

# Estado de derecho y democracia. Acerca de la justificación del control judicial de constitucionalidad en la teoría del discurso de Habermas

---

Rule of law and democracy. About the justification of  
constitutional judicial review in Habermas's theory of discourse

Santiago Prono\*

Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina)

---

\* Dr. en Filosofía (UBA). Docente-investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina), becario posdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET - Argentina). Dirección Postal: Centro de Investigaciones, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL), Cándido Pujato 2751, Santa Fe, C.P. 3000. Argentina. Agradezco al evaluador anónimo sus correcciones y sugerencias. [santiagoprono@hotmail.com](mailto:santiagoprono@hotmail.com)

## Resumen

*Una de las restricciones que ejerce el derecho sobre los otros poderes del Estado (legislativo y ejecutivo) es el control judicial de constitucionalidad de normas democráticamente sancionadas. Esto genera cuestionamientos porque se objeta que los jueces carecen de legitimidad democrática para este tipo de decisiones. Este artículo analiza el posicionamiento teórico de Habermas respecto de la articulación entre el punto de vista del derecho y la democracia que presupone el control judicial teniendo en cuenta su teoría del discurso. La idea es que esto permite otorgar un mayor respaldo teórico del que usualmente se propone para la justificación de tal clase de control normativo.*

**Palabras clave:** Derecho, democracia, teoría del discurso, control de constitucionalidad, justificación estándar, Habermas.

## Abstract

*One of the restrictions of Law over the other branches of government (legislative and executive) is the judicial control of constitutionality of democratic norms. This raises questions because it is objected that judges do not have the democratic legitimacy for such decisions. This article analyzes the theoretical position of Habermas to justify the articulation between the point of view of law and democracy, that the judicial review implies, on the basis of his theory of discourse. The idea is that it can provide a greater theoretical support than is usually proposed to justify this kind of normative control.*

**Keywords:** Law, democracy, theory of discourse, constitutional control, standard justification, Habermas.

*Fecha de recepción:* 24 de junio de 2011  
*Fecha de aceptación:* 22 de mayo de 2012

## INTRODUCCIÓN

Una de las restricciones que se ejerce en el Estado constitucional y democrático de derecho sobre las decisiones de los poderes políticos, ejecutivo y legislativo es la del control judicial de constitucionalidad, que 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 que emanan del poder legislativo, ya sea determinando el alcance de los derechos individuales o sociales, dirimiendo los conflictos que se generan entre los poderes del Estado, o porque interpreta las reglas del procedimiento democrático. En este sentido, mientras que algunos autores se preguntan si en verdad deberíamos encomendar esta función únicamente a un tribunal constitucional, o si algunos aspectos de esta misión no merecerían la atención de un poder especial del Gobierno (Ackerman, 2007, p. 113), otros afirman que una concepción deliberativa de la democracia “tiene la máxima desconfianza hacia órganos elitistas no representativos para la toma de decisiones, como los judiciales” (Martí, 2006, p. 292). Contrariamente a este último punto de vista, que señala el déficit democrático de la Justicia, se sostiene que, en realidad, los jueces están en mejores condiciones para decidir que los propios involucrados en un caso determinado, y por lo tanto, puesto que es más importante la destreza intelectual que la capacidad para representar y equilibrar imparcialmente los intereses de los involucrados, es más probable que las decisiones correctas sean tomadas por los jueces y no por los políticos. En los últimos años, 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 para influir y complementarse con las decisiones legislativas (cfr., entre otros, Ely, 1980; Habermas, 1994 y 2006; Sunstein, 1999; Nino, 2003; Martí, 2006; Gargarella, 1996 y 2006, Zurn, 2007). Este es 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 estas afectan o desconocen los principios constitucionales.

Frente a este debate, este trabajo persigue el objetivo de clarificar los fundamentos conceptuales del posicionamiento habermasiano respecto del control judicial. La tesis en este punto consiste en que el mismo permite comprender, pero también justificar teóricamente, la posibilidad de complementar en este sentido el derecho con la democracia considerando el problema desde el punto de vista de la teoría del discurso, y ello de una manera que trasciende el modo en que viene siendo planteada desde hace ya algún tiempo por varios filósofos y desde diversas perspectivas teóricas. La idea es que en el caso de Habermas tal complementación comporta una mayor solidez teórica a partir de explicitar el marco conceptual desde el cual aborda este tema del constitucionalismo porque permite justificar el supuesto, en principio intuitivamente poco convincente pero a menudo aceptado de manera acrítica cuando se analiza este tema del control judicial, de que efectivamente es posible concebir una relación en términos de una presuposición mutua entre aquellas dos esferas de la razón práctica: derecho (Constitución) y democracia. En este trabajo argumentaré que para una justificación adecuada del control judicial se requiere, primero, de una explicación acerca de por qué es conceptualmente posible conectar el derecho con la democracia de la manera habitualmente propuesta<sup>1</sup>. Luego de una breve presentación general del control judicial (I), expongo el tipo de justificación que para ello asumen algunos de los principales exponentes del tema (II). A continuación analizo la posición de Habermas al respecto a partir de su teoría del discurso (III), intentando mostrar de qué modo su concepción del constitucionalismo permite otorgar un mayor respaldo teórico al tipo de justificación que aquellos autores señalan (IV). Las consideraciones finales (V) solo consisten en una breve reflexión sobre los resultados alcanzados con base en los argumentos expuestos.

---

<sup>1</sup>Por supuesto, no pretendo presentar aquí una lista exhaustiva de autores que analizan este tema, sino solo dar cuenta de algunos de los principales filósofos cuyos trabajos en el ámbito del constitucionalismo constituyen una muestra (al menos parcialmente) representativa del modo en que en general se analiza este problema y del tipo de solución propuesto.

## I. CONTROL JUDICIAL COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO

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. En los últimos años, este desconocimiento de la Corte Suprema respecto de la potestad judicial del Poder Legislativo se ha aplicado a los indultos decretados por el poder Ejecutivo entre octubre de 1989 y diciembre de 1990 a favor de militares involucrados en la violación de los derechos humanos en el último Gobierno de facto. También puede tenerse en cuenta la exigencia de la Suprema Corte 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 Ejecutivo 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. Si bien hay antecedentes anteriores, en Europa la difusión de las Cortes constitucionales se remonta al período posterior a la Segunda Guerra Mundial, con la reactivación de la Corte en Austria en 1946 y las previsiones de la Constitución italiana de 1948 y de la ley fundamental alemana de 1949. Experimentos de justicia constitucional centrados sobre una adecuada Corte fueron intentados, hace ya algunos años y luego del fin de los regímenes dictatoriales, en Portugal (Constitución de 1976, revisada en 1982) y en España (Constitución de 1978). En esta línea, y en opinión de R. Gargarella, la jurisprudencia de la Corte Suprema (*post-apartheid*) de la república sudafricana, a partir de sus definiciones en los casos “Gobierno de la República de Sudáfrica vs. Grootboom”<sup>2</sup> y “Ministro

---

<sup>2</sup> Se trata de la querrela presentada por 900 demandantes que vivían en condiciones de extre-

de salud y otros vs. Campaña de Acción pro Tratamiento y otros”<sup>3</sup>, representa un ejemplo que ayuda a la comunidad legal internacional a entender que es posible sostener un rol judicial activo en el área de los derechos sociales afirmando al mismo tiempo la primacía de las autoridades políticas (Gargarella, 2006, p. 245).

## II. JUSTIFICACIÓN ESTÁNDAR

Quienes justifican este tipo de intervenciones alegan que los jueces en verdad tienen mejores oportunidades para detectar problemas en el procedimiento democrático y juzgar el modo en que este funciona, asegurándose de que este actúe respetando la voluntad popular. En este sentido se afirma que, aun cuando en política se actúe de buena voluntad, 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 consiste en 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 determinados derechos, como los derechos sociales<sup>4</sup>. Ahora bien, como veremos a continuación, este

---

ma pobreza reclamando por el respeto de sus derechos de vivienda (octubre de 2000). Citado en Gargarella (2006, p. 245).

<sup>3</sup> Este caso concierne a la enfermedad del sida, uno de los problemas sociales más dramáticos de Sudáfrica, en el cual la Suprema Corte cuestionó la decisión del Gobierno de prohibir la administración de una droga antiviral –Nevirapina– excepto en circunstancias excepcionales, y exigiéndole al mismo la implementación coordinada y progresiva de programas de salud que garanticen el acceso a servicios de salud a fin de combatir la transmisión del VIH de las madres embarazadas a sus hijos (2002). Citado en Gargarella (2006, p. 245).

<sup>4</sup> Esta concepción del constitucionalismo se presenta como disputable a partir de las objeciones que al respecto plantean algunos autores. J. Waldron, por ejemplo, objeta 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, y porque adoptan decisiones mediante procedimientos en los que decide la mayoría de la Corte, con lo cual estarían reproduciendo los mismos desacuerdos que existen fuera del ámbito de la justicia que pretenden regular. En opinión de este autor, aquí se muestra la contradicción de quienes sostienen que ciertas cuestiones básicas que atañen a derechos fundamentales de los individuos no siempre pueden ser definidas

es un punto común en la justificación del control de constitucionalidad que es asumido por buena parte de los autores que analizan el tema cuando intentan compatibilizar en este sentido el derecho con la democracia. En esto precisamente estriba lo que puede calificarse como “justificación estándar” (JE).

Uno de los autores que más ha analizado el problema del control judicial es, sin dudas, J. Ely, quien es considerado una de las principales autoridades en este tema. Para este autor resulta inaceptable la idea de que los jueces están en mejores condiciones para reflexionar sobre los valores convencionales de la sociedad que los representantes políticos electos por la población cuando hay que tener en cuenta este tema para decidir sobre un problema determinado, por esto su postura en este sentido es más consistente con la democracia representativa, y por esto afirma que “los jueces están comparativamente fuera del sistema de gobierno” (Ely, 1980, pp. 102 y 103). En este marco Ely reconoce la importancia del control judicial y su aporte a la democracia, que justifica sosteniendo que el mismo tiene que resguardar los canales por los que discurre el procedimiento a través del cual se organiza a sí misma la comunidad jurídico-democrática: “El control judicial primariamente debe reparar sobre el desbloqueo de las obstrucciones del proceso democrático” (pp. 108, 117). En este sentido O. Fiss ha argumentado que la justificación democrática del control judicial se fundamenta en la medida en que los jueces se vuelvan la voz de las minorías carentes de poder; y afirma también que “la judicatura podría ser vista como una amplificación de la voz de los poderes minoritarios [y también como] un intento para rectificar la injusticia del proceso político como método para ajustar [y dar forma a] las pretensiones en disputa”<sup>5</sup>.

---

a través del peso del mayor número –estrategia de la que reniegan cuando se trata de asambleas legislativas representativas del conjunto de la ciudadanía, pero no cuando lo que está en juego es una decisión que se toma dentro de la esfera judicial– (Waldron, 1993, p. 18-51, 1999). En este sentido se pregunta el autor (2005) si en verdad “resulta agravada la tiranía de una decisión política por el hecho de que la misma es impuesta por la mayoría (...) un tribunal también puede tomar su decisión por medio de una votación mayoritaria [aunque en ese caso] no hablemos comúnmente de una ‘tiranía de la mayoría’” (p. 52).

<sup>5</sup> Fiss, O., Groups and the Equal Citizenship, *Philosophy and Public Affairs*, 5, 107-177. Citado en Gargarella (2006, p. 250).

En esta línea de la JE también podríamos mencionar a R. Dworkin, al menos si para ello tenemos en cuenta su artículo de 1990, "Equality Democracy and Constitution: we the People in Court"<sup>6</sup>. En este trabajo, el autor afirma que las restricciones constitucionales al poder mayoritario, como la exigencia del debido proceso, o de igual protección, mejoran la democracia, y que por esto son candidatas a tener un status estructural en los ordenamientos constitucionales. Ciertamente, Dworkin reconoce que esta justificación del control judicial resulta obvia (Dworkin, 2003, p. 72), pero no se preocupa por ampliarla, pues centra su atención en señalar que en una concepción comunitaria de la democracia, que requiere de los individuos que asuman la existencia del grupo como entidad o fenómeno por sí mismo antes que como una mera suma estadística de sujetos independientes (Dworkin, 2003, p. 50), "la gama de restricciones que la mejoran es mucho más amplia y variada una vez que reconocemos que el gobierno por el pueblo es comunitario y no estadístico" (Dworkin, 2003, p. 72). Por esta razón, en este trabajo Dworkin se limita a señalar, y por esto podría incluirse en el contexto de la JE, que los principios fundamentales de la democracia exigen que exista un tribunal que intervenga para resguardarla cuando las decisiones mayoritarias o del Gobierno implican prejuicio o partidismo en lugar de igual consideración (Dworkin, 2003, p. 75).

Garzón Valdés (1989), por su parte, también ha sostenido, por ejemplo en lo que respecta a determinadas normas de importancia central para el Estado, que podría resultar viable dar cuenta de ciertos "compromisos básicos" o, como señala, de un "coto vedado de principios constitucionales" (pp. 644-645) que estarían exentos de la discusión legislativa ordinaria, de modo que no puedan ser afectados por mayorías circunstanciales. Se trata, pues, de principios que estarían resguardados por órganos judiciales para observar la constitucionalidad de las leyes votadas por la mayoría. La idea es que es necesario reguardar estos

---

<sup>6</sup> Soy consciente de que la postura de este autor respecto del control judicial no se limita a este artículo, y que se complementa con su concepción de los principios jurídicos, que es central para entender el alcance que dicho control debería tener respecto de las leyes. Sin embargo, me limito a citar este trabajo porque en él se muestra el tipo de justificación habitualmente propuesta.



principios porque sin ellos la democracia en sí se debilitaría, en lugar de fortalecerse. Precisamente, en este sentido L. Ferrajoli (2008), uno de los autores contemporáneos de mayor relevancia en el tema, hace referencia a la idea de los límites a los poderes públicos, incluidos los de la mayoría, elaborados por toda la teoría liberal:

Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae a la política, es decir, a los poderes de la mayoría, y al mercado, como derecho inviolable, indisponible e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción (...). Y es justamente para impedir que (el poder del pueblo) sea absoluto por lo que la democracia política, para no contradecirse a sí misma, debe incorporar 'contra-poderes' de todos, incluso de la minoría, orientados a limitar los poderes de la mayoría. Estos contra-poderes, que no se advierte por qué no deban ser configurados también ellos como 'poderes del pueblo' (o 'democráticos'), son precisamente los derechos fundamentales (...). Y ¿qué es lo que las constituciones establecen como límites y vínculos a la mayoría, como precondiciones del vivir civil y a la vez razones del pacto de convivencia? Esencialmente dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales –los primeros entre todos son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay mayoría, ni interés general, ni bien común o público a los que puedan ser sacrificados– y la sujeción de los poderes públicos a la ley (pp. 55, 87, 212-213).

En la filosofía iberoamericana podemos encontrar a algunos autores interesantes que analizan el tema del control judicial desde el punto de vista de su justificación democrática. Una de las principales figuras en este sentido es, sin dudas, C. Nino. Este autor ciertamente defiende la prioridad de la democracia por sobre este modo de entender el constitucionalismo, aunque sin excluirlo, y para esto apela al tipo de JE que vengo señalando. En opinión de Nino (2003), podría objetarse 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 ellos estén en mejores condiciones para resguardar tales derechos en contra de decisiones democráticamente adoptadas que afecten (positiva o negativamente) a estos derechos:

Cuando el origen de los jueces no es de carácter democrático, sus decisiones no gozan del valor epistémico que sí tiene el proceso democrático. La perspectiva del juez se encuentra limitada a la de las personas directamente afectadas por un conflicto sobre el cual tiene que decidir, excluyendo a algunos de aquellos que podrían resultar afectados por el conflicto. El juez es completamente extraño a la disputa (p. 260).

Esto significa que no participa de los litigios que debe resolver como un involucrado en el proceso, intercambiando argumentos y sometiénolos a las observaciones críticas de los otros involucrados, sino que desempeña el rol de aquel ante quien dicho proceso discurre, debiendo evaluar las razones que los demás le presenten. En consecuencia, el juez no asume el rol de un interlocutor discursivo, ni está en relación de simetría con las demás partes involucradas (De Zan, 2004, p. 139). Por esta razón, el procedimiento intersubjetivo de deliberación democrática parecería encontrarse en una mejor posición para adoptar decisiones colectivamente vinculantes que la que pueda adoptar un juez, que prescinde de este punto de vista.

Ahora bien, y por esto puede afirmarse que este autor, como los anteriores, puede incluirse en lo que he caracterizado como “JE”, no obstante estas consideraciones críticas al control judicial y a favor de la democracia, Nino (2003), no rechaza totalmente esta clase de controles por parte de los jueces. En opinión de este filósofo,

la impresión de que el proceso democrático no puede satisfacer todos los requerimientos de la constitución ideal es tan fuerte que el control judicial de constitucionalidad no puede descartarse solo como consecuencia de invocar los méritos de la democracia deliberativa (pp. 260-261).

En este sentido, el filósofo plantea tres excepciones a la negativa del control judicial de constitucionalidad; en efecto, aunque en términos generales su argumento es contrario a la justificación de este tipo de control respecto de leyes originadas a través del proceso democrático, señala que el mismo es necesario si la ley no respeta los presupuestos del proceso democrático, o la autonomía personal fundándose

en razones perfeccionistas, o si afecta negativamente la preservación de la práctica jurídica moralmente aceptable. A su entender, estas excepciones en conjunto no solo permiten resguardar “las condiciones que hacen que las decisiones democráticas sean epistémicamente más confiables”, sino también a aquellas “que hacen que esas decisiones democráticas, que son epistémicamente confiables, sean además eficaces” (2003, pp. 273 y ss.). En un trabajo anterior (1989) Nino también argumentaba en esta línea:

De la justificación de la democracia surge una limitación a los órganos mayoritarios, y es en esa limitación donde juegan un papel importante los jueces, a través de mecanismos como el control de constitucionalidad. Lo único que la mayoría no tiene legitimidad para decidir es la restricción de las condiciones y los presupuestos que hacen del procedimiento democrático un mecanismo apto para encontrar soluciones correctas. (...). Es por ello que es necesario contar con órganos independientes que controlen si esos presupuestos y esas condiciones del procedimiento de discusión, de debate y de decisión democrática se han satisfecho o no; órganos cuya propia legitimidad no dependa de avatares, de mayorías que pueden estar afectadas por las fallas que mencioné (p. 87).

R. Gargarella también podría incluirse en el tipo de justificación que vengo señalando. Este autor suscribe a la idea de que no es conveniente desatender al punto de vista que representa la democracia, pues en su opinión,

no debiera ser aceptable, en principio, que el poder judicial tenga las facultades que hoy tiene. Sucede que no resulta razonable que dicho poder (el de menor legitimidad democrática) tenga la capacidad para decidir la última palabra en todo tipo de cuestiones, y aun en contradicción con la voluntad del legislativo<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Gargarella. Artículo publicado en [www.insumisos.com](http://www.insumisos.com) Red de Investigadores Latinoamericanos por la Democracia y la Paz (RILDEPAZ).

[http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/la%20democracia%20deliberativa%20en%20 el%20 analisis%20del%20 sistema%20 repres.pdf](http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/la%20democracia%20deliberativa%20en%20el%20 analisis%20del%20 sistema%20 repres.pdf).

Desde hace ya tiempo este autor viene mostrando, con base en estudios bien documentados de historia institucional, que el poder de revisión de los jueces tendría una raíz conservadora y elitista, el cual presupone que para tomar la decisión correcta (por ejemplo) en cuestiones constitucionales no es necesario consultar a la ciudadanía. En este sentido, su posición se apoya en la tradición de pensamiento que entiende que “todos los posibles afectados por una decisión deben tomar parte del proceso deliberativo para la toma de dicha decisión” (Gargarella, 1996, p. 13). Sin embargo, no obstante sus reparos teóricos, Gargarella también aconseja mantener el control externo de legitimidad constitucional de las decisiones políticas por parte del poder judicial. Últimamente ha sostenido en esta línea que

los jueces no solamente están institucionalmente bien ubicados para enriquecer el procedimiento deliberativo y ayudar a corregir algunos de sus sesgos indeseables, sino que también ellos tienen muchas herramientas diferentes para facilitar su tarea en este respecto (...), y ello sin tomar el lugar del legislador para decidir qué remedio [eventualmente] adoptar; los jueces pueden ofrecer un conjunto de remedios alternativos dejándole a aquel la decisión final de cuál elegir” (2006, p. 243).

En realidad, Gargarella menciona el problema de aceptar el control judicial sin justificarlo adecuadamente, pero no desarrolla esta afirmación con un argumento correspondiente explicando por qué se trata de un problema, sino que solo lo plantea sin proponer solución alguna afirmando que ello justifica la desconfianza de los filósofos deliberativos hacia esta institución jurídica (cfr. Gargarella, 2006, pp. 250-251).

Por supuesto que la lista de autores que analizan el tema, y que dan una respuesta en el sentido de la JE, es muy extensa<sup>8</sup>, pero los ejemplos

---

<sup>8</sup> Algunos autores intentan introducir variantes analizando la legitimidad democrática de los jueces. En efecto, sostienen que los jueces no son elegidos arbitrariamente, sino que sus nombramientos emanan de procedimientos democráticos llevados a cabo en el Parlamento por parte de los representantes directos del electorado, de modo que, a fin de cuentas, es posible afirmar que ellos, si bien en una medida menor que los legisladores, aunque solo sea en un sentido derivado, también gozan de cierta legitimidad democrática. Eisgruber (2001), por ejemplo, afirma que “pese a que los jueces no son seleccionados por elección popular directa, de todos modos son

aquí mencionados permiten dar cuenta del tipo de fundamentación dada al problema del control judicial brindando un panorama general de la justificación habitualmente propuesta. Más allá de las diferencias que ciertamente pueden encontrarse entre estas diferentes posturas, la justificación democrática del control judicial estriba en sostener la legitimidad de los jueces para intervenir sobre la voluntad popular (directa o indirectamente expresada en el ejecutivo y el legislativo) cuando ello supone un resguardo de la propia democracia, asegurando los presupuestos sobre los que la misma se sostiene.

Ahora bien, este tipo de justificación se caracteriza por asumir un posicionamiento teórico que necesita apoyarse en un presupuesto que es aceptado sin justificación alguna cuando se plantea este modo de articular el derecho con la democracia. Se trata del presupuesto según el cual es posible conectar estos dos puntos de vista. Como veremos, esto se realiza de manera acrítica, porque si bien tal conexión es posible, para ello se requiere de una profunda tematización, generalmente obviada, respecto del modo en que pueden articularse estos dos campos que tradicionalmente se han relacionado en términos conflictivos y sobre la base de una, digamos, “tensión” permanente entre las pretensiones de validez respectivamente sostenidas. Por esto es necesario profundizar aun más en la explicitación de las razones que fundamentan el tipo de propuesta que sostiene la JE. Para ello, a continuación analizo la postura de Habermas sobre el tema.

---

designados a través de un proceso que es a la vez político y democrático (...). Son designados por funcionarios electos (...). Los jueces tienen un *democratic pedigree*: deben su designación a sus visiones políticas y a sus conexiones políticas tanto como a sus habilidades jurídicas” (p. 4, citado en Linares, 2008, p. 79). Y Hilblink (2007), por su parte, ha apoyado esta idea sugiriendo que las credenciales democráticas de la justicia constitucional varían dependiendo de la forma en que los jueces son seleccionados, especialmente si interviene el Parlamento y el cargo no es vitalicio (pp. 4-5, citado en Linares, 2008, p. 79). Por esta razón, como señala De Zan (2004), “es claro que desde el punto de vista de una teoría de la democracia, en la cual la legitimidad de las decisiones vinculantes tiene que apoyarse en la voluntad de la mayoría, el poder de los jueces de invalidar las decisiones mayoritarias del Legislativo no parece fácil de justificar, aunque uno entienda que este poder le ha sido delegado a los jueces por la misma mayoría del pueblo que, en la asamblea constituyente, ha instituido al Parlamento como poder legislativo” (p. 256).

### III. HABERMAS Y EL CONTROL JUDICIAL

Habermas acepta el control judicial, aunque al mismo tiempo este tiene que resultar enteramente compatible con su teoría de la democracia. Toda justificación racional de decisiones necesariamente comporta el punto de vista representado por el concepto de racionalidad discursiva y el consecuente intercambio y confrontación crítica de argumentos mediante los cuales se plantean pretensiones de validez para justificarlos, y ello incluso cuando se discute el tema del control judicial. Es esta praxis argumentativa la que se identifica con la democracia y los debates en el Parlamento cuando se sanciona una ley, pero también (aunque no en igual medida) con los jueces cuando deliberan y deciden sus fallos. De acuerdo con esto, la deliberación intersubjetiva constituye el procedimiento más confiable para acceder a la corrección de las decisiones, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones permiten incrementar el conocimiento que uno tiene respecto de determinado tema, y ayuda a detectar errores en los argumentos expuestos. Desde luego que una decisión colectiva adoptada con base en 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 que pueden plantearse desde el punto de vista de los demás interlocutores involucrados en una discusión. Esto se identifica antes con la democracia que con el derecho; por esto sostiene Habermas (1994) que

al Tribunal Constitucional las razones legitimadoras que tiene que tomar de la Constitución provienen desde la perspectiva de un legislador que persigue sus políticas interpretando y desarrollando el sistema de los derechos. El juez desata el conjunto de razones con las que el legislador legitima sus decisiones, y vuelve a atarlas para movilizarlas a favor de una decisión coherente acorde con los principios jurídicos vigentes; *pero* sobre esta base no puede disponer de estas razones de modo que sirvan a la interpretación y configuración del sistema de los derechos, y con esto a una implícita actividad legislativa (p. 319).

Por esto es que en un contexto postmetafísico de justificación como el que sostiene Habermas solo el reconocimiento de los presupuestos comunicativos de carácter normativo inherentes a los procedimientos 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 (cfr. Habermas, 1994, pp. 141-142)<sup>9</sup>.

La idea aquí es que en el marco del Estado de derecho constitucional, centrado en una constitución normativa, jerárquica y directamente operativa, la función judicial desempeña un papel de control cuya racionalidad y aceptación depende del más exigente discurso argumentativo a la hora de aplicar el derecho (Suárez, 2011, p. 101). El poder judicial no puede apelar a instancias metasociales y metapolíticas, tampoco tiene facultad legislativa, pero tiene que controlar, en primer lugar, los procedimientos de los poderes políticos, que estos no se extralimiten en sus facultades, que respeten los derechos individuales y que se atengan a las reglas constitucionales de la deliberación democrática para la toma de decisiones:

---

<sup>9</sup> Ciertamente, Habermas (1999) habla de una “concepción procedimental” de su teoría de la democracia (p. 231); pero en este punto hay que aclarar que lo que aquí está señalando el filósofo es su oposición a recurrir a estos caracteres distintivos de posturas irracionales (metafísica, religión, dogmatismo) como medios para fundamentar decisiones, en este caso para, la producción legislativa de normas jurídicas. Naturalmente, esto no significa afirmar que adhiera a una concepción puramente procedimental para la justificación de normas, en el sentido de adoptar el punto de vista de una racionalidad valorativamente neutral. De hecho, en *Facticidad y Validez* sostiene un posicionamiento teórico para la justificación racional de pretensiones de validez que, como acabo de señalar, claramente reconoce tales presupuestos normativos, explicitados con base en el procedimiento reconstructivo de la dimensión pragmática del discurso argumentativo, que resultan inherentes a la interacción comunicativa, los cuales implican principios de simetría, reconocimiento recíproco, igualdad, libertad, y autonomía, entre otros, adoptando una importancia central para la cuestión de la legitimidad de las decisiones adoptadas (cfr. Habermas, 1994, pp. 138, 362-363, 374, 403). Por supuesto, otra es la cuestión de la neutralidad moral del principio del discurso tal como actualmente lo concibe Habermas, que le ha valido las críticas de su amigo Apel; pero este ya es otro tema que no analizo aquí.

El Tribunal constitucional debe proteger el sistema de derechos que posibilite la autonomía privada y pública de los ciudadanos (...). Ante todo tiene que examinar el contenido controvertido de las normas en conjunto con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales de los procesos democráticos de establecimiento del derecho (Habermas, 1994, p. 320).

De este modo, la revisión judicial tiene que controlar si se han cumplido las condiciones procedimentales que determinan la legitimidad democrática (cfr. Zurn, 2007, p. 238).

Esta justificación habermasiana del control judicial, hasta aquí, no parece diferir en lo sustancial de los planteos anteriores. Sin embargo, en el caso de este filósofo es posible, si se quiere, ampliar o “profundizar” la justificación en cuestión explicitando los fundamentos sobre los que se sostiene. La pregunta que se plantea en este punto es cómo se justifica entonces esta concepción del control judicial en el marco de la filosofía práctica de Habermas. A fin de comprender teóricamente este posicionamiento es necesario explicitar su tesis acerca de la identidad de origen entre Estado de derecho y soberanía popular, porque, como veremos, esta no solo constituye el marco teórico desde el que aborda este problema del control normativo, sino porque, además, y esto es importante, esta explicitación reconstructiva del trasfondo filosófico en el que se apoya Habermas permite otorgar una mayor solidez teórica a la justificación del control judicial al ofrecer razones que fundamentan (y por lo tanto consolidan) teóricamente el planteo de la JE. Esta justificación (recordemos) sostiene la necesidad de que el derecho se conecte con la democracia a través de un activismo judicial orientado a resguardar o asegurar la legitimidad de los procedimientos políticos, pero aceptando simplemente como válido el supuesto de que es posible relacionar en estos términos el derecho con la democracia; esto es algo que requiere de su correspondiente justificación.



#### IV. AUTONOMÍA PRIVADA, AUTONOMÍA PÚBLICA Y JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL

La tesis habermasiana de la identidad de origen entre Estado de derecho y soberanía popular afirma que si bien estas dos concepciones pueden entrar en conflicto, al mismo tiempo se presuponen mutuamente y se relacionan en términos de una implicación de tipo material<sup>10</sup>. En efecto, ambos principios<sup>11</sup> se presentan como igualmente originarios, pues ninguno se deriva del otro, y por lo tanto tampoco hay necesidad de suponer que uno tenga prioridad conceptual sobre otro; esto significa que la autonomía privada y la autonomía pública se exigen la una de la otra, siendo igualmente originarias e interdependientes. No se trata de una “conexión paradójica de principios contradictorios”, ya que los derechos políticos que garantizan a la autonomía pública de ciudadanos democráticos solo pueden ser ejercidos en la medida en que sea posible contar con el reconocimiento de los derechos y la autonomía de los individuos y, a la inversa, los derechos subjetivos e individuales que procuran la defensa universal e igualitaria de libertades solo pueden estar garantizados y resultar efectivos en el marco de un adecuado ejercicio de los derechos políticos. Habermas (1999) establece una conexión interna que si bien en una primera instancia parece depender del punto de vista en el que nos situemos para que una perspectiva u otra en principio resulte prioritaria, en realidad, ambas terminan complementándose:

La buscada conexión interna entre derechos humanos y soberanía popular consiste, pues, en que a través de los derechos humanos mismos se satisface la exigencia de la institucionalización jurídica de una práctica ciudadana del uso público de las libertades; los derechos humanos, que posibilitan el ejercicio de la soberanía popular, no pueden ser impuestos a dicha práctica como una limitación desde fuera (pp. 253-254)

---

<sup>10</sup> “Beide Begriffe sind interdependent, stehen in einer Beziehung der materialen Implikation” (Habermas, 2009a, p. 156).

<sup>11</sup> Habermas se refiere al Estado de derecho y a la soberanía popular como dos “principios”, fundantes del ordenamiento institucional de un Estado (cfr. Habermas, 2009a, pp. 156, 160).

(cfr. Habermas, 1994, p. 133; 2009a, p. 156; 2006, pp. 275-314; 2009b, pp. 87-139).

Esta conexión interna que aquí señala Habermas puede entenderse en el sentido de que los derechos subjetivos, que subrayan la centralidad del individuo y representan el punto de vista con base en el cual está estructurado el derecho positivo moderno, posibilitan la soberanía popular; esto significa que la práctica de autolegislación de ciudadanos autónomos que en conjunto quieren hacer valer sus derechos políticos solo adquiere validez en el medio que representa el derecho. Ahora bien, a continuación señala el autor que la constitución y vigencia del derecho legítimo, a su vez, también depende de procedimientos intersubjetivos de reconocimiento que llevan a cabo ciudadanos que ejercen derechos, no subjetivos, sino políticos:

(...) los presupuestos comunicativos por los que los ciudadanos juzgan a la luz del principio discursivo si el derecho que ellos establecen es derecho legítimo, tienen que ser, por su parte, institucionalizados bajo la forma de derechos civiles políticos” (Habermas, 1999, p. 255).

Esta tesis habermasiana sostiene, entonces, por un lado, que los ciudadanos del Estado solo podrán hacer un uso “apropiado” de la autonomía pública que les garantiza los derechos políticos, si privadamente son lo suficientemente independientes y están en condiciones de organizar y garantizar su forma de vida privada con el mismo grado de autonomía; por el otro lado, y *al mismo tiempo*, los ciudadanos de la sociedad disfrutan en la misma medida de su autonomía privada igualitaria –es decir que las libertades de acción subjetivas que están igualitariamente distribuidas poseen para ellos el “mismo valor”– si como ciudadanos del Estado también hacen un uso apropiado de su autonomía política, que, por ejemplo, puede implicar una cierta orientación al bien común (cfr. Habermas, 2009a, p. 156; 2006, p. 278). Aquí se evidencia ya una conexión constitutiva entre derecho y política democrática (que, por cierto, se expresa en el control judicial<sup>12</sup>), la cual

---

<sup>12</sup> Una postura interesante en este sentido que pretende dar cuenta, más allá de la tradicional concepción acerca de la supremacía de los jueces sobre la democracia (o a la inversa) en el análisis

se justifica en que los derechos subjetivos solo pueden ser puestos en vigor y cumplirse por organizaciones que tomen decisiones colectivamente vinculantes y, a su vez, estas decisiones deben su carácter colectivamente vinculantes a la forma jurídica con que están revestidas:

De hecho la razón práctica se realiza a sí misma en la forma de la autonomía privada no menos que en la forma de la autonomía pública. Ambas son medios y fines para la otra. (...) Sólo el proceso democrático garantiza a los ciudadanos de la sociedad alcanzar el disfrute de iguales libertades subjetivas. Inversamente, solo una asegurada autonomía privada de los ciudadanos de la sociedad pone a los ciudadanos del Estado en posición de un uso adecuado de su autonomía política. La interdependencia de estado de derecho y democracia pone en primer plano esta relación de complementación de la autonomía privada y [autonomía] del ciudadano: cada una consume los recursos que la otra representa (Habermas, 2009a, p. 175) (cfr. Habermas, 1994, pp. 134-135; 1999, p. 253; 2001, p. 156; 2009a, pp. 158 y 159).

En un lenguaje habermasiano ya antiguo, pero aún no del todo extinguido u obsoleto para dar cuenta de sus concepciones filosóficas de fondo, tal vez podríamos hablar aquí de una relación *dialéctica* entre autonomía privada y autonomía pública, que si bien en una primera instancia se muestran en una relación de “tensión de fondo”, en realidad, esta desaparece cuando se adopta un punto de vista que supone, no una preferencia por alguna, sino la superación de tal relación en tanto que conflictiva a partir de asumir una tercera posición teórica que, más allá de la oposición liberalismo - republicanism, y de los caracteres distintivos de cada una de estas doctrinas filosófico-políticas (que respectivamente se conectan con el principio del Estado de derecho y

---

del control judicial, es la sostenida por M. van Hoecke, quien ha planteado que en lugar de concebir la relación entre los jueces y los legisladores en términos de verticalidad normativa (supremacía absoluta de unos sobre otros), en realidad ambas partes se encuentran conectadas por una relación circular de predominio e inferioridad entre jueces y legisladores, y ello porque “los legisladores, en la mayoría de los casos, designan los propios jueces, pero la corte constitucional tiene la última palabra en relación con la constitución y el alcance de la legislación sometida a la decisión del tribunal” (Hoecke, 2001, p. 418, cfr. p. 429). El autor plantea así una relación entre ambas partes en la que una y otra se presuponen recíprocamente, de modo que no es posible sostener ya una relación vertical de sometimiento de una parte sobre otra en este tema del control judicial.

de la soberanía popular), encuentra su punto de apoyo en una teoría del discurso aplicada a la democracia y al derecho como la que sostiene Habermas (cfr. Habermas, 1999, pp. 231 y ss.; 1994, pp. 324 y ss.).

Teniendo en cuenta esta teoría habermasiana es posible señalar entonces que para este filósofo el constitucionalismo (Estado de derecho, autonomía privada) y la democracia (soberanía popular, autonomía pública) se relacionan en términos de una presuposición recíproca<sup>13</sup>. De acuerdo con Zurn (2007), quien analiza este tema del constitucionalismo en Habermas de una manera cercana a la que aquí propongo, podemos afirmar que para este último “la democracia no solamente presupone el constitucionalismo, el constitucionalismo es ilegítimo sin democracia deliberativa. [...] En términos de un eslogan, no hay legitimidad constitucional sin democracia, y no hay democracia legítima sin constitucionalismo” (p. 236)<sup>14</sup>. Dicha tesis nos permite entonces justificar con argumentos conceptualmente más sólidos (que los presentados por la JE) la idea de que el control judicial asegura la legitimidad de las decisiones políticas controlando y haciendo valer las condiciones procedimentales para la toma democrática de tales decisiones. En efecto, la postulada identidad de origen entre Estado de derecho y soberanía popular, que a su vez se apoya en un procedimiento reconstructivo de los presupuestos operantes en el origen de la práctica constituyente<sup>15</sup>, se constituye en el marco teórico en el que, podemos afirmar, se expresa el posicionamiento habermasiano respecto del constitucionalismo, y ello en la medida en que justifica la posibilidad de plantear una conexión entre el derecho y la democracia presupuesta por el control judicial<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> En opinión de Habermas (1994), el derecho y la democracia “se entrecruzan y forman (*ausbilden*) un sistema de los derechos que establece una presuposición recíproca entre autonomía privada y autonomía pública” (p. 162).

<sup>14</sup> Por esto también señala Zurn (2007) que “para Habermas la libertad individual y la soberanía popular no son principios competitivos o antitéticos, cuyo conflicto sería resuelto por una inexplicable judicatura” (p. 238).

<sup>15</sup> Cfr. Habermas (2009a, pp. 171 y172); este filósofo también realiza esta reconstrucción de esta práctica constituyente en otras obras: 1994, pp. 151-165; 1999, pp. 252-256.

<sup>16</sup> Dice Habermas (1994) que “si se entiende la Constitución como interpretación y configuración de un sistema de derechos, el cual hace valer la conexión interna de autonomía privada [i.e.

Comprender el posicionamiento habermasiano sobre este tema desde el punto de vista de los fundamentos filosóficos sobre los que se sostiene, que como el mismo Zurn (2007), también reconoce “conduce a una expansión del alcance de la revisión constitucional [por ejemplo por] sobre la teoría de Ely” (p. 239) –aquí he señalado que esto puede aplicarse a los autores que he incluido en la JE–, evita atribuirle a Habermas una postura ingenua o utópica cuando analiza este tema del constitucionalismo.

Ciertamente, es posible pensar en una solución al problema del control judicial tal como la concibe la JE, que permite justificar la idea de que la revisión judicial no compromete los principios democráticos, pero si bien ella es enteramente correcta, así planteada resulta claramente insuficiente, pues no justifica la viabilidad conceptual de lo que ya está presuponiendo como condición de posibilidad y validez de su propuesta para relacionar en este sentido el derecho con la democracia. El problema, como vimos, es que, en realidad, la pretensión de establecer tal relación no resulta obvia, ni intuitivamente aceptable sin más, pues se trata de dos puntos de vista entre los cuales, según Habermas, tradicionalmente se ha planteado una relación conflictiva, representada por la oposición entre las tradiciones liberal y republicana de la política y en las que, respectivamente, o bien se privilegian los derechos subjetivos individuales de sujetos privados movidos por el autointerés o bien se hace lo propio con respecto a los derechos políticos de los ciudadanos del Estado motivados por el bien común. Para fundamentar una concepción del control judicial se necesita, digamos, una justificación filosófica escalonada en dos niveles distintos. Esta justificación primero debe poder dar cuenta de los argumentos acerca de por qué es en efecto posible articular estos dos puntos de vista de la razón práctica (señalando que se trata de una conexión que de hecho se establece en términos de una presuposición recíproca), para luego,

---

el punto de vista del derecho] y autonomía pública [i.e. la democracia], una jurisprudencia constitucional (*Verfassungsrechtsprechung*) ofensiva no sólo no resultará perjudicial para la legislación de procedimientos y la formación racional de la opinión y la voluntad políticas, sino que incluso es normativamente exigida” (p. 340).

y sobre esta base, proceder legítimamente (i.e. sin asumir por ello presupuestos simplemente aceptados pero no justificados) a plantear una tal conexión afirmando que los jueces, cuando intervienen, lo hacen en resguardo de la democracia (cfr. Habermas, 1994, p. 162; 1999, pp. 252, 255; 2001, pp. 133 y ss.; 2009a, pp. 154 y ss.; 2009b, pp. 87 y ss., esp. 89-104).

## CONCLUSIÓN

El posicionamiento teórico adoptado por varios autores respecto del constitucionalismo, y la idea de que el control judicial debería intervenir para resguardar los principios democráticos, ya no resulta novedoso ni original (al menos desde 1980 con la obra de J. Ely, *Democracy and Distrust*). No obstante ello, en el caso de Habermas, y aun cuando su teoría del discurso no es tenida mayormente en cuenta en el debate contemporáneo respecto de este tema, es posible señalar, sin embargo, “razones de fondo” que justifican la idea de dicho control, permitiendo responder consistentemente a la pregunta central acerca de por qué estos órganos contramayoritarios pueden prevalecer sobre los órganos representativos de la soberanía popular en una serie de cuestiones que tienen que ver con temas que afectan a los propios involucrados. Como sabemos, la respuesta a esta cuestión en el marco de la tematización habermasiana respecto del constitucionalismo apela, en última instancia, a una concepción de la Constitución que articula y hace valer al mismo tiempo, y en igual medida, los principios del Estado de derecho y de la soberanía popular, lo cual otorga mayor solidez teórica a la JE del control normativo.

## REFERENCIAS

- Ackerman, B. (2007). *La nueva división de poderes*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- De Zan, J. (2004). *La ética, los derechos y la justicia*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer.
- Dworkin, R. (2003). *Liberalismo, constitución y democracia*. Traducción al español de Julio Montero. Buenos Aires: La Isla de la Luna. (Publicación original de 1990). Equality Democracy and Constitution: we the People in Court. *Alberta Law Review*, XXVII (2), 324-346.
- Eisgruber, Ch. (2001). *Constitutional Self-Government*. Harvard: Harvard University Press.
- Ely, J. (1980). *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Mass: Harvard University Press.
- Fiss, O. (1979). The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, 93 (1). Disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1220](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220)
- 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? In S. Besson & J. Martí (Eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*. Aldershot/Burlington: Ashgate.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Garzón Valdéz, E. (1989). *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Habermas, J. (1994). *Faktizität und Geltung*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós.
- Habermas, J. (2001). *Zeit der Übergänge*, Frankfurt: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2006). *Entre naturalismo y religión*. Barcelona: Paidós.
- Habermas, J. (2009a). Der demokratische Rechtsstaat. Eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien? En J. Habermas, *Philosophische Texte (Bd. 4: Politische Theorie*, pp. 154- 175). Frankfurt: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2009b). Hat die Demokratie noch eine epistemische Dimension? Empirische Forschung und normative Theorie. En J. Habermas, *Philosophische Texte (Bd. 4: Politische Theorie*, pp. 87-139).
- Hilbink, L. (2007). *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship*. New York: Cambridge University Press.
- Hoecke, van M. (2001). Judicial review and deliberative democracy: A circular model of law creation and legitimation. *Ratio Juris*, 14 (4), 415-423.

- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- Martí, J. L. (2006). *La república deliberativa*. Barcelona: Marcial Pons.
- Nino, C. S. (1989). La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4, 79-88.
- Nino, C. S. (2003). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Prono, S. (2011). Racionalidad argumentativa y discurso práctico. Apuntes para el análisis crítico-reconstruccionista de un argumento jurídico. En G. Barranco & E. Suárez (Eds.), *Argumentación y Constitucionalismo*. (pp. 39-46). Santa Fe: Ediciones de la UNL.
- Suárez, E. (2011). Constitucionalismo, división de poderes y revisión judicial. En E. Suárez & G. Barranco (Eds.), *Argumentación jurídica y constitucionalismo*. (pp. 93-101).
- Sunstein, C. (1999). Constituciones y democracia. En J. Elster & R. Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*. (pp. 344-371). México: FCE.
- Waldron, J. (1993). A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 18-51.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.
- Zurn, Ch. (2007). *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. New York: Cambridge University Press.