

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL PENSAMIENTO DE JÜRGEN HABERMAS

RAÚL LETELIER WARTENBERG*

RESUMEN: El lugar de la Justicia Constitucional dentro del debate del Estado democrático es un tema que Habermas aborda, por una parte, criticando el contenido del parámetro de constitucionalidad que los tribunales constitucionales emplean, pero, al mismo tiempo, revitalizando el rol de estos tribunales como protectores de una política deliberativa que garantice una convivencia democrática.

ABSTRACT: The role of Judicial Review in the debate of the Democratic State is tackled by Habermas, on the one hand, criticizing the content of the constitutional parameter that the constitutional courts use, but, at the same time, revitalizing the role that these courts play in the protection of a deliberative politic which guarantees a democratic coexistence.

PALABRAS CLAVE: Habermas, Justicia Constitucional, Tribunal Constitucional, valores, Democracia, Discurso, Principios.

KEYWORDS: Habermas, Judicial Review, Constitutional Court, values, Democracy, Discourse, Principles.

1. INTRODUCCIÓN

El libro *Facticidad y Validez* es, sin lugar a dudas, la gran aportación que el filósofo alemán Jürgen Habermas ha hecho a la teoría jurídica. En él, ha pretendido revisar los postulados que tanto la filosofía del derecho como la teoría del Estado han construido a lo largo de varios siglos, para así adecuarlos a los presupuestos de la propuesta teórica que ha desarrollado durante su vida académica. Especial interés para todo constitucionalista despierta el capítulo VI, donde este autor se sumerge en el viejo y perenne problema de la objeción democrática a la jurisdicción constitucional¹.

El objeto de las presentes notas será reconstruir y exponer el razonamiento de Habermas sobre el tema de la jurisdicción constitucional, intentando mostrar algunas paradojas y proporcionando algunas claves que permitan identificar o reconocer, en otras obras de su producción científica, los supuestos o tesis a partir de los cuales se construye su posición frente a este tópico.

* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Alberto Hurtado. Email: rletelier@uahurtado.cl.

¹ LETELIER & NICOLINI (2004), pp. 77 y ss.

Adelantando lo que más abajo expondré, podría decirse que las argumentaciones que realiza Habermas a propósito de la jurisdicción constitucional se enmarcan en lo que llamaría una “crítica revitalizadora” del papel de los tribunales constitucionales. La dimensión crítica denunciará los peligros que el uso de un erróneo parámetro de constitucionalidad por estos tribunales provoca en una convivencia democrática; la dimensión revitalizadora, por su parte, encargará a estos tribunales la custodia de la política deliberativa, papel absolutamente protagónico en esa misma convivencia.

2. LA CRÍTICA. LA JURISPRUDENCIA DE VALORES Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El pensamiento de Habermas acerca de la jurisdicción constitucional es, en gran medida, una reacción ante una situación específica que ha tenido lugar en el Tribunal Constitucional alemán desde la década del 50 en la resolución de importantes casos concretos, y que ha revelado los excesos que un “activismo judicial” puede ocasionar tanto en el equilibrio de poderes, como en la idea de lo que entendemos por democracia².

Este Tribunal ha tratado de explicar y justificar el razonamiento con el cual ha decidido algunos asuntos, señalando que en la Constitución alemana es posible encontrar un verdadero “orden concreto de valores”³, orden que constituye un elemento que debe ser considerado en la resolución de disputas jurídicas. En este sentido, el Tribunal ha sostenido, en relación a los derechos fundamentales, que ellos no sólo deben ser entendidos en su tradicional configuración liberal como derechos de libertad ejercitables contra el poder público, sino que también constituyen por sí mismos un “ordenamiento” en tanto son soporte de validez de las demás normas del sistema. La visión liberal de los derechos, que suponía una idea de prerrogativa de los sujetos titulares de aquellos derechos a que el Estado no actúe en un determinado sentido, es complementada ahora con la posibilidad de encontrar en la Constitución obligaciones positivas que vengán a proteger y a hacer efectivos aquellos valores presentes en la Carta Fundamental⁴. La Constitución, se argumenta, no contiene un “orden neutral de valores” en donde puedan

² Sobre este rol activo y creador de derecho véase también, HABERMAS (1996), pp. 80 y sgtes.

³ Tal vez la sentencia que más refleja esta idea es la pronunciada en el caso *Lüth* en 1958 (*BverfG* 7, 198). Sin embargo, con anterioridad a ella ya se había perfilado esta idea en casos relativos a la prohibición de partidos políticos *Sozialistische Reichpartei* en 1952 (*BverfG* 2, 1) y *Kommunistische Partei Deutschlands* en 1956 (*BverfG* 5, 85).

⁴ Sobre el particular véase CRUZ (2005), pp. 9 y sgtes.

tener cabida todos aquellos valores que coexisten en una sociedad plural. Por el contrario, la Constitución ha optado por erigir un orden objetivo de valores. Ese orden objetivo de valores será el soporte y fundamento jurídico-constitucional de todas las demás áreas del Derecho –legislación, administración y judicatura– como si de un verdadero “efecto de irradiación” se tratase⁵.

Esta forma de entender la Constitución debe situarse dentro del contexto histórico que genera la catástrofe nazi, lleno de una natural desconfianza hacia los instrumentos de control jurídico de la fracasada República de Weimar. Ante este panorama, se desarrollará una tendencia inevitable a neutralizar los postulados del positivismo jurídico a través de la generación de “reglas abiertas” (valores o principios) que actúen como parámetro de control frente a las desprestigiadas normas positivas⁶. Aquella dignidad de la ley, tan presente con posterioridad a los eventos que siguen a 1789, comenzará irremediablemente a decaer. Este escenario vendrá a robustecer las normas constitucionales y las dotará de un contenido obligatorio inmediatamente aplicable a la resolución de todo tipo de problemas jurídicos. Las construcciones teóricas acerca de la eficacia normativa de los principios jurídicos comenzarán, así, a tener un inusitado éxito⁷.

El apoyo doctrinal de esta forma de entender la Constitución será dado en la doctrina alemana principalmente por Günter Dürig⁸ y Otto Bachof⁹. Con este soporte, la justicia constitucional se aprovisionará de la fuerza necesaria para utilizar este amplio parámetro compuesto por las normas constitucionales (derechos fundamentales esencialmente), en tanto orden de valores, para controlar con ellas las decisiones políticas dadas a través de leyes.

⁵ Ejemplo de esta irradiación (*Ausstrahlungswirkung*) puede verse en *BverfG* 7, 198.

⁶ En cierta forma, esta generación de normas más abiertas conlleva una decisión de mejorar el control que los jueces –con mayor prestigio en este momento histórico– pueden hacer de los poderes directores (ejecutivo o legislativo), a la sazón bastante disminuidos.

⁷ Según Robert Alexy será el artículo de Dworkin “The Model of Rules”, publicado en 1967, el que marcará el comienzo de la discusión más amplia sobre los principios jurídicos. Véase ALEXY (2000), pp. 294-304. En el referido artículo, Dworkin criticará el positivismo jurídico de Hart, su concepto de Derecho, y denunciará la incapacidad de la regla de reconocimiento de dar cabida a estos principios. Véase DWORKIN (1967), pp. 14-46. Este artículo fue luego incorporado como capítulo segundo en su obra “Los derechos en serio”. Véase DWORKIN (1989), pp. 61-101.

⁸ Principalmente en (1956) “Der Grundrechtsatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertesystem der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes”, en *Archiv für öffentlichen Rechts*, (81), pp. 117-157, posteriormente refundido en MAUNZ, Th. & DÜRIG, G. (1991) *Grundgesetz*, München: Beck, p. 1.1.1.

⁹ BACHOF (1985).

Sin embargo, la crítica a la idea de la Constitución como orden objetivo de valores no tardará en llegar, dando lugar a una disputa que algunos han sintetizado en la diáda “constitucionalismo versus legalismo”¹⁰. Al interior de la tradición alemana, los críticos más importantes han sido Ernst Forsthoff y Ernst-Wolfgang Böckenförde. El primero ha criticado el modelo profusamente. Ha advertido, por ejemplo, la desjuridificación que significaría dar cabida a este orden de valores (de carácter típicamente espiritual) absolutamente ajeno a ideas como coherencia o completitud propias de los sistemas jurídicos. Del mismo modo, la tarea interpretativa se haría bastante discutible en un escenario donde aquello que debe interpretarse es más bien un valor y no una norma jurídica. Con una solución de este tipo, el prestigio mismo de la norma constitucional se iría perdiendo, al mismo tiempo que se pierde su racionalidad. En definitiva, este “método científico espiritual” de aplicación constitucional de una jerarquía de los valores teñirá de inseguridad al derecho constitucional, “sumiendo a la norma constitucional en la casuística” y transformando el estado de derecho en un “estado judicial”¹¹.

Böckenförde, por su parte, ha sostenido que aquel posicionamiento de los valores como fundamento mismo del Derecho abre la puerta al ingreso de las opiniones y valoraciones subjetivas de los operadores jurídicos, en la tarea de definición del contenido material del Derecho¹². Centrar el debate interpretativo en la perspectiva axiológica subjetiva del intérprete, provoca la desconcertante situación de desproveer a la interpretación de toda base racional, indispensable en contextos de fundamentación jurídica. La argumentación que se basa en valores deviene en cierta forma irracional¹³ y el conocimiento y reconocimiento de estos valores en “emotivo e intuitivo, sustrayéndose así de todo control, verificación o fundamentación racional” (CRUZ, 2005, p. 70). Con un escenario como este, se consolida rápidamente un “totalitarismo constitucional”: estimando el tribunal constitucional tanto la existencia en la Constitución de un orden de valores con vigencia universal como la irradiación (de validez) de éste a todo el ordenamiento jurídico, ella se transforma en una carta que “sanciona unas determinadas convicciones político-éticas, atribuyéndoles una validez jurídica universal, y discrimina a las que se oponen a aquéllas”. “La Constitución no

¹⁰ DAIS, JORGENSEN & EHR-SOON TAY (1991).

¹¹ FORSTHOFF (1973), pp. 224 y sgtes.

¹² BÖCKENFÖRDE (1991), p. 82.

¹³ BÖCKENFÖRDE (1991), p. 84.

garantiza ya la libertad de una forma incondicionada a través de una delimitación jurídico-formal, sino sólo la que cabe dentro del sistema de valores reconocido por ella: quien se sitúa fuera de este sistema de valores, positivado entre otros en la cláusula de intangibilidad (art. 79, III en relación con el art. 20 LF), deja de tener derecho a la libertad política (art. 2, I y II, art. 18LF) (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 41).

Dentro de esta disputa y precisamente situándose del mismo lado que los críticos como Forsthoff o Böckenförde, aparecen las aportaciones de Habermas. A juicio del filósofo de Frankfurt, lo reprochable de la manera en que el tribunal constitucional alemán ha resuelto estos casos no radica sólo en los efectos que este tipo de jurisprudencia genera en la estructura normal de lo que se entiende por Estado de Derecho, sino que también en el error de asimilar los principios jurídicos a los valores. Los principios jurídicos, indica Habermas, son verdaderas reglas jurídicas en tanto que obligan a practicar un comportamiento determinado. Los valores, en cambio, expresan una elección realizada por una colectividad en orden a preferir determinados bienes en un momento histórico específico.

Debido a esta diferencia, una decisión que tome en consideración un principio es diversa de aquella que considere un valor. Una decisión basada en principios decidirá qué es obligatorio hacer, mientras que con una decisión del segundo tipo se resolverá qué comportamiento es mejor y más recomendable¹⁴.

La resolución de un caso concreto mediante un valor, esto es, considerando aquel comportamiento que debió haberse adoptado por ser recomendable o mejor, sólo podría realizarse si entendemos que esos valores poseen una validez universal. Pero esto no puede ser defendido dentro de la lógica habermasiana, que reflexiona sobre el mundo desde una perspectiva completamente posmetafísica. ¿Y qué quiere decir esto? Habermas se enfrenta a las tradiciones metafísicas que pretenden reconducir las explicaciones acerca de la razón, de lo bueno, o lo correcto, a principios originarios que son tenidos como “fundamentación última”, que tienen un carácter objetivo, es decir, que representan una verdad absoluta para todos. Habermas, en cambio, pretende superar esta perspectiva por medio de la idea de una “ética discursiva”, en la cual “una norma únicamente puede aspirar a tener validez cuando todas las personas a las que afecta consiguen ponerse de acuerdo en cuanto *participantes de un discurso práctico* (o pueden ponerse de acuerdo) en que dicha norma es válida” (HABERMAS, 1991, p. 86). Habermas desecha, así, toda

¹⁴ HABERMAS (2001a), p. 328.

suerte de *a priori* metafísicos, “de modo tal que tanto el punto de partida como el de llegada sean inmanentes a la praxis humana” (VELASCO 2003, p. 54). Las normas o deberes se encontrarán, así, justificadas por medio de argumentos. “Deber hacer algo” implica para Habermas “tener razones para hacer algo”¹⁵.

Así las cosas, una teoría posmetafísica de los valores enfatiza la relativización que éstos poseen cuando adoptan la forma de reglas morales. Estas variarán dependiendo de los individuos que las defienden, los lugares geográficos en que éstas aparecen, o las diferencias que presentan en momentos temporales diversos. Una validez universal de estas normas morales, entonces, sólo podrá ser predicada procedimentalmente, es decir, cuando se han respetado las reglas del diálogo y del discurso de manera que garantizan un acabado desarrollo de los procesos racionales¹⁶.

De esta manera, cuando en un caso concreto el tribunal pretende realizar el contraste con aquel específico “orden de valores” al que nos hemos referido, lo que hace, en realidad, es un cálculo de costo-beneficio para el cual el tribunal no se encuentra capacitado¹⁷. Su tarea debe restringirse a encontrar la norma que resulta ser “adecuada” para la resolución del caso concreto, entendiendo por adecuación la “validez de un juicio singular deducido a partir de una norma válida, que es el que ‘satura’ a la norma correspondiente” (HABERMAS, 2001a), p. 334). De esta forma, sostiene Habermas, “[u]na aplicación del derecho orientada por principios ha de

¹⁵ HABERMAS (1991), p. 66. En el mismo sentido, véase HABERMAS (2004), pp. 29 y sgtes.

¹⁶ “La legitimación de la moral y del derecho no procedería entonces de los contenidos de las normas morales o jurídicas, sino del procedimiento por el que han sido obtenidas: la racionalidad del procedimiento ha de garantizar la validez de los resultados que se obtienen con él”. VELASCO (2003), p. 64.

¹⁷ Esta idea se puede observar mucho mejor cuando se piensa en la concurrencia de principios (o valores, según la idea bajo crítica) contradictorios. Desde cierta perspectiva podría afirmarse que en realidad estos principios no es que obliguen a una conducta específica, sino que más bien pueden aplicarse de manera más o menos flexible en cuanto su objeto es “optimizar” un fin. Los principios son, en lenguaje de Alexy, “mandatos de optimización”, toda vez que su aplicación admite diversos grados de aplicabilidad. Véase ALEXY (2002), pp. 86 y ss. La posición de Habermas es ciertamente distinta y ello es precisamente por su escepticismo y su resistencia a someter a estos mandatos especiales a un juicio de optimización de valores o fines. Para él, la operatividad de los principios (y aquí principalmente ve el conjunto de derechos fundamentales) posee una aplicación que no dista mucho de las normas jurídicas ordinarias. “Si los principios sientan un valor que debe ser realizado de forma óptima, –sostiene Habermas– y si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma ni lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines. Pero como ningún valor puede pretender de por sí una primacía incondicional sobre los demás valores, con tal operación de ponderación o sopesamiento la interpretación del derecho vigente se transforma en el negocio de una *realización de valores*, que concretiza éstos orientándose por el caso concreto...”. HABERMAS (2001a), p. 327.

entenderse acerca de qué pretensión o qué acción son de recibo en un conflicto dado, y no acerca del mejor equilibrio de bienes o de la mejor relación de jerarquía entre valores” (HABERMAS, 2001a), p. 334).

Esta idea de adecuación de la norma jurídica o principio interpretado al caso en que ha de aplicarse, la toma Habermas del pensamiento de Klaus Günther. Este autor ha tratado de explicar el objeto del fenómeno interpretativo de las normas jurídicas aplicables a una determinada situación, señalando que la interpretación pretende “justificar de tal suerte la primacía de esa norma como la única pertinente o adecuada, que no se viole el ideal de un sistema coherente de normas válidas” (HABERMAS, 1996, p. 84). La problemática del asunto acerca de la aplicación de las normas se trasladará, entonces, a la idea de coherencia del sistema en que aquellas normas existen¹⁸.

Así las cosas, cuando se entienden los derechos fundamentales como valores, estos ingresan a una discusión de “preferibilidad” y no a una de obligatoriedad. De entenderse los derechos fundamentales como valores, esto conduciría a la ponderación discrecional o arbitraria de los valores en juego en el caso concreto. La preferencia por uno de ellos no tendría ni podría tener una pretensión de generalidad, toda vez que sería suficiente para calificar a dicha ponderación como correcta el hecho que se encuentre justificada desde la perspectiva subjetiva del juzgador¹⁹. El peligro de aplicar esta concepción de los derechos fundamentales como valores, sostiene Habermas, es que los jueces harán primar argumentos funcionalistas, sacrificando o por sobre de argumentos normativos²⁰.

3. LA REVITALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Las reflexiones habermasianas sobre la Justicia constitucional son esencialmente críticas. Su descontento con su actual configuración hace que incluso llegue a enunciar que la lógica de la división de poderes sugiere “configurar autorreflexivamente al Poder Legislativo al igual que a la justicia, y dotarlo de la competencia de autocontrolar su propia actividad”. “El legislador –dice el filósofo– no dispone a su vez de la competencia de comprobar si los tribunales en su negocio de aplicar el derecho se han servido exactamente de las razones

¹⁸ En este sentido véase GÜNTHER (1995), pp. 271-302.

¹⁹ HABERMAS (1996), p. 82.

²⁰ “[E]n el derecho penetran también contenidos teleológicos; pero el derecho definido por un sistema de derechos doméstica, por así decir, los objetivos y orientaciones valorativas del legislador mediante una estricta *primacía* de los puntos de vista normativos”. HABERMAS (2001a), p. 329

normativas que en su día entraron a formar parte de la fundamentación presuntivamente racional de una ley” (HABERMAS, 2001a), p. 314).

Las razones que pueden legitimar la concesión de una competencia controladora a este tribunal, sin embargo, sólo pueden ser de naturaleza “pragmática” o de “política jurídica”: como en los casos en que se violan las normas constitucionales, tanto el Parlamento, como el Ejecutivo aparecen como partes involucradas en el asunto, lo recomendable parece ser sustraer de ellos el conocimiento de estas disputas y entregarlas a un tribunal especializado²¹.

Partiendo de este esquema de atribución competencial al tribunal constitucional en tanto tribunal especializado, y luego de la fuerte crítica sobre la forma en que los tribunales constitucionales han aplicado la jurisprudencia de valores, Habermas debe enfrentarse a la pregunta acerca de cómo deben ejecutarse correctamente las competencias atribuidas al tribunal. Es decir, cómo debe el tribunal observar (en ambos sentidos de la palabra) sus competencias, o más bien, cómo debe éste autocomprenderse.

Habermas considera que una gran herramienta para evaluar que el ejercicio de las competencias del Tribunal sea el correcto es la diferenciación entre los discursos de fundamentación de las normas y los discursos de aplicación de normas²². “Al Tribunal Constitucional las razones legitimadoras que tiene que tomar de la Constitución le vienen dadas desde la perspectiva de la aplicación del derecho, y no desde la perspectiva de un legislador que ha de interpretar, *desarrollar* y dar forma al sistema de los derechos al perseguir sus propias políticas” (HABERMAS, 2001a), p. 335).

En este discurso de *aplicación* de la Constitución será fundamental la concepción que se tenga acerca de lo que debe entenderse por Constitución. Y en este tema Habermas adopta –junto a Ely– una idea procedimentalista de la Carta Fundamental. Lo que hace (y debe hacer) la Constitución, sostiene, es fijar “los procedimientos políticos conforme a los que los ciudadanos, ejercitando su derecho de autodeterminación, pueden perseguir cooperativamente y con perspectivas de éxito el proyecto de establecer formas justas de vida”²³.

²¹ Sin embargo, Habermas mantiene la duda acerca de la *institucionalidad adecuada* para esta tarea de asignarle sentido a la Constitución. No obstante, reconoce la bondad del sistema en lo que a clarificación del derecho y al mantenimiento de un orden jurídico coherente se trata. HABERMAS (2001a), p. 316. En este punto, Habermas ha preferido tomar esta situación como punto de partida o como dato puesto, en vez de discutir la misma justificación de él.

²² HABERMAS (2000), pp. 144 y ss.

²³ HABERMAS (2001a), p. 336. Esta idea procedimentalista de la Constitución se explica claramente sobre la base de su idea, también, procedimentalista, de los discursos en general. No hay más verdades que las que

Más categórico es cuando afirma que “[s]ólo las *condiciones procedimentales de la génesis democrática* de las leyes aseguran la legitimidad del derecho establecido”²⁴. Habermas hace suya la crítica de Ely en contra de esa especie de comprensión paternalista de la jurisdicción constitucional, “que se nutre de una desconfianza, muy extendida entre los juristas, contra la irracionalidad de un legislador dependiente de las luchas de poder y de unas opiniones mayoritarias determinadas por las emociones y los cambios de estados de ánimos” (HABERMAS, 2001a), p. 339).

En el fondo de la discusión se encuentran, entonces, dos formas de entender la Constitución, y con ellas, dos maneras de comprender el proceso político: la liberal y la republicana. Mientras la forma liberal entiende el proceso político como una contienda de preferencias que luchan por obtener el poder, la forma republicana lo entiende principalmente como un proceso de comunicación, razón y persuasión por el cual se deciden cosas de valor, encaminadas a la búsqueda de un acuerdo acerca de una forma buena y justa de vivir. Así, en medio del creciente pluralismo de valores e intereses, es precisamente la existencia de aquel proceso de razón, comunicación y persuasión el que legitima las decisiones institucionales. El desarrollo de este proceso, o lo que es lo mismo, el cumplimiento de las condiciones procedimentales que este proceso requiere para existir, son la clave para atribuir a las decisiones un carácter democrático obteniendo así su legitimación²⁵. Hay aquí entonces una especie de “confianza republicana en la fuerza de los discursos políticos” (HABERMAS, 2001a), p. 348). Sólo respetando estas condiciones los ciudadanos ponen en práctica su derecho de autodeterminación política.

De estas consideraciones aparece el verdadero campo de acción que debe tener el Tribunal Constitucional y la forma en que éste debe comprender su propia existencia. El tribunal *debe operar como custodio de que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una política deliberativa*²⁶.

se alcanzan por consensos respetuosos de las reglas del discurso. Esta es la idea defendida por Habermas en su teoría consensual de la verdad, según la cual la validez (verdad o corrección) de una tesis (afirmación o norma) está determinada por el potencial consenso de todos siguiendo las reglas del discurso. HABERMAS (1989), pp. 113 y ss.

²⁴ HABERMAS (2001a), p. 336.

²⁵ Sólo cumpliendo estas condiciones “el proceso político tiene a su favor la presunción de generar resultados racionales”. HABERMAS (2001a), p. 347.

²⁶ Debe ser entonces una especie de “defensor de la democracia deliberativa” HABERMAS (2001a), p. 348. Sobre política deliberativa, véase HABERMAS (2004), pp. 231 y ss.

Sin embargo, nuevamente el campo de la discusión parece trasladarse a qué se entiende por aquellas condiciones necesarias para una política deliberativa, esto es, qué es aquello que debemos proteger en el proceso discursivo deliberativo para que podamos asignarle a la decisión que resulta de ese proceso la preciada legitimación.

Una opción sería entender que debe protegerse los canales institucionalizados de discusión política, esto es, principalmente las regulaciones de los procedimientos parlamentarios. Sin embargo, la opción elegida por Habermas es mucho más ambiciosa. En efecto, el proceso discursivo que debe ser protegido no es entendido por el filósofo como una mera ordenación de los debates al interior de los órganos institucionalizados, sino que también pretende añadir al discurso deliberativo un espacio mucho más amplio de la discusión política.

Esta ampliación que postula Habermas ya había sido sostenida por J.H. Ely al desarrollar su idea de una justicia constitucional entendida principalmente como *participation-oriented* y como *representation-reinforcing*²⁷. La Corte Suprema (como juez de la constitucionalidad) debe, según esta visión, mantener abiertos los canales para los cambios políticos y corregir aquellas injustas discriminaciones contra grupos minoritarios²⁸.

Es este espacio de protección defendido por Ely el que Habermas se encarga de precisar, y de cierta forma ampliar, cuando indica que también debe protegerse “tanto el espacio de la opinión pública política como el contexto cultural de éste y su base social” (HABERMAS 2001a), p. 348). Perfilando esta idea, Habermas estima que son dos los grandes ámbitos de protección de la política deliberativa en los que el Tribunal Constitucional debe colocar su atención:

i) Un primer ámbito consiste en la inclusión, en el proceso político, de aquellos grupos sociales que han estado ausentes hasta ahora de él.

Este ámbito de protección ya había sido considerado por Ely en su modelo de democracia procedimental²⁹ y gran parte de su teorización se debió a la herencia dejada por la Corte Suprema norteamericana en el asunto *U.S. v. Carolene Products Co.* de 1938. Dicha sentencia, luego de afirmar la idea de una suerte de “deferencia judicial” por parte de la Corte para con el legislativo (tras largo tiempo de activismo judicial exacerbado), deja entrever los casos en los cuales esa deferencia no procede y en los que la intensidad del control debe ser mucho más

²⁷ ELY (2002), p. 87.

²⁸ GRANO (1981), p. 169.

²⁹ ELY (2002), pp. 135 y ss.

fuerte, precisamente porque lo que se está protegiendo son las bases mismas de la legitimidad de las decisiones democráticas³⁰.

El Derecho aborda cuestiones ético-políticas, y, en cuanto tal, afecta a las formas mismas de vivir de aquellos que se ven necesariamente alcanzados por los efectos normativos de esas decisiones. Los ordenamientos jurídicos están siempre “impregnados éticamente” toda vez que “interpretan en cada caso de modo diferente el contenido universalista de los mismos principios constitucionales, es decir, lo hacen en el contexto de las experiencias de una historia nacional y a la luz de una tradición, cultura y la forma de vida históricamente dominante” (HABERMAS, 2004, p. 124)³¹.

En este escenario de “éticas juridificadas” pueden percibirse ciertos grupos minoritarios aplastados por la autocomprensión que la mayoría hace de sí como representante de una comunidad republicana. El Tribunal Constitucional debe, entonces, luchar precisamente contra esta pseudorepresentación. Aquella mayoría “[e]n tanto que parte, ya no debe aparentar la fachada del todo” (HABERMAS, 2004, p. 126). Al final, sólo un autoentendimiento colectivo podrá hacer tomar conciencia de la misma pertenencia al grupo social, constituyendo éste un gran motivo “para la superación del egocentrismo y del autointerés”. Ello llevará a entender que “la exclusión y represión de algunos tiene por consecuencia el extrañamiento de todos”, y a que pueda percibirse una especie de “causalidad del destino” que “hace sentir a cada cual como dolor el aislamiento respecto de un contexto común de comunicación...” (HABERMAS, 2001a), p. 355).

La forma específica en que debe protegerse a las minorías ha sido parte de una interesante discusión entre Charles Taylor y Jürgen Habermas³². Mientras Taylor postula un reconocimiento diferenciado de cada una de las culturas minoritarias, Habermas aboga por un reconocimiento de los individuos que pertenecen a esos grupos. El objetivo de Habermas es “mostrar que no resulta necesario establecer derechos colectivos para asegurar las pretensiones de reconocimiento de las identidades colectivas y las demandas de igualdad formuladas por las minorías culturales” (VELASCO, 2000, p. 204). Las garantías individuales al interior de una democracia deliberativa y participativa bastarían para este efecto.

³⁰ Así se lee en la famosa nota al pie N° 4: “Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, or national, or racial minorities, whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry”. 304 *US* 144.

³¹ Es la tensión originada en el “hecho del pluralismo”. HABERMAS y RAWLS (2000), pp. 54 y ss.

³² HABERMAS (2004), pp. 189 y ss.

ii) Un segundo ámbito de protección es la custodia del proceso deliberativo frente al influjo de grupos de intereses “que logran imponer sus objetivos privados sobre el aparato estatal a costa de los intereses generales” (HABERMAS, 2001a), p. 349). Esta es la defensa del Estado contra las llamadas “facciones”, que viene sosteniéndose, desde la perspectiva constitucional, desde la ya antigua disputa entre federalistas y antifederalistas³³.

La democracia deliberativa debe ser protegida contra aquellos grupos que se hacen de la agenda legislativa o administrativa imponiendo sus particulares condiciones dando lugar a una verdadera “captura del Estado” (o “captura del regulador”)³⁴, toda vez que, si falta esta protección, el ente que goza de las potestades normativas pasa a ser un mero instrumento de los grupos con poder fáctico.

Una decisión alcanzada por las instituciones democráticas no representaría verdaderamente la existencia de un consenso razonado cuando este tipo de grupos obtiene una decisión en su favor debido a la presión que ejercen. El ideal regulativo³⁵ de “situación ideal de habla”, que Habermas desarrolla con fuerza en su teoría comunicativa, juega un papel esencial en su rechazo a este tipo de intervenciones. Para el filósofo, esta situación ideal de habla sirve como medida para enjuiciar las decisiones que reclaman para sí una presunción de racionalidad, es decir, el hecho de haberse tomado una decisión en condiciones que avalan que el consenso llevado a cabo para adoptarlas ha sido racional³⁶. Precisamente, uno de los elementos de este ideal regulativo es la existencia de igualdad entre aquellos que pretenden llegar al consenso y defienden sus argumentos en la contienda discursiva. Las partes en el discurso deben tener igualdad de oportunidades y no puede haber coacción de una parte para con la otra. Debe haber entonces

³³ “By faction, –sostenía Madison– I understand a number of citizen, whether amounting to a majority or minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interest of the community”. MADISON, J. (1993), en *The Federalist*, N° 10, American State Papers, Chicago: Encyclopedia Britannica, p. 50. Un resumen de esta disputa en SUNSTEIN (1985), pp. 35 y ss.

³⁴ SUNSTEIN (1990), pp. 98 y ss.

³⁵ Un ideal regulativo es una idea que sirve de parámetro para medir cómo las situaciones reales se aproximan a él o se alejan de él, y, con ello, permite evaluar en términos positivos o negativos este acercamiento.

³⁶ “La anticipación de una situación ideal de habla –dice Habermas– es lo que garantiza que podamos asociar a un consenso alcanzado fácticamente la pretensión de ser un consenso racional. Al propio tiempo, esa anticipación es una instancia crítica que nos permite poner en cuestión todo consenso fácticamente alcanzado y proceder a comprobar si puede considerarse indicador suficiente de un entendimiento real”. HABERMAS (1989), p. 105.

una relación simétrica entre ellos³⁷. La única coacción posible es la coacción sin coacciones del mejor argumento³⁸.

Las presiones que estos grupos ejercen, tanto en el debate legislativo como en la creación misma de opciones sociales que se realizan en el debate democrático, alteran esta presunción de racionalidad de la decisión que finalmente se adopta, deteriorando así las condiciones de una política deliberativa. El tribunal constitucional tiene entonces, dentro de la lógica habermasiana, el rol preciso de proteger esta simetría.

4. CONCLUSIONES

El trabajo de Habermas sobre la justicia constitucional devela, al final, una interesante paradoja. La crítica desarrollada por el filósofo de Frankfurt a la labor que llevan a cabo los tribunales constitucionales es fuerte, concisa y gobierna gran parte de sus conclusiones. Este tipo de tribunales, argumenta, no pueden convertirse en críticos que revisen la ideología que hay detrás de las decisiones del Poder Legislativo. Y ello por una razón que, de cierta forma, sintetiza sus postulados: la legitimidad de las decisiones adoptadas de forma democrática no emana propiamente de la convergencia de determinados contenidos éticos en ellas, sino más bien del hecho de ser la expresión de procesos comunicativos que generan una deliberación en donde triunfan los mejores argumentos.

Sin embargo, al mismo tiempo, la nueva posición que Habermas le asigna a los tribunales constitucionales dentro del juego democrático es absolutamente protagónica. Incluso sostiene que la manera en que estos tribunales deben ejercer sus competencias de *judicial review* no debe estar atada a una actitud de *self-restraint* del tribunal (por medio del cual se aboga por un Tribunal Constitucional que se auto-restrinja en la revisión de la constitucionalidad de las leyes, guardando así cierta deferencia para con el legislador), sino que, más bien, deben ejercerlas dentro de una idea de un pleno activismo judicial, pero –y esto es lo más importante, como lo hemos visto más arriba– sólo en tanto defensor de las condiciones necesarias para un debate discursivo o, más bien, como garante de una política deliberativa. Dentro de esa esfera de custodia, sus competencias no poseen límites.

Restricciones y ampliaciones revelan, en realidad, un choque de fundamentaciones. Se restringe para proteger la deliberación democrática. Se amplía para

³⁷ HABERMAS (1989) p. 106. Esta simetría conlleva también una idéntica valoración de las libertades individuales para tomar la posición que se desee defender. HABERMAS (2001b), p. 452.

³⁸ HABERMAS (1989) p. 140.

posibilitar el *rule of law*. La paradoja es, entonces, evidente: confiar en la soberanía nacional, por un lado, o resguardar los derechos fundamentales, por otro.

La colisión de estas argumentaciones se puede ver mucho más claramente cuando el tribunal, excediendo sus facultades, ejerce un control de la fundamentación de las leyes, o cuando, dentro de labor interpretativa, asigna contenido a los derechos fundamentales en tanto límites al poder. Este choque se aprecia incluso cuando el tribunal se limita a proteger el cumplimiento de las condiciones de una política deliberativa, tal como sugiere el modelo de Habermas. En todos estos casos, queda al descubierto la colisión entre el principio de soberanía nacional, que reclama un completo autogobierno de las mayorías³⁹, y los derechos fundamentales, que vienen a restringir esa misma soberanía en la forma de límites materiales o límites procedimentales. La legitimación democrática de las decisiones soberanas, que imponen un respeto total a las reglas adoptadas por los parlamentos, y las limitaciones que se le imponen a esa misma soberanía en la forma de derechos fundamentales, representan, así, dos tesis difícilmente conciliables.

Este dilema es, sin embargo, abordado por Habermas en diversos escritos. En ellos pretende realizar la titánica tarea de resolver la disyuntiva del conflicto entre *rule of law* y democracia. Sus resultados, aunque cuestionables, son siempre interesantes. Para Habermas, tal disyuntiva es totalmente superable. En verdad, ambas nociones no son ideas sucesivas sino cooriginarias y no pueden entenderse la una sin la otra⁴⁰.

La teoría del discurso defendida por Habermas supone, del mismo modo que las teorías contractualistas, un punto de partida, cual es el ingreso voluntario de un número de personas en la tarea de elaborar una constitución⁴¹. Esta idea de voluntariedad genera la igualdad original de los participantes, cuyos “sí” o “no” valen lo mismo. Cuando los intervinientes tienen claro que quieren llevar a cabo su proyecto constitucional a través del Derecho “deben crear un orden legal que prevea para cada futuro miembro de la sociedad la posición de titular de derechos subjetivos” (HABERMAS, 2001b), pp. 452-453). Es necesario, entonces, “que se establezca un *status* para posibles personas jurídicas, es decir, para personas que como portadoras de derechos subjetivos pertenezcan a la asociación voluntaria

³⁹ En este sentido, dice Habermas que “los destinatarios del derecho no podrían entenderse simultáneamente a sí mismos como autores de él [el derecho] si el legislador se limitara a encontrar ahí los derechos del hombre como hechos morales, respecto a los que no pudiera hacer otra cosa que positivarlos”. HABERMAS (2001a), p. 653.

⁴⁰ HABERMAS (2001a), p. 654.

⁴¹ HABERMAS (2001b), p. 452.

que representa la comunidad jurídica y puedan hacer valer de forma efectiva sus demandas jurídicas; sin que se garantice la autonomía privada no puede haber algo así como derecho positivo” (HABERMAS, 2001a), p. 653).

A la futura producción de derechos, los individuos sólo podrán concurrir en su calidad de sujetos jurídicos. Una vez tales, y en igualdad de condiciones, podrán concurrir a adoptar acuerdos, que, en tanto racionales, resultarán legítimos.

Así las cosas, “[l]a buscada conexión interna entre ‘derechos del hombre’ y soberanía popular consiste, por tanto, en que la exigencia de institucionalizar jurídicamente la autolegislación sólo puede cumplirse con ayuda de un código que *a la vez* implica el garantizar libertades subjetivas de acción judicialmente accionables” (HABERMAS, 2001a), p. 653)⁴². Esta institucionalización, en tanto decisión de iguales decididos a autorregularse, sólo podrá satisfacerse, sin embargo, por medio de un procedimiento democrático que respete las reglas de una política deliberativa⁴³. De esta forma, tanto soberanía popular como derechos fundamentales (y con esto, *rule of law*) se presuponen recíprocamente. Ninguna prima, ni es origen de la otra.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. (2000): “On the structure of legal principles”, en *Revista Ratio Juris* (Año 13, N° 3), pp. 294-304.
- ALEXY, R. (2002): *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Traducc. E. GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), p. 607.
- BACHOF, O. (1985): *Jueces y Constitución* (Madrid, Editorial Civitas), p. 69.
- BÖCKENFÖRDE, E.W. (1991): *Recht, Staat, Freiheit* (Frankfurt, Editorial Suhrkamp), p. 382.
- BÖCKENFÖRDE, E.W. (2000): *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (Traducc. R. De Agapito Serrano, Madrid, Editorial Trotta), p. 201.
- CRUZ, L. (2005): *La Constitución como orden de valores* (Granada, Editorial Comares), p. 147.
- DAIS, E., JORGENSEN, S. & EHR-SOON TAY A. eds. (1991): *Konstitutionalismus versus Legalismus?*, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Beiheft* (40), p. 195.
- DÜRIG, G. (1956): *Der Grundrechtsatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertesystem der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit*

⁴² En el mismo sentido, HABERMAS (2001b), pp. 443 y ss.

⁴³ HABERMAS (2001a), p. 654.

- Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, en Archiv für öffentlichen Rechts*, (Nº 81), pp. 117-157.
- DWORKIN, R. (1967): "The Model of Rules", en *University of Chicago Law Review* (Vol. 35 Nº 1), pp. 14-46.
- DWORKIN, R. (1989): *Los derechos en serio* (Traducc. M. Guastavino, 2ª ed., Barcelona, Editorial Ariel), p. 508.
- ELY, J.H. (2002): *Democracy and Distrust* (Cambridge, Harvard University Press).
- FORSTHOFF, E. (1973): *Stato di diritto in trasformazione* (Traducc. L. Riebert y C. Amirante, Milano, Editorial Giuffrè), p. 306.
- GRANO, J.D. (1981): "Ely's Theory of Judicial Review: Preserving the significance of the Political Process", en *Ohio State Law Journal* (Año 1981 Nº 42), pp. 167-185.
- GÜNTHER (1995): *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica* (Traducc. J.C. Velasco Arroyo, en *DOXA*, (Año 1995, Nº 17-18), pp. 271-302.
- HABERMAS, J. (1989): *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* (Traducc. M. Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Cátedra), p. 507.
- HABERMAS, J. (1991): *Conciencia moral y acción comunicativa* (Traducc. R. García Cotarelo, Barcelona, Editorial Península), p. 219.
- HABERMAS, J. (1996): *La necesidad de revisión de la izquierda* (Traducc. M. Jiménez Redondo, 2º ed., Madrid, Editorial Tecnos), p. 317.
- HABERMAS, J. (2000): *Aclaraciones a la ética del discurso* (Traducc. J. Mardomingo, Madrid, Editorial Trotta), p. 236.
- HABERMAS, J. (2001a): *Facticidad y validez* (Traducc. M. Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta), p. 689.
- HABERMAS, J. (2001b): "El Estado democrático de Derecho. ¿Una unión paradójica de principios contradictorios?", en *Anuario de derechos humanos* (Madrid, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense), pp. 435-458.
- HABERMAS, J. (2004): *La inclusión del otro* (Traducc. J.C. Velasco Arroyo, Barcelona, Editorial Paidós), p. 258.
- HABERMAS, J. y RAWLS, J. (2000): *Debate sobre el liberalismo político* (Traducc. G. Vilar Roca, Barcelona, Editorial Paidós), p. 181.
- LETELIER, R. & NICOLINI, M. (2004): "Nulidad y democracia en la Justicia Constitucional", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, (Año 2004, Nº11), pp. 55-103.

- MADISON, J. (1993), en “The Federalist”, N° 10, *American State Papers*, Chicago: Encyclopedia Britannica, p. 259.
- MAUNZ, Th. & DÜRIG, G. (1991): *Grundgesetz* (München, Beck).
- SUNSTEIN, C. (1985): “Interest Groups in American Public Law”, en *Stanford Law Review*, (Año 1985, N° 38), pp. 29-87.
- SUNSTEIN, C. (1990): *After the Rights Revolution* (Cambridge, Harvard University Press).
- VELASCO, J. C. (2000): *La teoría discursiva del derecho* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), p. 237.
- VELASCO, J. C. (2003): *Para leer a Habermas* (Madrid, Editorial Alianza), p. 189.

