso Internacional de Constitucionalismo, Democracia y Derechos Humanos”, organizado por Luis Inarra en la Universidad del Valle (Cochabamba, Bolivia) en marzo de 2023. El objetivo fue la reunión de un grupo de colegas que, aunque con profundos desacuerdos, compartimos el interés en el estudio del constitucionalismo democrático deliberativo. En dicho evento, a su vez, reconocimos mediante la entrega de un *doctorado honoris causa* a un maestro y referente que cambió esta corriente para siempre y para mejor: Roberto Gargarella.⁸ Por lo tanto, el objetivo de esta sección monográfica es reunir aquellos trabajos que discutimos, los cuales se inscriben en, y ofrecen un capítulo más a, el hilo

común del constitucionalismo democrático deliberativo.

Además de esta introducción, esta sección monográfica cuenta con ocho trabajos y un epílogo. Antes de presentar en términos específicos cada uno de esos textos, conviene aclarar la estructura temática. Los primeros dos textos se centran en la teoría de la democracia deliberativa y sus contrastes con otras teorías de la democracia. Los dos textos siguientes se enfocan en la relación entre la teoría deliberativa de la democracia y el constitucionalismo, que es tanto como decir un constitucionalismo democrático deliberativo. Si bien ambos textos abordan el control de constitucionalidad, son los dos artículos subsiguientes los que realizan un análisis más específico de tal institución en vínculo con los derechos fundamentales y la democracia. Los dos trabajos posteriores se concentran, respectivamente, en el análisis de la deliberación transjudicial y en el análisis de la deliberación parlamentaria, aunque ambos también aluden al impacto y el vínculo de dichas deliberaciones sobre el derecho con la sociedad. Finalmente, un epílogo cierra con reflexiones sobre la relación entre la democracia y el constitucionalismo, en conversación con cada uno de los trabajos que integran este monográfico.

Tras nuestra introducción, el monográfico continúa con el artículo de Nicolás Emanuel Olivares, “Deliberativismo reflexivo y erosión democrática. Objeciones a las propuestas pluralistas”. Su punto de partida es que han devenido omnipresentes las referencias a que las democracias contemporáneas –incluso las más consolidadas– transitan un proceso de erosión, desconsolidación y regresión generada por gobiernos populistas, iliberales, neoliberales o autoritarios. Según su argumento, las concepciones pluralistas de la democracia carecen de la capacidad para distinguir y explicar estos tres fenómenos corrosivos de la democracia. En consecuencia, aboga por una concepción de la democracia deliberativa que adopta la *reflexividad política* como criterio normativo, que ofrecería tres ventajas en comparación con aquellas concepciones pluralistas. Por un lado, contribuiría a captar la dimensión discursiva del concepto de erosión democrática, entendido como la pérdida de reflexividad política. Por otro lado, ofrecería un criterio evaluativo útil, el de la pérdida de reflexividad política, para distinguir los conceptos de erosión, desconsolidación y regresión democrática. Por último, proporcionaría herramientas para comprender e intervenir en las redes sociales en particular y medios digitales en general, que en la actualidad es donde se expresan gran parte de los discursos corrosivos de la democracia.

En segundo término, Mauro Benente, como lo indica el título de su trabajo, “La democracia deliberativa puesta a prueba”, *pone a prueba* o testea la utilidad de la democracia deliberativa. Según lo advierte, el adjetivo “deliberativa” del sustantivo

“democracia” se ha vuelto predominante en la actualidad, a la vez que el principio del consenso razonado es uno de los que tornan a dicho adjetivo muy diferente respecto de los demás –“participativo”, “pluralista”, “populista”, “agregativo”, etcétera–. Su hipótesis, ciertamente provocativa, es que dicho principio, pese a sus preocupaciones genuinas, ofrece escasa utilidad para evaluar con nitidez la legitimidad de nuestras prácticas políticas, incluso puede devenir en un argumento conservador para la deslegitimización de prácticas de democratización o para la legitimación del *status quo* y posiciones de dominación. A fin de corroborar dicha tesis, analiza el ideal del consenso razonado durante el proceso de aprobación de la ley de medios de comunicación audiovisual de 2009 en Argentina. Su conclusión es que la democratización del sistema de medios en Argentina exigía, antes que un consenso razonado, el trazado de una frontera antagonica: ir *contra*, en vez de *con*, las grandes corporaciones.

En tercer lugar, Mariano Melero de la Torre, en “Dos visiones de la democracia deliberativa desde el prisma del constitucionalismo democrático”, contrasta dos modelos dentro de la democracia deliberativa: el *epistémico* y el de la *razón pública*. Los dos modelos parten del hecho de los desacuerdos sobre lo justo y lo correcto, a la vez que sostienen una concepción normativa de la legitimidad basada en la justificación mutua. Sin embargo, mientras el modelo epistémico se centra más en la calidad del procedimiento democrático de la creación o la reforma de las decisiones políticas, el modelo de la razón pública se centra más en la calidad de las razones que justifican aquellas decisiones. Sobre la base de estos puntos en común y estas diferencias, el autor analiza las implicaciones de ambos modelos en tres cuestiones: la legitimidad de la constitución como norma suprema, la legitimidad de las decisiones políticas y el control de constitucionalidad. El análisis concluye que el modelo de la razón pública responde más adecuadamente a las exigencias del constitucionalismo democrático.

Luego, en “Constitucionalismo deliberativo y control judicial. Un enfoque sistémico”, Chiara Valentini reconstruye el constitucionalismo deliberativo como un campo que integra dos áreas con frecuencia abordadas de forma aislada o en términos de antagonismo: por un lado, el constitucionalismo, que exige los límites jurídicos al poder político; por otro lado, la democracia deliberativa, que exige el diálogo inclusivo. A esta integración entre ambas áreas, la autora añade una perspectiva sistémica, que no se limita al análisis o toma de partido por la supremacía parlamentaria ni la supremacía judicial, sino que atiende a la interrelación entre la sociedad y todos los engranajes institucionales del sistema democrático constitucional. Esta combinación, denominada *constitucionalismo deliberativo sistémico*, ofrece herramientas novedosas y atractivas

para abordar, tanto descriptiva como normativamente, las cuestiones de legitimidad que se suscitan en las democracias constitucionales. Desde esta perspectiva, el control de constitucionalidad se concibe como una legítima institución representativa y deliberativa, que opera en un sistema constitucional democrático más amplio.

A continuación, en “Control de constitucionalidad y justificación mutua: las exigencias institucionales de una justicia constitucional inclusiva”, Julián Gaviria-Mira y Maricel Asar examinan algunas implicaciones de la teoría deliberativa de la democracia en el control de constitucionalidad. Más específicamente, su análisis se centra en tres aspectos institucionales de dicha institución: el acceso de la sociedad a la jurisdicción constitucional, la integración de la jurisdicción constitucional, y la apertura de los procedimientos de adjudicación constitucional a las intervenciones ciudadanas. Según el planteamiento, el análisis y la reforma de estos tres aspectos del control de constitucionalidad puede contribuir a garantizar a la sociedad el *derecho a la contestación legal*. Esto, a su vez, permitiría promover y profundizar tanto una conversación ciudadana entre iguales sobre los asuntos fundamentales, así como también procesos de justificación mutua que den lugar a una cultura de la justificación. En última instancia, esto también conferiría mayor legitimidad democrática al control de constitucionalidad.

Más adelante, Leonardo García Jaramillo, en “Una defensa contextual del control judicial activista: democracias menos favorables y búsqueda deliberativa de legitimidad”, ofrece una justificación contextual del control de constitucionalidad fuerte, positivo y proactivo –es decir, del *activismo judicial*– en democracias con problemas políticos, sociales o económicos. Su argumento parte de dos premisas: no hay democracia sin garantía de los derechos fundamentales, y los desacuerdos no pueden considerarse razonables cuando para un grupo implican la violación del contenido esencial de sus derechos fundamentales. De ahí que el control de constitucionalidad no es una práctica antidemocrática, sino un costo necesario para garantizar los derechos fundamentales de todas las personas, o más bien, un instrumento para conciliar democracia y constitucionalismo. El autor concluye que el activismo judicial ha sido muy importante en Colombia, donde las decisiones deliberativas de la Corte Constitucional no solo han legitimado la institución y el sistema político en su conjunto, sino que además han ofrecido una mejor garantía de los derechos frente a violaciones estructurales. No obstante, el autor matiza que el activismo judicial debe ser excepcional, siendo la regla la restricción judicial.

Con posterioridad, el artículo “Jurisprudencia deliberativa” de Lorena Ramírez-

Ludeña analiza la deliberación entre los tribunales constitucionales y los tribunales ordinarios sobre la mejor interpretación y la determinación del sentido del derecho. El análisis de las posibilidades y los límites de la deliberación transjudicial se realiza a partir del impacto que tiene en dicha deliberación el establecimiento de un sistema de precedentes interpretativos verticales descendentes. A tal fin, la autora analiza los argumentos que suelen esgrimirse en rechazo de la existencia de precedentes vinculantes en los sistemas de la tradición del *civil law*, para luego explicitar los elementos –entre otros, la naturaleza creativa de la interpretación jurídica, el hecho de que el carácter vinculante de los precedentes no conlleva la adopción acrítica de la decisión previa– del sistema de precedentes que favorecen el intercambio de argumentos entre los tribunales implicados. Aunque el trabajo se centra en la deliberación entre los tribunales, sostiene que un adecuado diseño de precedentes tiene el potencial para tornar la controversia jurídica en una cuestión pública. Pues, permite que la sociedad y las minorías, cuyas perspectivas no han sido plasmadas en las leyes aprobadas por mayoría en el poder legislativo, desencadenen procesos judiciales sobre tales cuestiones. La *jurisprudencia deliberativa*, en suma, contribuye a mejorar la calidad, la justificación y la legitimidad de las decisiones judiciales en nuestras democracias constitucionales.

El último artículo es “El debate legislativo, entre la liturgia y la relevancia epistémica y social”, en el cual de Hernán Charosky y Carolina Fernández Blanco abordan el valor intrínseco e instrumental de los debates parlamentarios desde la teoría de la legislación. Lejos de considerar el proceso legislativo en los términos de un mero trámite formal de votación o cruda negociación de intereses, el trabajo aborda el proceso de creación legislativa en términos deliberativos. Según el planteamiento, el debate legislativo impacta en el valor epistémico, la legitimidad y la calidad de las leyes. Esto también tiene impacto en la construcción de una esfera pública deliberativa que puede ayudar a moderar la polarización y la fractura social. El artículo formula algunas propuestas orientadas a mejorar la calidad de la discusión parlamentaria, sin necesidad de reformas reglamentarias, sin comprometer la idea de representación política y sin depender de proyectos partidarios, sino a través de la iniciativa de legisladores responsables. Para ilustrar sus argumentos, el trabajo analiza la discusión de la ley que despenalizó el aborto y reguló la interrupción voluntaria del embarazo en Argentina. La lección del caso es que resulta posible lograr mejores procesos deliberativos incluso en contextos donde la argumentación racional parece difícil de alcanzar.

Finalmente, Roberto Gargarella ha sido invitado a concluir. El objetivo de su “Epílogo: tiempo de repensar la relación democracia-constitucionalismo” es

reconsiderar la tensión entre la democracia y el constitucionalismo a partir de la idea de deliberación, nuestro contexto actual y los argumentos principales de cada uno de los artículos introducidos arriba. Su texto se divide en dos partes que analizan los extremos de esta ecuación. La primera parte reconstruye su aproximación *deliberativa* a la democracia, caracterizada, entre otros rasgos, por su concepción epistémica, su apartamiento de las sobre-exigencias personales que imponen otras concepciones democráticas, y su concepción en los términos de un ideal regulativo. La segunda parte reconstruye su aproximación *dialógica* al constitucionalismo, la cual se caracteriza, entre otros rasgos, por los desacuerdos sobre la justicia como presupuesto, el lugar central del pueblo, el enfoque sistémico, el apartamiento de la noción de representación argumentativa de los tribunales, la apuesta al diálogo para matizar las objeciones al control de constitucionalidad, la consideración de las motivaciones personales en vínculo con los medios institucionales, y la consideración de la interpretación del derecho en vínculo con los incentivos institucionales. Sobre esta base, Gargarella advierte que, en nuestras democracias constitucionales, el constitucionalismo no le ha asegurado a la democracia el lugar que merece. En consecuencia, propone tomar en serio el ideal de la *conversación entre iguales* y reformar la estructura constitucional para facilitar la participación democrática de la ciudadanía y, así, por fin reconciliar o reparar el vínculo entre la democracia y el constitucionalismo.

Luego de presentados los trabajos de este monográfico, las palabras de clausura son de gratitud. Por un lado, agradecemos a los directores de la revista, Alberto Puppo y Pablo Rapetti, por su confianza y trabajo para que *Isonomía* cobije nuestro proyecto editorial. Por otro lado, agradecemos la generosidad y los aportes de quienes han participado en calidad de autores, evaluadores y editores de los trabajos aquí publicados. Como vimos, la distensión deliberativa de la democracia y el constitucionalismo está empedrada de obstáculos, pero esperamos que este monográfico ofrezca herramientas de utilidad para las lectoras y lectores interesados en afrontar el desafío pendiente.

Referencias bibliográficas

- Juan Carlos Bayón, 2010: Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. *El canon neoconstitucional*. Eds. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo. Madrid: Trotta. 285-355.
- Seyla Benhabib, 1996: Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy. *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*. Ed. Seyla Benhabib. Princeton: Princeton University Press. 67-94.

- Joseph Bessette, 1980: Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government. *How Democratic is the Constitution?* Eds. Robert Goldwin y William A. Schambra. Washington: American Enterprise Institute. 102-116.
- James Bohman, 1998: Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy. *Journal of Political Philosophy*, 6, 4. 400-424.
- Ronald Dworkin, 1996: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press.
- Sandra Fredman, 2008: *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*. Oxford: Oxford University Press.
- Barry Friedman, 1993: Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, 91, 4. 577-682.
- Roberto Gargarella, 2021: *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Roberto Gargarella y José Luis Martí, 2005: Estudio preliminar. La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: Convivir entre desacuerdos. *Derecho y desacuerdos*. Jeremy Waldron. Madrid: Marcial Pons. XIII-XLVIII.
- Ignacio Giuffré, 2023: Laudatio académica para Roberto Gargarella. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, octubre-marzo, 2023. 477-482.
- _____, 2024: The Coming of Age of Deliberative Constitutionalism. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. Publicado online: 1-30. doi:10.1017/cjlj.2024.14.
- Amy Gutmann y Dennis Thompson, 1996: *Democracy and Disagreement*. Cambridge: Harvard University Press.
- Jürgen Habermas, 1995: Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism. *Journal of Philosophy*, 92, 3. 109-131.
- _____, 2001: Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *Political Theory*, 29. 766-781.
- _____, 2008: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (4ª ed.). Madrid: Trotta.

- Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, 2010: *El Federalista* (2ª ed.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Aileen Kavanagh, 2023: *The Collaborative Constitution*. Cambridge University Press.
- Cristina Lafont, 2020: *Democracy Without Shortcuts: A Participatory Conception of Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- Ron Levy y Hoi Kong, 2018: Introduction: Fusion and Creation. *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Eds. Ron Levy, Hoi Kong, Graeme Orr y Jeff King. Cambridge: Cambridge University Press. 1-13.
- Ron Levy y Graeme Orr, 2017: *The Law of Deliberative Democracy*. Oxford: Routledge.
- Jane Mansbridge y John Parkinson (Eds.), 2012: *Deliberative Systems: Deliberative Democracy at the Large Scale*. Cambridge University Press.
- José Luis Martí, 2006: *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- _____, 2014: Is Constitutional Rigidity the Problem: Democratic Legitimacy and the Last Word. *Ratio Juris*, 27, 4. 550-558.
- Carlos Santiago Nino, 1997: *La constitución de la democracia deliberativa*. Buenos Aires: Gedisa.
- _____, 2013: *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional* (4ª reimp.). Buenos Aires: Astrea.
- Frank Michelman, 1988: Law's Republic. *Yale Law Journal*, 97, 8. 1493-1537.
- Hanna Pitkin, 1966: Obligation and Consent-II. *American Political Science Review*, 60, 1. 39-52.
- Felipe Rey, 2020: The Representative System. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 26, 6. 831-854.
- Cass Sunstein, 1990: *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press.
- Mark Tushnet, 2003a: Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism.

Law and Philosophy, 22, 3/4. 353-379.

_____, 2003b: Judicial Review of Legislation. *The Oxford Handbook of Legal Studies*. Eds. Peter Cane y Mark Tushnet. New York: Oxford University Press. 164-182.

_____, 2008: *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press.

Jeremy Waldron, 2005: *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.

Iris Marion Young, 2000: *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Cátedra-Universitat de València-Instituto de la Mujer.

Christopher Zurn, 2007: *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. Cambridge: Cambridge University Press.

_____, 2011: Judicial Review, Constitutional Juries and Civic Constitutional Fora: Rights, Democracy and Law. *Theoria*, 58, 127. 63-94.

Agradecimientos

En caso de Ignacio Giuffré, este texto forma parte de un proyecto que ha recibido financiación del Consejo Europeo de Investigación (ERC) en el marco del programa de investigación e innovación European Union's Horizon Europe (acuerdo de subvención N° 101096176 - ICDD); no obstante, las opiniones expresadas aquí son exclusivamente del autor y no reflejan necesariamente las de la Unión Europea.

Notas

- 1 Esta es una distinción comúnmente aceptada entre los más importantes filósofos políticos contemporáneos y teóricos de la democracia constitucional –como John Rawls, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin o Philip Pettit–.
- 2 En tal sentido, cabe recordar las palabras de Dworkin: “(e)l ideal estadounidense de gobierno [...] es la contribución más importante que nuestra historia [la estadounidense] ha dado a la teoría política” (1996: 6).
- 3 Lafont, por ejemplo, cataloga la concepción democrática de Waldron como “profundamente pluralista”, y advierte que se halla en las antípodas de su concepción “participativa de la democracia deliberativa” (Lafont 2020). Sobre esto, Gargarella coincide en su reciente libro (Gargarella 2021: 292-294). Sin embargo, en un trabajo anterior, Gargarella y Martí habían defendido lo contrario (Gargarella y Martí 2005:

XXXVIII-XLI).

- 4 Para decirlo con Pitkin, “(n)adie tiene la última palabra, porque la última palabra no existe” (Pitkin 1966: 52). En un sentido similar, Friedman –que fue quien acuñó la expresión “constitucionalismo dialógico”– sostuvo que las “decisiones judiciales no son finales”, pues el sentido de la Constitución se modula a través de un proceso de “diálogo”, “cotidiano” y “continuo”, entre las tres ramas de gobierno y la sociedad (Friedman 1993: 580, 585, 616, 617, 629, 655, 668).
- 5 Para una discusión de la obra de la Lafont, puede verse el “Simposio: La democracia constitucional y sus construcciones. Un diálogo sin atajos”, Ignacio Giuffré (ed.), publicado en la *Revista Derecho del Estado*, 55, edición especial, 2023.
- 6 Al respecto, ver Martí 2006 y Giuffré 2025b.
- 7 Para un análisis sobre esta paradoja, ver Martí 2006: 115-127 y Bayón 2010: 298-304.
- 8 La *laudatio* pronunciada con motivo del mencionado reconocimiento a Gargarella puede verse en Giuffré 2023a.

Recepción: 24 septiembre 2024
Aceptación: 28 septiembre 2024