

**LA INCLUSIÓN DE VALORACIONES MORALES Y CONCEPTOS INDETERMINADOS EN
EL DERECHO POSITIVO COMO MECANISMO DEGRADADOR DE LA AUTONOMÍA
PRIVADA (PENSAMIENTO JURÍDICO CRÍTICO EN DEFENSA DE LA AUTONOMÍA
PRIVADA)**

PUBLICACIÓN ANTICIPADA

El Comité Editorial de la revista Iustitia aprueba la publicación anticipada del presente manuscrito dado que ha culminado el proceso editorial de forma satisfactoria. No obstante, advierte a los lectores que esta versión en PDF es provisional y puede ser modificada al realizar la corrección de estilo y la diagramación del documento.

ACCEPTED FOR PUBLICATION

The Editorial Board of Iustitia approves the early publication of this manuscript since the editorial process has been satisfactorily completed. However, it warns readers that this PDF version is provisional and may be modified by proof-reading and document layout processes.

El problema de la legitimidad del control de constitucionalidad: posibilidades desde la interpretación habermasiana ¹

The problem of the legitimacy of the control of constitutionality: Possibilities of the Habermasian interpretation.

Diego Mauricio Molina Montealegre

Abogado. Especialista en Pedagogía y Docencia. Magíster en Educación. Magíster (c) en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. Coordinador, Institución Educativa La Merced, El Agrado, Colombia.

diegom-molinam@unilibre.edu.co; dmolina9406@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-6459-4782>

Cómo citar este artículo:

Molina Montealegre, D. M. (2024). El problema de la legitimidad del control de constitucionalidad: posibilidades desde la interpretación habermasiana. *Iustitia*, (23). <https://doi.org/10.15332/iust.v0i23.3092>

Resumen

Uno de los debates de cada vez mayor importancia en el constitucionalismo colombiano es el de la legitimidad del control de constitucionalidad. No obstante, dicho debate ha sido mayormente desarrollado desde una perspectiva exclusivamente jurídica sin atender las implicaciones filosófico-políticas de esta. Por ello en el presente artículo se pretende dilucidar sus implicaciones desde la perspectiva filosófica de Habermas. Para ello el artículo en un primer momento buscará hacer un breve estado del arte sobre el debate en cuestión, retomando los principales argumentos que esbozan la ilegitimidad de dicho control basados en el principio de la objeción contra mayoritaria de Bickel y retomada por autores como Ely, los riesgos que conlleva dicho control para la establecimiento de un ‘gobierno de los jueces’ en los términos de Waldron; para luego analizar los principales argumentos de quienes defienden la legitimidad de dicho control, iniciando por la defensa de la racionalidad y necesidad de las democracias modernas de establecer precompromisos que atenden las generaciones futuras y garanticen la estabilidad del proyecto político, de acuerdo a la perspectiva de Elster, así como la respuesta de Dworkin a las objeciones de los críticos del control de constitucionalidad. Finalmente, el artículo contrapone a dicho debate la perspectiva de Habermas, quien, a diferencia de los anteriores autores, no concibe una tensión inherente entre

¹ El presente artículo se da como resultado parcial de investigación correspondiente al proyecto de investigación titulado “En torno a la legitimidad del juicio de sustitución de la constitución: Análisis desde la perspectiva de la filosofía del derecho de Habermas” adelantado en la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas de la Universidad Libre de Colombia.

constitucionalismo y democracia o entre constitucionalismo y soberanía popular, reconfigurando la interpretación del problema desde su tesis de co-originalidad entre derechos y soberanía popular desde una perspectiva dialógica propia de la racionalidad comunicativa de carácter intersubjetivo.

Palabras claves: legitimidad, control de constitucionalidad, Habermas, derechos, soberanía popular.

Abstract

One of the debates of increasing importance in Colombian constitutionalism is that of the legitimacy of constitutional control. However, this debate has been mostly developed from an exclusively legal perspective without addressing its philosophical-political implications. Therefore, this paper seeks to elucidate its implications from Habermas's philosophical perspective. To do this, the article will initially seek to provide a brief state of the art on the debate in question, taking up the main arguments that outline the illegitimacy of said control based on the principle of Bickel's counter majoritarian objection and taken up by authors such as Ely, the risks that such control entails for the establishment of a 'government of judges' in Waldron's terms; and then analyze the main arguments of those who defend the legitimacy of said control, starting with the defense of the rationality and need of modern democracies to establish pre-commitments that bind future generations and guarantee the stability of the political project, according to the perspective of Elster, as well as Dworkin's response to the objections of critics of constitutional review. Finally, the article contrasts to this debate the perspective of Habermas, who, unlike previous authors, does not conceive an inherent tension between constitutionalism and democracy or between constitutionalism and popular sovereignty, reconfiguring the interpretation of the problem from his thesis of co-originality between rights and popular sovereignty from a dialogic perspective typical of communicative rationality of an intersubjective nature.

Key words: Legitimacy, control of constitutionality, Habermas, rights, popular sovereignty.

Introducción

Ronald Dworkin (2014) en su libro *Justicia Para Erizos* acepta que, aunque el estudio del problema de la legitimidad del control de constitucionalidad en el contexto estadounidense se encuentra “vieja y gastada” (p. 420), en otros lugares del planeta, este ha mostrado una creciente importancia.

En efecto, mientras dicho debate cuenta con una larga tradición dentro de la filosofía política norteamericana, en contraste, dentro del constitucionalismo colombiano, el asunto ha sido abordado, de manera reciente, principalmente desde una perspectiva jurídica sin tener en cuenta sus implicaciones filosóficas y políticas.

Y dichas implicaciones filosófico-políticas están dadas, pues tal como lo menciona Benítez (2012), una respuesta al anterior cuestionamiento depende del paradigma de democracia en el que se inscriba quien

responda. Siendo claros, dependiendo de si se asume el problema desde una perspectiva de la democracia liberal o republicana la respuesta en torno a la legitimidad del control de constitucionalidad será diferente.

Es por lo que en el siguiente artículo se buscará hacer un acercamiento a las discusiones que ha tenido esta problemática desde la perspectiva de la filosofía política y jurídica, y más específicamente evaluando como el marco filosófico de Habermas puede abrir una nueva perspectiva para la comprensión del problema.

Pero ¿por qué Habermas? Como desarrollaremos a lo largo del escrito, la filosofía política norteamericana ha abordado la discusión desde una perspectiva de tensión irresoluble entre los conceptos de supremacía constitucional (con su consecuente defensa judicial de los derechos subjetivos) y de soberanía popular. Habermas (2010), en contraste, desde su obra *Facticidad y Validez* va a negar la existencia de dicha tensión, argumentando la existencia de una co-originalidad entre derechos y soberanía popular, los cuales dependen y se autogeneran recíprocamente. Dicha visión alternativa, es la que amerita revisar sus implicaciones y nuevas posibilidades de interpretación para la comprensión del problema.

Y aunque existen estudios anteriores que se han encargado de reflexionar en torno al problema de legitimidad del control de constitucionalidad desde la filosofía habermasiana (véase por ejemplo los aportes de Prono, 2012; 2012 y Olivares, 2012; 2013), dichos trabajos han analizado el problema desde las categorías de *consenso* y *democracia deliberativa*, valiosas, pero disímiles a las que se pretende abordar en nuestro artículo.

Mi tesis es que la propuesta de co-originalidad entre derechos y soberanía popular abordado en los capítulos tercero y cuarto de *Facticidad y Validez* resulta en el núcleo esencial de la filosofía habermasiana lo cual traduce en una nueva comprensión de la legitimidad de la justicia constitucional.

Para lograr lo anterior, en primer lugar, se realizará un breve estado del arte en torno a cómo la tradición de la filosofía política norteamericana ha abordado la comprensión del problema, para luego explicar los supuestos de la teoría habermasiana, analizando como dicha interpretación implica una nueva comprensión del problema, distinto a como se ha venido abordando.

El problema de la legitimidad del control de constitucionalidad en la tradición de la filosofía política norteamericana

La ilegitimidad de los tribunales constitucionales

El reconocido filósofo político y del derecho Stephen Holmes (2001) inicia su ensayo *El Precompromiso Y La Paradoja De La Democracia* con una afirmación que quizás pueda parecer sorprendente para el contexto latinoamericano: “El constitucionalismo es esencialmente antidemocrático.

La función básica de una Constitución es separar ciertas decisiones del proceso democrático, es decir, atar las manos de la comunidad.” (p. 1)

Y digo, puede parecer sorprendente, pues estamos habituados a leer sobre nociones como lo son *Estado Constitucional De Derecho Y Democracia Constitucional*, en donde se presupone, no solo, que las categorías conceptuales Constitución y Democracia no son contradictorias, sino que, además, forman parte del mismo entramado conceptual. Entonces, ¿de dónde surge la crítica de Holmes al constitucionalismo?

Holmes (2001) señala de manera esencial, que el constitucionalismo al elevar normas de rango constitucional superiores de manera jerárquica al resto de las normas del ordenamiento impone unas precondiciones a la democracia, que lo que causa es excluir temas del debate democrático. A ello plantea dos objeciones: Una generación no puede someter sus leyes a una generación futura, atándola y vetándole temas; y dos, retomando a autores como Bodino, Hobbes y Rousseau, encuentra contradictorio que una autoridad soberana se imponga límites a sí misma.

En las críticas de Holmes, podemos vislumbrar una tendencia en la filosofía política norteamericana encaminada a argumentar por qué los ejercicios de los tribunales constitucionales resultan ilegítimos y, además, antidemocráticos.

Tendencia identificada por Gargarella (2006) y Benítez (2012), quienes la han denominado como *constitucionalismo popular*, en donde, autores como Kramer, Parker o Tushnett defienden la idea de que los tribunales constitucionales son antidemocráticos y por lo tanto su función de control de constitucionalidad resulta políticamente ilegítima, pues a juicio de estos autores, un tribunal constitucional al declarar la inconstitucionalidad de una ley creada por un órgano de representación popular como lo es el Congreso afecta la tesis de la soberanía popular.

Y, bajo el anterior entendido, la soberanía popular no puede ser limitada por un órgano que no es de elección popular como lo son los Tribunales constitucionales, y por lo tanto el control de constitucionalidad resulta siendo un instrumento antidemocrático.

Procederemos a continuación a referirnos brevemente sobre los principales argumentos que han esbozado dos de los principales representantes de esta tendencia para sustentar la ilegitimidad de los tribunales constitucionales:

Gran parte de los argumentos que defienden la idea de la ilegitimidad del control de constitucionalidad se pueden resumir en lo que el filósofo Alexander Bickel (2020) denominó la tesis de la posición contra mayoritaria: Los tribunales constitucionales no poseen la misma legitimidad democrática que órganos de representación popular como lo son el Congreso, quienes representan las mayorías políticas. “Cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo frustra la voluntad de los representantes de las personas aquí y ahora, ejerce el control, no en representación de la mayoría prevaeciente, sino en su contra” (p. 17).

Esta posición contra mayoritaria ha sido apoyada y fortalecida por otros autores. Uno de ellos Ely (2007), quien de manera similar a Bickel resalta los riesgos, a su juicio, del control de constitucionalidad, pues dicha facultad implica la posibilidad de que un tribunal constitucional, que no tiene la legitimidad de ser un órgano de representación popular, pueda restringir e incluso invalidar las normas y decisiones creadas por un órgano legislativo que sí lo es.

Waldron (2018; 2018b) desde otra línea argumentativa llega a conclusiones similares a la de los autores precedentes: Para iniciar Waldron cita a un magistrado brasilero para afirmar que debido a la relevancia que adquirieron los principios constitucionales en los Estados Constitucionales de derecho, se ha producido una significativa judicialización de grandes asuntos políticos, sociales y morales.

En los términos de Waldron (2018b) esta judicialización implica que dichos asuntos, tradicionalmente abordados por órganos de representación popular como lo son la Rama Legislativa, sean transferidos a los órganos judiciales, quienes debido a que no son elegidos de forma popular carecen de la misma legitimidad que los primeros.

Waldron (2018) denomina este problema como un desplazamiento de la autodeterminación del pueblo de sus intereses políticos, sociales y económicos. “El pueblo habrá dejado de ser su propio gobernante” (p. 126), señala parafraseando a Abraham Lincoln.

En este punto, aunque Waldron (2018b) acepta que los jueces constitucionales suelen estar más preparados y ser más objetivos para resolver los grandes debates constitucionales, estos presentan dos problemas: Por un lado, lo que ya venimos enunciando, no son elegidos de forma popular; y segundo a diferencia de otros órganos no están sometidos al control político popular, entendido como la posibilidad de ser sancionados por la ciudadanía. En estos dos argumentos radica la ilegitimidad del control de constitucionalidad a juicio de Waldron.

En este punto, es importante resaltar lo siguiente: A diferencia de otros autores Waldron no sustenta su argumentación únicamente en el principio contra mayoritario ya expuesto anteriormente, ni cae en el error de equiparar los órganos legislativos como equivalentes de la soberanía popular. En su argumentación Waldron (2018) siempre habla de órganos de *representación popular* y su calidad de poder constituido retomando la teoría de Sieyes.

Siendo claros, la ilegitimidad del control de constitucionalidad para este autor no radica en el hecho de que sustraiga en sí, la soberanía popular, pues esta no le pertenece al poder legislativo en tanto simple poder constituido. La ilegitimidad radica en que mientras el poder legislativo, en tanto órgano de representación popular, se ve sometido en su elección al control político del pueblo (verdadero titular de la soberanía popular), el poder judicial no cuenta con dicho control político, lo que para Waldron resta su legitimidad para tomar decisiones en torno a las leyes promulgadas.

Pero, la argumentación del teórico neozelandés no se limita a justificar la ilegitimidad del control de constitucionalidad. Retomando el argumento de regresión infinita del poder soberano expresado por Hobbes (2003) en su *Leviatán*, Waldron (2018) indica que es una ilusión pensar que la soberanía puede ser limitada por medio de una constitución, “porque en realidad habría que hacerlo con otra entidad política, en este caso, un tribunal” (p. 134).

El argumento Hobbesiano de la regresión infinita radica en que el soberano no puede verse limitado en su facultad de poder, más allá que “de las fuerzas de la *ciudad* misma”, porque si se aceptara que dicho poder soberano tuviera límites, dicha limitación solo puede provenir de otro poder superior, que a su vez si se acepta que debe ser limitado, de nuevo se debe ubicar un poder superior sobre este, y así de manera infinita. Desde este argumento, Waldron (2018) encuentra que la limitación del poder legislativo solo podría hacerse aceptando que el poder del control de constitucionalidad es *superior*, lo que conlleva el riesgo de establecer un ‘gobierno de los jueces’ y la extralimitación de su función.

Por ello, lo interesante de los planteamientos de Waldron (2018b) a diferencia de los anteriores autores, radica en que desde su perspectiva profundiza en el problema y cuestionamiento sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad, al señalar que la legitimidad tiene distintas fuentes y no radica exclusivamente en la soberanía popular, como pareciera ser la idea del constitucionalismo popular.

En este punto Waldron (2018b) valora que el problema democrático, bajo los términos de su teoría, no es definitivo pues como se dijo anteriormente, según este autor se pueden encontrar diversas fuentes de legitimidad.

Para ello propone diversas alternativas como lo puede ser el establecimiento de una mayoría calificada o incluso absoluta para tomar una decisión sobre la constitucionalidad de una ley y no con una mayoría simple como ocurre con los tribunales constitucionales en la actualidad; establecer un mecanismo directo de dialogo entre Congreso y Tribunal Constitucional en el que los primeros puedan defender la constitucionalidad de la ley que han promulgado; el establecimiento de una presunción de constitucionalidad de las leyes promulgadas; o incluso que dentro de la argumentación de las sentencias los tribunales constitucionales aborden de manera explícita por qué es legítimamente democrática la decisión que se tome. (Waldron, 2018b, p. 23-25).

La legitimidad de los tribunales constitucionales

El profesor colombiano Benítez (2012) ha sintetizado el argumento de esta tendencia de la filosofía política norteamericana de la siguiente manera: “si bien es cierto que las decisiones de las mayorías son primordiales en una democracia, no es menos cierto que para que esta funcione se requiere una serie de elementos mínimos que deben estar sustraídos a la voluntad popular” (p. 374)

Bajo esta perspectiva la democracia requiere de unas precondiciones que la sujetan y limitan la voluntad de las mayorías populares, siendo las garantías constitucionales las principales para dicho cometido.

Esta noción de precondiciones fue desarrollada principalmente por el autor Jon Elster (1995) en su obra *Entre Ulises y las sirenas*. Veamos de qué manera. Elster (1995) extrae su reflexión desde su comprensión de lo que él denomina *racionalidad imperfecta*. Las sociedades, a la manera de Ulises, personaje de *La Odisea*, puede optar por atarse para evitar la tentación y el riesgo de caer ante errores que puede prever. Dicha decisión, aunque no puede ser calificada totalmente como racional (no sería enteramente racional que Ulises deba recurrir a dicha coacción para evitar el error), pero tampoco, dice Elster (1995) debe calificarse como irracional, pues el personaje dentro de una racionalidad que denomina imperfecta prevé el riesgo y toma la decisión conducente a evitar el naufragio.

Dicha forma de racionalidad imperfecta que identifica Elster (1995) con los precompromisos y las restricciones que se autoimpone el ser humano a futuro para evitar recaer en errores y situaciones adversas previstas, las identifica en discusiones sobre la política, para lo cual identifica como esta tesis de precompromisos intervienen en el ámbito de las discusiones constitucionales y del Estado capitalista. Es de nuestro interés, por supuesto, solo el primero.

La concepción de racionalidad en Elster (1995) tal como lo identifica en su estudio Flórez Muñoz (2011) parte de concebir como racional aquella sociedad que garantiza la estabilidad de su proyecto. Desde esta concepción Elster (1995) considera que una democracia directa solo puede conducir a “una constante reevaluación de los planes pasados” y, en consecuencia, que la política sea “incontinente, vacilante e ineficaz” (p. 150).

Por ello resalta que la democracia moderna ha encontrado mecanismos para impedir dicha inestabilidad, identificando como principal mecanismo el constitucionalismo. “La democracia constitucional está fundada sobre un conjunto de instituciones estables que no pueden ser anuladas, una vez establecidas.” (p. 159).

De esta manera, a la manera de Ulises, las democracias constitucionales, por medio de sus Asambleas Constituyentes, ‘atan’ a las generaciones futuras por medio del establecimiento de los principios y normas constitucionales, esto con el propósito de garantizar la estabilidad de un proyecto político, desde la perspectiva de racionalidad de Elster (1995).

De esta manera, el control de constitucionalidad no solo sería legítimo sino además racional, pues busca garantizar la permanencia estable de dichos principios establecidos, evitando los riesgos que generan los ‘cantos de las sirenas’ que amenazan con desviar el propósito del proyecto político-constitucional fijado.

Elster (1995) desde su estudio buscó justificar por qué desde su perspectiva la decisión más racional posible para una sociedad es garantizar por medio de una constitución la estabilidad del proyecto político,

sustrayendo los principios esenciales de la política de las discusiones políticas contingentes que puedan llevar a una sociedad a la ineficacia de su política de Estado. No entró evidentemente en el debate planteado sobre la legitimidad de este. En el contexto norteamericano el más grande defensor de la legitimidad del control de constitucionalidad lo encontramos en Ronald Dworkin. Veamos su defensa.

Dworkin (1989) de hecho reseña dos objeciones que se presentan al rol que pueda tener un juez en la creación de derecho. Por un lado, establece una diferencia entre el legislador elegido democráticamente por los ciudadanos frente a los jueces que no son elegidos democráticamente, esto es, la tesis contra mayoritaria de los tribunales constitucionales; y una segunda objeción relacionado con el principio de legalidad y seguridad jurídica.

El propio Dworkin (1989) responde dichas críticas al indicar que, en el contexto de la democracia estadounidense, no se hayan en “una simple teoría mayoritaria” (p. 211), al citar algunas disposiciones, tanto de la Constitución estadounidense como del Bill of rights, en donde se crean restricciones constitucionales con el propósito de proteger los derechos de los ciudadanos. Ejemplo de ello sería la restricción que se le impone al legislador de limitar la libertad de expresión.

“Esta interferencia con la práctica democrática exige una justificación. Los redactores de la Constitución dieron por sentado que tales restricciones podían ser justificadas apelando a los derechos morales que tienen los individuos contra la mayoría” (Dworkin, 1989, p. 211-212)

En este punto resulta útil traer a colación la visión que tiene Dworkin (1989) del constitucionalismo, la cual se basa en “la teoría de que a la mayoría hay que restringirla para proteger los derechos individuales” (p. 223), fijémonos entonces, como a juicio de Dworkin el constitucionalismo, aunque tenga una esencia contra mayoritaria lo es en virtud de la defensa de los derechos de los ciudadanos. Asumiendo esta perspectiva el carácter contra mayoritario de los tribunales constitucionales se justifica desde su función como protector de los derechos ciudadanos, por lo cual se tendría que desestimar las tesis planteadas por los críticos del control constitucional.

Siguiendo esta línea de razonamiento, Dworkin (1989) anota que sería incongruente dejar en mano de las mayorías (Congreso o Parlamento) este tipo de decisiones constitucionales, pues en la práctica equivaldría a que fuesen en jueces en su propia causa. Por lo tanto, para el autor citado no resulta equitativo que quienes ostentan el poder político de las mayorías sean jueces de sus propias decisiones.

Aunque los anteriores argumentos resultan valiosos, es en su obra *El derecho de las libertades* (2019) donde se dedica a contestar en más detalle las críticas de los filósofos defensores de la tesis mayoritaria.

La argumentación podríamos identificarla en dos pasos sencillos. Primero, desestima la tesis de los defensores de la tesis mayoritaria, pues encuentra que esta tesis en la práctica implica cada vez que a una

mayoría política no se le permita determinada decisión, estos argumentarán la injusticia de dicha medida, así existan las suficientes razones para demostrar y justificar la inaplicación de dicha disposición legal.

En su libro *Justicia para erizos*, Dworkin (2014) profundiza en la crítica de la tesis mayoritaria al evidenciar que su argumentación parte de una premisa débil. En efecto, como podemos ver los defensores de la tesis mayoritaria consideran a los órganos políticos como el Congreso como los representantes de la expresión popular, sin embargo, Dworkin al analizar esta tesis encuentra que la justificación del gobierno representativo es visto, en todo caso, como un mal necesario, por lo cual concluye que su defensa se vuelve bastante débil.

El segundo, que es el más importante, consiste en cimentar un nuevo fundamento y sentido de la democracia distinto al de la tesis mayoritaria. Dworkin (2019) lo enuncia como una concepción constitucional de la democracia.

Dicha concepción democrática la define de la siguiente manera: “Que las decisiones colectivas sean tomadas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad como individuos, con igual consideración y respeto.” (Dworkin, 2019, p. 24)

Como consecuencia de lo anterior, la legitimidad del control de constitucionalidad, o de cualquier decisión política, estaría dado no por el carácter mayoritario o popular del órgano político que la profiera, sino en virtud del respeto de la igualdad de los ciudadanos que la componen.

No podemos finalizar este escrito sin aludir a un nuevo interrogante que abre Dworkin (2014) referente al control de constitucionalidad. Si bien es cierto, parece claro que a la luz de la filosofía jurídica de Dworkin el control de constitucionalidad de las distintas leyes resulta legítimo de acuerdo con la concepción democrática que expusimos en párrafos anteriores, en el libro *Justicia para erizos*, reformula la pregunta de manera interesante: Sí, el control de constitucionalidad es democráticamente legítimo, pero ¿la aplicación del control de constitucionalidad aumenta la legitimidad política de los países que la usan?

El anterior interrogante lo plantea Dworkin (2014) con base en la siguiente consideración: Resulta claro que el mecanismo del gobierno representativo resulta esencial para la supervivencia del modelo democrático, pero ¿el control de constitucionalidad es necesario para que una democracia subsista?

La última pregunta la responde Dworkin (2014) de forma negativa al señalar que existen países que sin necesidad de un control de constitucionalidad han podido subsistir. Es debido a lo anterior que Dworkin precisa que:

Cualquier defensa del carácter democrático de ese control debe adoptar alguna otra forma: debe sostener que el control de constitucionalidad mejora la legitimidad general al aumentar las probabilidades de que la comunidad adopte y haga cumplir alguna concepción apropiada de la libertad negativa y de una distribución equitativa de recursos y oportunidades, así como de la libertad positiva (Dworkin, 2014, p. 422-423)

Si observamos la anterior argumentación esbozada por las dos tendencias, nos encontramos con una tensión existente entre el concepto de soberanía popular y las garantías constitucionales. Esto es, ¿el parámetro de constitucionalidad utilizado para la declaratoria de una ley como inconstitucional afecta el principio de soberanía popular?, ¿la existencia de dichos parámetros constitucionales significa un límite al ejercicio pleno de la soberanía popular?, ¿es legítimo que el constitucionalismo imponga precondiciones al ejercicio de la discusión democrática, excluyendo temas de su ámbito?

Y si continuamos con los anteriores interrogantes, y buscamos esclarecer cuáles son esos parámetros constitucionales que sirven de límite al ejercicio del poder, encontramos dentro de la teoría constitucional, la presencia de los principios, valores y la garantía de derechos. Entonces, podemos plantear el siguiente cuestionamiento: el debate en torno a la tensión entre constitucionalismo y democracia puede reformularse como un debate entre la tensión entre soberanía popular y derechos constitucionales. Y es en este punto donde debemos abordar la interpretación de Habermas.

Habermas: posibilidades para una nueva interpretación del problema.

Tal como venimos señalando, Habermas (2010), a diferencia de los autores precedentes, va a negar la existencia de una tensión entre la garantía de derechos del constitucionalismo con el principio de soberanía popular. Pero ¿cuál es el trasfondo de esta idea? Iniciemos poniendo brevemente en contexto la filosofía del derecho habermasiana.

Es de suma conocido, y ampliamente abordado, además, como Habermas hacia finales de los 80' da un "giro jurídico" en su trayectoria filosófica con su obra *Facticidad y Validez*, precedida de algunos ensayos. Velasco (2013) señala como Habermas se propuso averiguar de qué manera su visión de la sociedad obtenida en Teoría de la Acción comunicativa, repercute al momento de ser aplicadas en el contexto de las sociedades contemporáneas, es decir, sociedades bajo el contexto de un Estado democrático de Derecho.

Es así como Habermas (2010) en el prefacio de su obra, se propone como uno de sus objetivos, responder las críticas formuladas a su teoría de la acción comunicativa, por no atender la realidad de las instituciones sociales (p.58), enfocándose, entonces, a aterrizar su teoría comunicativa al contexto político y jurídico de los Estados contemporáneos.

Y, al tiempo, que aborda las críticas a su obra anterior, se propone reconstruir los elementos que conforman el sentido del Estado de Derecho democrático, pero en un sentido radical (p. 61). Pero ¿por qué reconstruir? Se propone Habermas la reconstrucción del derecho, debido a un elemento que, a su juicio, conllevan la necesidad de construir un nuevo apartado teórico para la jurídico y lo político; este elemento nuevo lo constituyen la misma sociedad contemporánea. ¿En qué sentido?

Este punto es importante, pues como lo señala el estudio de Benente (2016), la teoría habermasiana no tiene una simple perspectiva de tipo normativo, como han afirmado algunos, sino de tipo reconstructiva, bajo el supuesto de la teoría discursiva y comunicativa.

En este sentido, Habermas inicia su argumentación con la siguiente sentencia: “las sociedades modernas se han vuelto tan complejas, que estas dos figuras de pensamiento, a saber, la de una sociedad centrada en el Estado y la de una sociedad compuesta de individuos, ya no se les puede aplicar sin problemas” (p. 63)

Entonces, desde dicho punto de vista, Habermas justifica la necesidad de reconstruir el estatuto filosófico del derecho y la política: las categorías de la filosofía moderna -Estado, individuo-; ya no bastan para explicar el contexto de los Estados contemporáneos, y por ello, se propone, sustituir los postulados de la razón práctica, surgidos, en la modernidad, por los postulados de una razón comunicativa, que a su juicio, resulta más adecuado para explicar las condiciones de las sociedades actuales. (p. 65)

Y lo es para Habermas (2010), pues, desde su perspectiva teórica, la razón comunicativa, a diferencia de la razón práctica, “ya no queda atribuida al actor particular o a un macro sujeto estatal-social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida” (p. 65)

En este orden de ideas, para Habermas, la razón comunicativa se adapta mejor a las condiciones empíricas de las sociedades, al encontrarse enfocada en la racionalidad surgida de las interacciones entre los sujetos. Aunque, lo anterior no significa, que la razón comunicativa no tenga dificultades de tipo teórico.

Es por ello, que el propio Habermas (2010) se va a plantear el siguiente cuestionamiento: ¿de qué manera individuos pertenecientes a mundos de vida extremadamente diferenciados y pluralizados pueden integrarse socialmente si cada vez que se amplía el margen de discusión, se aumentan también las posibilidades de disenso? (p. 88) (Molina Montealegre, 2023)

En otras palabras, la pregunta también sería, ¿cómo lograr consensos en Estados nacionales donde el margen de discusión es bastante amplio, dado los diferentes intereses y estilos de vida de quienes la componen? Este problema, que es abordado por Habermas en torno a las propias limitaciones y alcances de la razón comunicativa, dado la posibilidad de que los participantes del diálogo intersubjetivo se guíen no, bajo los postulados de una razón comunicativa orientada al éxito, sino, bajo los postulados de una acción estratégica orientadas por el propio éxito a la luz de los intereses individuales.

Y frente a dichos problemas de la razón comunicativa, encuentra Habermas, como una posible salida, la existencia de una regulación normativa de las interacciones estratégicas que logre guiar el diálogo hacia los postulados de una razón orientada al entendimiento. De forma más simple, el derecho, se convierte a los ojos de Habermas, en una herramienta que puede regular dichas situaciones, y lograr la integración en dichas sociedades complejas.

Bajo esta línea argumentativa, se puede interpretar la obra *Facticidad y Validez* como el intento de Habermas de superar las críticas a su obra *Teoría de la Acción Comunicativa*, reconstruyendo, no solo el entramado conceptual del Estado de Derecho, sino los de su misma teoría comunicativa, pues el elemento del derecho se convierte en un aspecto esencial desde donde busca, ahora construir su teoría. (Molina Montealegre, 2023)

Pero ¿desde dónde pretende Habermas la reconstrucción del derecho y qué relación tiene con el tema planteado inicialmente en el artículo en torno a la legitimidad del control de constitucionalidad?

Precisamente, en los capítulos 3 y 4 de su obra ya citada, formula la que va a ser su tesis más importante: Existe una co-originalidad entre soberanía popular y derechos subjetivos, por lo que la tensión entre estos conceptos es apenas aparente.

¿Cuál fue su argumentación para llegar a dicha conclusión? Inicia Habermas (2010) reconociendo la existencia de dicha tensión en el abordaje de la filosofía política, y para ello cita los trabajos de Kant y Rousseau, quienes a su juicio intentaron solucionar dicha tensión, al tratar de formular una correspondencia entre soberanía popular y derechos subjetivos.

En efecto, Habermas (2010) identifica dos modelos de democracia resultantes de esta discusión. Por un lado, la tradición liberal, la cual da prevalencia al discurso de los derechos subjetivos como límites a la voluntad soberana del legislador; en contraste con la tradición republicana donde es la formación de la soberanía popular, la que construye el contenido de los derechos, sin responder a precompromisos dados por el constitucionalismo.

Mientras que según la concepción liberal los derechos del hombre se imponen a la consideración moral como algo dado, anclado en un ficticio Estado de naturaleza, conforme a la concepción republicana, la voluntad ético-política de un colectivo que decida él mismo lo que quiere ser, no puede reconocer nada que responda a su propio proyecto de vida. (Habermas, 2010, p. 165)

Como vemos, y aunque Habermas expresamente no lo mencione, de estas dos tendencias de la democracia se extraen dos posibles respuestas frente a la tensión entre constitucionalismo y democracia. Mientras que la tradición liberal defendería la existencia del control de constitucionalidad como requisito y condición de la democracia; para el republicanismo un control de constitucionalidad que invalide la existencia de normas proferidas por el órgano legislador sería ilegítimo, y una intromisión a la expresión de la soberanía popular.

Sin embargo, como mencionamos anteriormente, Habermas se propone resolver dicha tensión al formular una co-originalidad entre soberanía popular y derechos subjetivos, con lo cual las discusiones entre democracias liberal y republicana se volverían inocuas.

Ahora, ¿desde dónde fundamenta Habermas la co-originalidad entre derechos y soberanía popular? Para Habermas (2010) el error de la filosofía política precedente recae en la interpretación del problema

basado en los paradigmas de la razón práctica subjetiva, por lo que propone analizar el problema bajo el prisma de la razón comunicativa. (Molina Montealegre, 2023)

Como señalamos anteriormente, Habermas (2010b) se propone como principal objetivo que trasciende todo su sistema filosófico el reemplazar el paradigma de la razón práctica, subjetiva, y como su nombre lo indica atada a la concepción del sujeto individual, por la construcción de una razón comunicativa de carácter intersubjetiva, cuya validez surge de las interacciones como comunidad, y por lo tanto trascienden al sujeto.

De esta manera, Habermas (2010) al analizar el problema señalado desde la perspectiva de la razón comunicativa, encuentra que el paradigma de derecho subjetivo y de autonomía política y moral, desde donde la filosofía política moderna construyó sus nociones, debe ser reformulado desde el concepto de *autolegislación*.

La *Autolegislación*, en Habermas (2010) parte del supuesto de considerar a los destinatarios de una norma, a su vez, como autores de esta. Según la interpretación habermasiana la autolegislación supone la co-originalidad entre derechos y soberanía popular, puesto que los derechos subjetivos surgen de la autoría y la creación de los sujetos privados, quienes al aplicar el principio discursivo de autolegislación materializan la soberanía popular en la creación de los derechos; pero al mismo tiempo para que los sujetos puedan ejercer su autonomía como soberanos requieren que se les reconozca como sujeto político autónomo, respetándose y reconociéndose su autonomía como sujeto moral. (Molina Montealegre, 2023)

Es decir, los derechos subjetivos para ser creados requieren del ejercicio de la soberanía popular, pero al mismo tiempo, el sujeto para poder ejercer su soberanía requiere que se le reconozca como sujeto de derecho desde su autonomía privada. Por ello, ambas categorías se requieren, se necesitan y dependen entre sí; al punto que aplicado el principio discursivo de autolegislación, se revela su carácter co-originales, a la luz de la interpretación habermasiana.

Ahora, procede a analizar, ¿cómo modifica esta postura la comprensión del problema de la legitimidad del control de constitucionalidad? ¿si desde los parámetros de la razón comunicativa y el principio discursivo no existe tensión entre derechos y soberanía popular, se resuelven los problemas de legitimidad de los tribunales constitucionales?

Revisemos en primer lugar lo planteado por el propio Habermas:

En primer lugar, tal como señala Letelier (2011) la primera visión de Habermas en torno al rol de los tribunales constitucionales es crítica, toda vez que formula y reacciona frente a la jurisprudencia de valores desarrollada por el Tribunal constitucional alemán, así como frente a la objeción contra mayoritaria del control ejercido por estos tribunales, refiriéndose así al debate desarrollado en el contexto norteamericano, y del que ya hicimos alusión en este artículo.

A pesar de lo anterior Letelier (2011) concluye tras revisar la argumentación de Habermas, que su posición frente a la legitimidad de los tribunales constitucionales es paradójica, pues, aunque crítica de manera amplia la forma como los tribunales alemán y estadounidense llevan a cabo su control de constitucionalidad, al mismo tiempo le da un rol protagónico desde su reconceptualización en términos de razón comunicativa. Pero ¿esto en sí es contradictorio? ¿cómo interpretar lo planteado por Habermas?

Posterior a *Facticidad y Validez* Habermas (2004) publicaría un escrito titulado *El Estado de Derecho Democrático: ¿Una unión Paradójica de Principios Contradictorios?*, donde desde sus palabras indica que se propone “del modo más transparente posible (...) explicar en términos de teoría del discurso la identidad de origen de la democracia y el Estado de derecho” (p. 140). O, en otros términos, explicar de manera más concisa y persuasiva su tesis de co-originalidad entre derechos subjetivos y soberanía popular.

A partir de este fragmento se empieza a vislumbrar que, desde la interpretación habermasiana, la co-originalidad entre derechos subjetivos y soberanía popular, principios, que como vimos anteriormente, para el autor son fundantes del Estado democrático de Derecho; implica al mismo tiempo una co-originalidad entre un Estado de derecho fundado en el respeto y garantía de los derechos subjetivos, y una democracia fundada desde el principio de soberanía popular.

¿Lo mismo sucedería con la tensión entre constitucionalismo, y su garantía de protección de los derechos subjetivos por medio del control de constitucionalidad y la soberanía popular encarnada en la producción legislativa? Una revisión de la obra del filósofo alemán nos dice que sí.

En este punto Habermas (2004) citará al jurista norteamericano Frank Michelman para sustentar su visión de la legitimidad del control de constitucionalidad. El norteamericano se basará a su vez en la labor del juez Brennan, a quien considera un caso paradigmático de control de constitucionalidad “por encima de toda sospecha” (p. 145) pues su decisión es tomada tras interactuar y escuchar a las distintas posiciones de la sociedad civil que conforman la opinión pública.

A primera vista, esta visión de Michelman resultará bastante similar a la del propio Habermas. De hecho, en *Facticidad y Validez*, Habermas (2010) señalará que de la co-originalidad entre derechos y soberanía popular por medio del principio de autolegislación, repercutirá en un rol de los tribunales constitucionales, donde este, debe incluir dentro del proceso de formación de la decisión, los distintos debates y posiciones que se filtran dentro del proceso informal de formación de la opinión pública.

En este sentido, los tribunales constitucionales adquieren el rol de verificar y salvaguardar que dentro del proceso de autolegislación y producción democrática del derecho, se haya tenido en cuenta a la sociedad civil y los distintos debates que crean y conforman la opinión pública.

Sin embargo, Michelman (citado por Habermas, 2004), aunque tenga puntos en común con el modelo deliberativo habermasiano, señalará que el principio de co-originalidad obtenido desde la teoría

discursiva de la razón comunicativa defendida por Habermas, no resuelve del todo la contradicción paradójica entre los principios señalados.

Habermas (2004), aclara que el ejercicio de la autonomía privada y pública, que sustentan la co-originalidad entre derechos y soberanía popular, no puede confundirse con una mera “preferencia subjetiva” (p. 159), por lo tanto, al constituirse como sujetos libres por medio del reconocimiento del derecho a la autonomía privada (derecho subjetivo), se reúnen y autodeterminan concretando y especificando por medio de la autolegislación, los demás derechos concretos necesarios, según las circunstancias históricas necesarias.

En otras palabras, Habermas (2004) dota a la co-originalidad de un sentido histórico, en donde las distintas Asambleas constituyentes dotan de un sentido democrático la creación de un Estado de Derecho, siendo ambas necesarias, y co-originales entre sí. Y, como consecuencia de lo anterior, “el imperio de la ley no precede a la voluntad del soberano ni procede de ésta” (p. 159). Esto es, no puede predicarse la jerarquía o preeminencia de la soberanía popular sobre el paradigma de Estado de derecho amparado en el respeto de los derechos subjetivos, pues ambos son co-originales tanto en su sentido histórico como bajo el sentido del principio discursivo de la autolegislación.

Conclusión

De lo expuesto encontramos que, efectivamente, el problema de la legitimidad del control de constitucionalidad, interpretado bajo el prisma de la tesis de co-originalidad entre derechos y soberanía popular propuesto por Habermas, implica una nueva visión y comprensión del problema planteado.

En primer lugar, porque la interpretación habermasiana está atravesada por su propuesta de una comprensión del mundo desde un paradigma de razón comunicativa, donde lo racional no se constituye únicamente desde el sujeto, sino a partir de la intersubjetividad con el otro. (Habermas, 2010b)

Una comprensión de la legitimidad del control de constitucionalidad en términos de racionalidad comunicativa, implica trasladar la comprensión del problema de una tensión entre la garantía de protección de los derechos subjetivos y la soberanía popular, interpretando el rol de los tribunales constitucionales desde sus garantías democráticas, y de conceptos de la teoría constitucional tradicional como lo son la posición contra mayoritaria y los compromisos democráticos, entendidos todos ellos desde una perspectiva monológica; hacia una perspectiva del problema donde los tribunales constitucionales adquieren una visión dialógica.

Este punto es uno de los principales que le objeta Habermas a Dworkin. Aunque Habermas coincida con Dworkin en su teoría general de la decisión judicial, encuentra no obstante que su comprensión de los tribunales es una comprensión monológica que no puede conciliarse con la perspectiva discursiva que le dota Habermas a la cuestión.

En síntesis, la tesis de co-originalidad desarrollada por Habermas, y que se materializa en la conjunción entre autonomía pública y privada por medio del principio discursivo de autolegislación, implica que la comprensión del problema de la legitimidad del control de constitucionalidad, abandone la perspectiva monológica de la decisión judicial, por una que conciba a los tribunales como garantes de los procesos democráticos a través de la inclusión de la sociedad civil en los procesos informales de formación de la opinión pública.

Referencias

- Benente, M. (2016). *Los Supuestos Del Pensamiento Político Y Jurídico De Jurgen Habermas*. Revista de Derecho. 29(1). pp. 29-49.
- Benítez, V. (2012). *Jueces Y Democracia: Entre Ulises Y Los Cantos De Sirenas*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Medellín, Colombia. 42(117). pp. 359-391. <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v42n117/v42n117a03.pdf>
- Bickel, A. (2020). *La Rama Menos Peligrosa. La Suprema Corte De Justicia De Los Estados Unidos En El Banquillo De La Política*. Fondo de Cultura Económica.
- Dworkin, R. (1989). *Los Derechos En Serio*. Editorial Ariel.
- Dworkin, R. (2014). *Justicia Para Erizos*. Fondo de Cultura Económica.
- Dworkin, R. (2019). *El Derecho De Las Libertades. La Lectura Moral De La Constitución Norteamericana*. Editorial Palestra.
- Elster, J. (1995). *Ulises Y Las Sirenas. Estudios Sobre Racionalidad E Irracionalidad*. Fondo de Cultura Económica.
- Ely, J.H. (2007). *Democracia Y Desconfianza. Una Teoría Del Control Constitucional*. Marcial Pons.
- Flórez Muñoz, D.E. (2011). *Derecho Y Sociedad En El Estado Constitucional. Una Introducción Desde J. Elster, L. Kramer Y P. Haberle*. Revista de Derecho. 35. pp. 1-31. <https://www.redalyc.org/pdf/851/85122612002.pdf>
- Gargarella, R. (2006). *El Nacimiento Del Constitucionalismo Popular. Sobre The People Themselves, De Larry Kramer*. <https://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf>
- Habermas, J. (2004). *El Estado De Derecho Democrático: ¿Una Unión Paradójica De Principios Contradictorios? En: Tiempo De Transiciones*. Editorial Trotta.
- Habermas, J. (2010). *Facticidad Y Validez*. Editorial Trotta.

- Habermas, J. (2010b). *Teoría De La Acción Comunicativa*. Editorial Trotta.
- Hobbes, T. (2003). *Leviatán*. Editorial Losada.
- Holmes, S. (2001). *El Precompromiso Y La Paradoja De La Democracia*. En: Elster, J. y Slagstad, R. *Constitucionalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Letelier Wartenberg, R. (2011). *La Justicia Constitucional En El Pensamiento De Jürgen Habermas*. Revista Estudios Constitucionales. 9(2). pp. 377-394.
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200009
- Molina Montealegre, D.M. (2023). *La Filosofía Del Derecho De Habermas: Facticidad Y Validez Como Una Reformulación De Su Teoría De La Acción Comunicativa*. *Legem*. 9(1). pp. 1-22.
<https://doi.org/10.15648/legem.1.2023.3728>
- Olivares, N. (2012). *Democracia Deliberativa Y Control De Constitucionalidad: En Defensa De Un Diseño Multisituado*. Consejo Nacional de Investigaciones científicas y técnicas. CONICET. pp. 1-28.
https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/97730/CONICET_Digital_Nro.1%20Olivares..pdf?sequence=5&isAllowed=y
- Olivares, N. (2013). *En Defensa De Un Modelo Dialógico Deliberativo De Control Judicial De Constitucionalidad*. Consejo Nacional de Investigaciones científicas y técnicas. CONICET. pp. 105-132.
https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/25307/CONICET_Digital_Nro.84a2f446-0ea8-4414-b688-1e522709c1a6_B.pdf?sequence=5&isAllowed=y
- Prono, S. (2012). *Estado De Derecho Y Democracia. Acerca De La Justificación Del Control De Constitucionalidad En La Teoría Del Discurso De Habermas*. Revista de Derecho. Universidad del Norte. 38. pp. 36-59.
<https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2023/3006>
- Prono, S. (2012). *Los Jueces ¿Frente? A La Democracia. Habermas Y La Justificación Del Control De Constitucionalidad*. Argumentos. Revista de Filosofía. 4(7). pp. 57-67.
http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/4469/1/2012_Art_SProno.pdf
- Sanín, R. (2006). *En nombre del Pueblo. Destruyendo Marbury vs Madison*. Criterio Jurídico. Santiago de Cali, Colombia 6. pp. 61-92.
<https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/253/1009>
- Velasco, J. (2013). *Habermas. El Uso De La Razón Pública*. Alianza Editorial.

Waldron, J. (2018). *Contra El Gobierno De Los Jueces. Ventajas Y Desventajas De Tomar Decisiones Por Mayoría En El Congreso Y En Los Tribunales*. Siglo XXI Editores.

Waldron, J. (2018b). *Control De Constitucionalidad Y Legitimidad Política*. Dikaion. Universidad de la Sabana. Bogotá, Colombia. 27(1). pp. 7-28.
<https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/9023/4744>