

**EL CONSTITUCIONALISMO
FUERTE EN LA ENCRUCIJADA.
EL CONSTITUCIONALISMO
DELIBERATIVO COMO SALIDA**

C. IGNACIO GIUFFRÉ

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN; 2. EL CONSTITUCIONALISMO FUERTE: 2.1. El comienzo, la expansión y el modelo alternativo; 2.2. Las objeciones a la jurisdicción constitucional; 3. EL GIRO DELIBERATIVO DE LA DEMOCRACIA: 3.1. El núcleo del modelo; 3.2. La deliberación democrática como ruptura en la historia del constitucionalismo; 4. CONCLUSIÓN: HACIA UN CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO.

Fecha recepción: 06.02.2023
Fecha aceptación: 06.06.2023

EL CONSTITUCIONALISMO FUERTE EN LA ENCRUCIJADA. EL CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO COMO SALIDA¹

C. IGNACIO GIUFFRÉ²

1. INTRODUCCIÓN

Por un lado, a partir de la segunda mitad del siglo XX y hasta la actualidad, comienzan a plantearse con mayor fuerza y sofisticación una serie de *objeciones a la jurisdicción constitucional* del constitucionalismo fuerte. Entre ellas, cabe destacar la denominada *objeción contramayoritaria* del control de constitucionalidad. Esta crítica denuncia el déficit de legitimidad de los tribunales para declarar la (in)constitucionalidad de las normas que atañen a los aspectos más fundamentales de la sociedad civil, aun en contra de sus preferencias o las de sus representantes políticos. Sin embargo, este planteamiento solamente es uno de los que tuvo mayor repercusión, puesto que, conforme se expondrá más adelante, también se objetan otros aspectos igual de problemáticos. Hasta el día hoy, muchos de estos problemas continúan sin respuestas satisfactorias.

Por otro lado, a partir de finales del siglo XX y también con radicales críticas a los mecanismos de toma de decisiones políticas y a las instituciones vigentes, tiene lugar el *giro deliberativo de la democracia*. Este modelo puede definirse, como un modelo de toma de decisiones políticas según el cual la legitimidad e imparcialidad depende del seguimiento de un proceso inclusivo y argumentativo entre las autoridades públicas y las personas o los grupos potencialmente afectados. El modelo ofrece un estándar para

¹ Agradezco los comentarios de José Luis Martí, Joel Colón-Ríos y Xabier Arzoz Santisteban.

² Docente e Investigador Predoctoral (Universitat Pompeu Fabra), Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Università degli Studi di Genova y Universitat de Girona), Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, y Universidad Internacional Menéndez Pelayo), Especialista en Derecho Constitucional (UCA), Abogado (Universidad de Mendoza), e Integrante del Consejo Consultivo del Capítulo Argentino de ICON-S (International Society of Public Law). Contacto: ignacio.giuffre@upf.edu. ORCID ID: 0000-0002-9641-4923.

evaluar como para corregir los procesos de toma de decisiones políticas —en general— y las objeciones la jurisdicción constitucional —en particular. Dado que históricamente el constitucionalismo ha sido pensado desde visiones de la democracia distintas de la deliberativa, esta nueva ola implica una ruptura en la tradición constitucional.

El *argumento* que ha de defenderse en este artículo es que el constitucionalismo fuerte, cuyos elementos más distintivos consisten en la rigidez constitucional y en la supremacía judicial, ha sido puesto en jaque por las dos circunstancias aludidas. Frente a este doble cuestionamiento, el *constitucionalismo deliberativo* ofrece una salida, en tanto se orienta a matizar las objeciones a la jurisdicción constitucional, orientándola al servicio de la deliberación democrática.

A fin de sustentar este argumento, el artículo tiene la siguiente *estructura*. *Primero*, reconstruye el origen, los rasgos, el modelo alternativo y la expansión del constitucionalismo fuerte (2.1), y explicita las objeciones que desde mediados del siglo XX comienzan a dirigirse a su jurisdicción constitucional (2.2). *Luego*, reconstruye las premisas nucleares de la democracia deliberativa (3.1), y explicita que son muy diversas a las sostenidas por el constitucionalismo desde sus orígenes (3.2). *Finalmente*, pone de manifiesto que es necesario dar paso a un constitucionalismo que tome en serio tanto las objeciones a la jurisdicción constitucional, así como también el giro deliberativo de la democracia, esto es, un constitucionalismo deliberativo (4).

La *justificación* de este artículo responde, por lo menos, a las siguientes razones. *Primera*, ofrece un panorama más amplio sobre las críticas a la jurisdicción constitucional que, lejos de aspirar a ser exhaustivo, pone de manifiesto que ellas son múltiples y no se limitan únicamente a la recalcitrante *objeción contramayoritaria*. *Segunda*, porque la jurisdicción constitucional del constitucionalismo fuerte no solo es cuestionada por las referidas objeciones, sino también por la novedosa ola deliberativa de la democracia, cuyo impacto en el constitucionalismo aún requiere mayor atención. *Tercera*, porque antes de proponer un modelo constitucional superador, es necesario explicitar *para qué* y *contra qué* surge dicho modelo constitucional deliberativo.

2. EL CONSTITUCIONALISMO FUERTE

En esta sección ha de argumentarse que la jurisdicción constitucional del constitucionalismo fuerte, que emerge a finales del siglo XVII (2.1), comienza a ser blanco de objeciones desde mediados del siglo XX, las cuales hasta hoy continúan sin soluciones satisfactorias (2.2).

2.1. El comienzo, la expansión y el modelo alternativo

El constitucionalismo moderno emerge a partir de finales del siglo XVII. Su primera expresión tiene lugar en la llamada Revolución Gloriosa del año 1688 y en la sucesiva Carta de Derechos del año 1689. Esta corriente, principalmente de la mano

de Locke, se desarrolló contra el *absolutismo monárquico*, es decir, la concentración del poder ejecutivo y legislativo en cabeza del rey. Desde entonces, se pasó a una *monarquía limitada*, en la cual el poder político quedó limitado por la Carta de Derechos y distribuido entre distintos órganos de gobierno: el poder ejecutivo a cargo del rey y el poder legislativo a cargo del parlamento³. Así pues, se desarrolló por primera vez la idea de monarquía equilibrada como mecanismo para garantizar las libertades fundamentales⁴.

El modelo institucional resultante fue el *constitucionalismo de soberanía parlamentaria* —también llamado *Estado Legislativo de Derecho, constitucionalismo político, sistema Westminster* o *viejo sistema Commonwealth*. De modo amplio, este modelo constitucional se caracterizó, al menos, por los siguientes *elementos* (E): E1) la organización del poder y el establecimiento de los derechos fundamentales tanto en numerosos textos normativos dispersos con jerarquía igual a las leyes, así como también en convenciones no escritas; E2) esos textos normativos tienen un procedimiento de reforma flexible y mayoritario; E3) los tribunales carecen de la potestad de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, y solo pueden interpretar dichas leyes a la luz de los precedentes y principios fundamentales; y E4) la autoridad de decisión definitiva queda en manos del parlamento. El modelo constitucional descrito, con variantes o profundizaciones, se propagó a punto tal que llegó a ser la única alternativa al modelo constitucional de soberanía parlamentaria y el dominante a nivel global hasta el año 1945⁵.

En el otro extremo, comenzó a gestarse un sistema muy diferente a partir de la revolución norteamericana en el año 1776, la Declaración de Derechos de Virginia en el mismo año y la sanción de la Constitución de Estados Unidos en el año 1787. Contra la desprotección que experimentaron las colonias norteamericanas frente al parlamento inglés⁶, la revolución nació bajo el lema de la oposición —en sentido normativo— entre la constitución y la ley⁷, de modo tal que el alcance de esta última quedó sujeto a la constitución blindada y supraordenada. Por primera vez, se sancionó de manera democrática y fruto del ejercicio del poder constituyente popular, una constitución escrita, con jerarquía superior a la legislación ordinaria y con un procedimiento de reforma rígido y contramayoritario⁸. Se pasó, así, de la idea de

³ Aunque aquí el rey también participa del ejercicio del poder legislativo, esto es, el denominado «Crown-in-Parliament».

⁴ Fioravanti, M. (2011). *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 85-100.

⁵ Gardbaum, S. (2013). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 3, 4.

⁶ Recuérdese que las colonias no se sentían representadas en el parlamento inglés, de allí el reclamo *no taxation without representation*.

⁷ Fioravanti, cit., 104.

⁸ El fenómeno norteamericano se replicó en Francia, y ambos constituyeron momentos decisivos del constitucionalismo. Particularmente, la revolución francesa en el año 1789, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del mismo año, y la sanción de las constituciones de los años 1791, 1793 y 1795 representaron los principios y rasgos del constitucionalismo moderno. Sin embargo,

monarquía equilibrada a la idea de *gobierno democrático limitado*⁹. Allí, sin perjuicio de antecedentes más remotos¹⁰, se implementó el control judicial de constitucionalidad.

Como correlato, frente al sistema constitucional de soberanía parlamentaria, se ubicó el *modelo de constitucionalismo fuerte* —también llamado *constitucionalismo jurídico* y *Estado Constitucional de Derecho*. La fuerza de este modelo constitucional viene dada por la rigidez, el carácter contramayoritario, la supremacía de la constitución y el poder de veto de los tribunales con carácter definitivo¹¹.

Desde su implementación en Estados Unidos, esta ingeniería comenzó a replicarse extraordinariamente, también con matices o profundizaciones. Sin perjuicio de experiencias institucionales previas —Suiza (1874), Argentina (1885), Colombia (1910), Alemania de Weimar (1919), Checoslovaquia (1920), Austria (1920) y España (1931)—, la bisagra cabe situarla en el año 1945, cuando algunos países de Europa Continental optaron por abandonar el modelo constitucional de soberanía parlamentaria. En esa coyuntura, el movimiento constitucional europeo del siglo xx se erigió contra la reiteración de las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial y los totalitarismos¹². El modelo constitucional europeo ideado por Kelsen¹³, aunque también pretendió diferenciarse del sistema originario de Estados Unidos, no deja de ser una variante tardía dentro del modelo de constitucionalismo fuerte¹⁴. La tendencia expansiva del sistema de primacía judicial se consolidó de forma definitiva, hasta punto tal que se convirtió en el de mayor peso a nivel mundial¹⁵, particularmente cuando concluyeron las dictaduras que azotaron a muchos países del mundo durante la segunda mitad del siglo xx y cuando se disolvieron la Unión de Repúblicas So-

la Constitución francesa del año 1799 supuso un giro abrupto, pues concentró el poder político en cabeza del Primer Cónsul, de modo tal que dio pie al advenimiento de gobiernos autoritarios (Dippel, H. (2005). «Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita». *Historia constitucional*, 6, 181-199, 191).

⁹ Dippel, H. (2009). *Constitucionalismo moderno*, Madrid, Marcial Pons, 43.

¹⁰ Kramer, L. (2011). *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 149-164.

¹¹ Sobre las distintas intensidades que puede asumir el constitucionalismo, ver Nino, C. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*, Buenos Aires, Gedisa, 15-17; Bayón, J. (2010). «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (Eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 285-355, 285-291.

¹² No obstante, cabe matizar que las tempranas implementaciones de algunas jurisdicciones constitucionales —por ejemplo, como el Tribunal de Estado de Weimar— corroboran que sería aventurado sostener que los totalitarismos de Europa triunfaron a partir de la falta de garantías constitucionales de tipo jurisdiccional (Ahumada, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Navarra, Universidad de Navarra-Civitas, 245). Otro matiz cabe realizar con respecto a algunas jurisdicciones constitucionales —v. gr. Austria, Checoslovaquia— que también fueron pensadas como garantías de la unión estatal en contextos de descentralización territorial del poder político.

¹³ Ahumada, cit., 243-292.

¹⁴ Gardbaum, cit., 6.

¹⁵ Tate, N. y Vallinder, T. (Eds.) (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press.

cialistas Soviéticas, Yugoslavia y Checoslovaquia, así como también cuando varios países incorporaron normas supranacionales a sus ordenamientos jurídicos.

La propagación y el interés por este modelo fuerte obedece, entre las razones, a algunas tesis que calaron profundamente en la cultura constitucional. Aunque la Constitución norteamericana no aludió explícitamente a la revisión judicial, se anticiparon algunas tesis en los debates constituyentes y *El Federalista*, los cuales finalmente fueron plasmados institucionalmente por el juez John Marshall en la famosa sentencia *Marbury v. Madison* a principios del siglo XIX. Dichas tesis se remiten a la justificación del control de constitucionalidad que formulara Hamilton (en el capítulo 78 y también, aunque resulte menos conocido, en el capítulo 16), para quien al interior del sistema de la Constitución norteamericana, el poder judicial aparecía como *el menos peligroso* en comparación con los poderes ejecutivo y legislativo para el resguardo de la Constitución¹⁶. A su criterio, la invalidación judicial de una ley reafirma la voluntad popular originaria por sobre el poder legislativo derivado de ella, pues cuando la autoridad judicial impide la aplicación de una ley lo que hace es ratificar la supremacía de la constitución, que es el documento que refleja la voluntad soberana del pueblo. Esta creencia, con el paso del tiempo, llevó al desarrollo de la noción de *supremacía judicial*, según la cual la rama judicial es la mejor posicionada y más legitimada para resolver los conflictos políticos, razón por la cual debe estar facultada para hacer prevalecer su voluntad por sobre las demás. De dichos argumentos, tal como los retomara y consolidara la denominada *lógica de Marshall* en la citada sentencia *Marbury v. Madison*, se sigue que dado que la constitución es suprema, la autoridad judicial —pese a que el texto constitucional no lo disponga— es la competente para ejercer el control de constitucionalidad de las normas¹⁷. Kelsen, que fue uno de los tres —junto con Hamilton y Marshall— precursores principales del control de constitucionalidad y —como se anticipó— el fundador del modelo constitucional europeo, en términos similares defendió la creación de una corte constitucional, ubicada institucionalmente fuera del poder judicial. Concebida como guardián tanto de los principios que la constitución establece frente a los poderes ejecutivo y legislativo¹⁸, así como también de la unidad e integridad territorial del Estado frente los órganos descentralizados¹⁹.

Desde entonces, estas tesis han tenido una fenomenal influencia hasta el presente. Así pues, la cultura constitucional predominante ha sostenido que las mayorías parlamentarias no tienen incentivos institucionales para asegurar la garantía de los derechos, sino más bien para conseguir la reelección en sus cargos; en cambio, la posición institucional de la magistratura es independiente e inmune a esos intereses,

¹⁶ Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2010). *El Federalista*, 2.ª ed., Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 331.

¹⁷ Nino, C. (1997). *La constitución...*, cit., 261-269.

¹⁸ Kelsen, H. (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional*, México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 81-82.

¹⁹ *Ibidem*, 100-107.

de modo tal que se halla en mejores condiciones para la protección de los derechos²⁰. Según esta tesis, bajo un sistema constitucional que no sea de tipo fuerte, los derechos y la supremacía constitucional quedan a la intemperie frente a la amenaza de las mayorías²¹.

Así pues, se reafirmó institucionalmente la idea de que la revisión de constitucionalidad es necesaria para la garantía del Estado democrático, de los derechos fundamentales y del imperio del derecho. De modo amplio, el modelo de constitucionalismo fuerte se caracteriza, al menos, por los siguientes *elementos* (E): E1) la organización del poder y el establecimiento de derechos fundamentales en una constitución escrita y codificada, con jerarquía superior a las leyes; E2) esa constitución tiene un procedimiento de reforma rígido y contramayoritario; E3) en pos de garantizar la supremacía constitucional, la corte constitucional de manera concentrada —v. gr. sistema europeo— o los tribunales de manera difusa —v. gr. sistema norteamericano— tienen la potestad de revisión constitucional de las normas, sea con efectos generales y *erga omnes* —v. gr. sistema europeo— o con efectos de cosa juzgada para el caso concreto e *inter partes* (salvo cuando se trate de sentencias de la Corte Suprema, cuyo efecto suele ser *erga omnes* debido a la doctrina del precedente) —v. gr. sistema norteamericano—; y E4) la autoridad de decisión definitiva queda en manos de un tribunal constitucional —v. gr. sistema europeo— o de una corte suprema —v. gr. sistema norteamericano.

En definitiva, hasta los primeros tres cuartos del siglo XX coexistieron dos modelos de constitucionalismo claramente diferenciables²². Sin embargo, los últimos bastiones del modelo de soberanía parlamentaria fueron algunas entidades nacionales y subnacionales de la Commonwealth, tales como Nueva Zelanda —hasta el año 1990—, Reino Unido —hasta el año 1998—, Territorio de la Capital Australiana —hasta el año 2004—, Victoria —hasta el año 2006— y Queensland —hasta el año 2019. Estas entidades han adoptado un modelo distinto y promisorio en términos de deliberación —que será expuesto más adelante (4). Por lo pronto, basta con señalar que el modelo de soberanía parlamentaria ya no está vigente²³, y el modelo de constitucionalismo fuerte se ha expandido prácticamente a todo mundo.

Así las cosas, a continuación, han de abordarse las críticas que comienzan a arremeterse contra su sistema de justicia constitucional (2.2). Son precisamente esas objeciones, junto con las premisas de la democracia deliberativa (3.1), las que tienen el potencial para ofrecer un modelo constitucional alternativo (4).

²⁰ Bayón, cit., 320.

²¹ *Ibidem*, 319.

²² Tushnet, M. (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 19.

²³ Tushnet, M. (2003). «New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights and Democracy Based Worries». *Wake Forest Law Review*, 38, 2, 813-838, 814.

2.2. *Las objeciones a la jurisdicción constitucional*

Paralelamente a su expansión a escala global (2.1), la jurisdicción constitucional del modelo constitucional fuerte comienza a ser blanco de mayores y sofisticadas críticas, en especial desde el año 1962 con el hito que supuso la *objeción contramayoritaria* que planteó Bickel.

Con razón, podría matizarse que los cuestionamientos a la autoridad judicial son preexistentes a dicha fecha y que, más bien, se trata de una discusión que continúa latente desde los mismos orígenes del constitucionalismo. En tal sentido, pueden mencionarse las tempranas críticas que formuló Jefferson y los *antifederalistas* en el momento constituyente o Thayer con posterioridad pero tempranamente. Sin embargo, desde la referida sentencia *Marbury vs. Madison* parece que la discusión «termina cerrándose violentamente»²⁴. Pero con la crítica bickeleana comienzan a plantearse diversas, renovadas y refinadas objeciones (O) a la revisión judicial, las cuales continúan hasta hoy sin respuestas satisfactorias:

- O1) *el carácter contramayoritario y el déficit de legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional*, toda vez que la declaración de inconstitucionalidad de una decisión tomada por los representantes políticos tuerce la voluntad actual del pueblo —del aquí y el ahora— y genera una inconsistencia con el autogobierno democrático, por cuanto tal decisión no es revisable mediante procesos mayoritarios, los cargos de los jueces no están sujetos a períodos determinados de tiempo, y la ciudadanía no interviene de modo directo en el control de sus rendiciones de cuentas, ni en los procesos de selección, designación y remoción de sus integrantes²⁵;
- O2) *la despolitización de los asuntos constitucionales, es decir, la disociación entre —por un lado— la política y —por otro lado— la jurisdicción constitucional y los derechos*, sobre la base de que el control de constitucionalidad es una tarea neutral, apolítica o exclusivamente técnica de interpretación jurídica, lo que lleva a la defensa del statu quo y a solapar que la determinación de los significados constitucionales, por un lado, es pasible de disputa y discusión política, y, por otro lado, distribuye poder y repercute sobre la puesta en práctica de proyectos de gobierno²⁶;

²⁴ Gargarella, R. (2019). «Presentación. Cinco movimientos de un debate inacabado. Sobre «La justicia constitucional de la democracia deliberativa», de Roberto Niembro», en Niembro Ortega, R., *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 17-36, 19.

²⁵ Bickel, A. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, Bobbs-Merrill.

²⁶ Esta objeción fue principalmente formulada por los *Critical Legal Studies*, tales como Kennedy, D. (1979). «The Structure of Blackstone's Commentaries». *Buffalo Law Review*, 28, 2. 205-382; Unger, R. (1996). *What Should Legal Analysis Become?* London, Verso; también fue formulada desde el feminismo, por ejemplo, por Mackinnon, C. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra-Universitat de València-Instituto de la Mujer, 277-334, 329-347).

- O3) *el carácter puramente sustancial del control judicial de constitucionalidad*, en tanto se limita a determinar la validez de la legislación a partir de un examen de su contenido o sustancia, vale decir, el producto final del proceso de elaboración de las normas, pero que omite el análisis del procedimiento democrático de creación normativa en la esfera pública formal e informal²⁷;
- O4) *el escaso valor epistémico, junto con el déficit de imparcialidad, de las decisiones judiciales sobre asuntos públicos*, por cuanto no hay una efectiva participación deliberativa de las personas o grupos interesados con las autoridades obligadas que permita la adopción de resoluciones sobre la base de razones públicas y con la debida atención de las perspectivas e informaciones disponibles, sino que las deliberaciones de la jurisdicción constitucional son secretas y sus decisiones son adoptadas en un marco de aislamiento²⁸;
- O5) *el insulto a la igual dignidad moral, a la toma de decisiones mediante la regla de la mayoría, al ideal del autogobierno y al hecho de los desacuerdos sobre los alcances, contornos y contenidos de los derechos*, que deriva de la proclamación de la jurisdicción constitucional como agente principal de cambio y de garantía tanto de los derechos fundamentales, así como también de la única respuesta moralmente adecuada y de la corrección racional²⁹;
- O6) *la extensión de la noción de supremacía constitucional hasta el extremo de supremacía judicial*, lo que deriva en un control de constitucionalidad en exclusivas manos de los jueces, los cuales retienen, a la vez que sustraen de la sociedad y de otras ramas de gobierno, la última palabra autoritativa en la interpretación y construcción de los significados constitucionales³⁰;
- O7) *el carácter rígido y agonista del sistema de división de poderes*, en la medida que la jurisprudencia se proclama como instancia de contrapeso frente a interpretaciones constitucionales alternativas, lo que da lugar a vínculos interorgánicos de ataque y defensa, antes que a relaciones de deliberación colaborativa entre la jurisdicción constitucional, las restantes ramas de gobierno y la sociedad³¹;
- O8) *las dificultades de la jurisdicción constitucional en materia de revisión de las políticas públicas y en materia de exigibilidad de los derechos sociales*, que se derivan de posiciones extremas y «agotadas» tales como una mirada intervencionista

²⁷ Ely, J. (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 105-179; Habermas, J. (2008). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (4.ª ed.), Madrid, Trotta, 326-340.

²⁸ Nino, C. (1997). *La constitución...*, cit., 259-260.

²⁹ Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 23.

³⁰ Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*, New Jersey, Princeton University Press, 9-32; Kramer, L. (2011). *Constitucionalismo*, cit., 165-184.

³¹ Kahana, T. (2002). «Understanding the Notwithstanding Mechanism». *University of Toronto Law Journal*, 52, 2, 221-274, 248-274; Gargarella, R. (2014). «'We the People' Outside the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances». *Current Legal Problems*, 67, 1, 1-47, 21-34.

y «activista» según la cual los tribunales deben detallar la política pública y adoptar las medidas para solucionar los problemas atinentes a la justicia distributiva, u otra mirada consecuente y pasiva de «self-restraint» según la cual ellos deben abstenerse de intervenir en tales asuntos a fin de no ofender a la democracia y la separación de poderes³²;

- O9) *el formalismo, el tecnicismo, la complejidad, el elevado costo, la restricción y el carácter privatista de la legitimación activa de la ciudadanía y las diversas autoridades públicas para iniciar el proceso de control de constitucionalidad y para participar en los litigios de interés público*, lo cual agrava la distancia entre la sociedad y la jurisdicción constitucional, pues no hay instancias procesales directas para acceder a los tribunales en procura de la protección de los derechos ni para introducir en la agenda judicial los problemas sociales³³;
- O10) *la dominación que genera el constitucionalismo fuerte y la jurisdicción constitucional al orientarse a garantizar un gobierno democrático limitado*, en tanto la libertad es concebida como no interferencia del gobierno democrático en los derechos y, correlativamente, sobre tales derechos no rige la igual participación, sino que hay una voz privilegiada de la jurisdicción constitucional que debe mantener dentro de sus límites a dicho gobierno democrático y que a menudo favorece tanto el statu quo como los privilegios³⁴.

Este decálogo de objeciones fue expuesto no solo según el orden cronológico de su emergencia, sino también desde un plano abstracto, antes que desde un contexto social delimitado. Dicho modo de proceder no implica olvidar que los debates relacionados con la mejor estructura y funcionamiento de la jurisdicción constitucional o de cualquier institución involucran no solo una faceta normativa, sino también una faceta contextual. En efecto, las cuestiones relacionadas con la mejor estructura y funcionamiento de la jurisdicción constitucional, pese a que son altamente especulativas y normativas, también dependen de las características históricas, sociológicas y culturales, a la vez que de la información empírica con la que se cuenta en cada coyuntura situada³⁵. Entonces, el buen funcionamiento de la jurisdicción constitucional será aquel que resulte no solamente de la evaluación desde postulados teóricos y parámetros normativos, sino también de la atención a las particularidades propias de la cultura y sistema político de cada sociedad³⁶.

³² Dixon, R. (2007). «Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-form versus Weak-Form Judicial Review Revisited». *International Journal of Constitutional Law*, 5, 3, 391-418, 393-394, 406; Young, K. (2012). *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford: Oxford University Press, 142-166, 193-196.

³³ Sunstein, C. (1988). «Standing and the Privatization of Public Law». *Columbia Law Review*, 88, 1432-1481, 1433-1434, 1480; Kelsen, H. (2001). *La garantía...*, cit., 87.

³⁴ Bellamy, R. (2010). *Constitucionalismo político: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 161-191.

³⁵ Nino, C. (1997). *La constitución...*, cit., 250.

³⁶ Dahl, R. (1956). *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 192.

La exposición de este elenco tampoco aspiró a ser completa, sino a señalar de modo general las críticas que mayor eco han tenido. Dicho modo de proceder se justifica porque el propósito aquí tan solo estriba en ofrecer un panorama general de las críticas a los sistemas de justicia constitucional que caracterizan al modelo de constitucionalismo fuerte. La relevancia de este mapa más amplio radica en que con frecuencia los problemas de la autoridad judicial son reducidos por la cultura constitucional a uno solo: la *objeción contramayoritaria* o el deficitario pedigrí democrático.

Adicionalmente a este decálogo de objeciones a la jurisdicción constitucional, cabe tener presente una objeción hacia el mecanismo de enmienda constitucional del modelo fuerte. Por un lado, se trata de un mecanismo agravado, en tanto involucra autoridades y procedimientos de reforma más exigentes que los requeridos para la sanción y reforma de la legislación ordinaria. Por otro lado, se trata de un mecanismo contramayoritario, pues no exige la regla democrática de toma de decisiones por mayoría de la sociedad o de sus representantes políticos, sino que exige súper-mayorías o mayorías agravadas. Por último, se trata de un mecanismo que no se compromete con el diálogo inclusivo, sino que se desarrolla entre los representantes políticos, de modo que limita la intervención popular solamente al voto para elegir representantes o para decidir de modo binomial un referéndum. Aunque esta crítica no se dirige directamente a la jurisdicción constitucional, sí tiene implicaciones sobre su legitimidad. En efecto, cuando las decisiones judiciales no pueden revertirse mediante mecanismos de reforma constitucional flexibles, democráticos y de diálogo inclusivo, la objeción a la jurisdicción constitucional adquiere mayor peso³⁷. En cambio, tomar en serio esta objeción contribuye a matizar la objeción contramayoritaria a la jurisdicción constitucional³⁸.

3. EL GIRO DELIBERATIVO DE LA DEMOCRACIA

En esta sección han de explicitarse las premisas de la democracia deliberativa (3.1), para luego poner de manifiesto su potencial para dar paso a un mejor modelo constitucional, en tanto resultan muy diversas a las sostenidas por el constitucionalismo desde su momento fundacional (3.2).

3.1. *El núcleo del modelo*

La corriente *contemporánea* de la democracia deliberativa emerge en el año 1980³⁹, cuando Besette publicó un artículo en el cual por primera vez acuñó la etiqueta

³⁷ Colón-Ríos, J. (2013). *La constitución de la democracia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 367.

³⁸ *Ibidem*, 305.

³⁹ Bohman, J. (1998). «Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy», *Journal of Political Philosophy*, 6, 4, 400-424, 400.

*democracia deliberativa*⁴⁰. Este paradigma surge como oposición a otros modelos democráticos que se limitan al sufragio, la negociación o la acción estratégica —v. gr. agregacionista pluralista, agregacionista elitista, populista o comunitarista⁴¹. Según una definición estándar, la democracia deliberativa es un modelo normativo según el cual la imparcialidad y legitimidad de las instituciones y las decisiones de moralidad pública dependen del seguimiento de un proceso abierto y continuo de justificación argumentativa entre las personas potencialmente interesadas⁴².

Este modelo de toma de decisiones se justifica porque asegura la autonomía pública y privada de los habitantes, quienes tienen la oportunidad de debatir sus preferencias políticas y de participar en la conformación de la voluntad política, que luego han de ejecutar las autoridades públicas. Las preferencias políticas, según este modelo, no constituyen algo dado que solo cabe expresar mediante el sufragio, sino algo sobre lo cual hay que debatir hasta clarificar y, eventualmente, transformar a partir de la fuerza de otros argumentos o datos. A través de este procedimiento, el derecho resultante puede exigir imparcial y legítimamente la obligación de obediencia a la ciudadanía autónoma.

La democracia deliberativa prescribe un particular *ideal regulativo*, vale decir, un horizonte hacia el cual debe tenderse en la mayor medida posible. La dinámica de ese ideal regulativo conlleva a entender la imparcialidad y la legitimidad de las decisiones políticas no como una cuestión binaria de todo o nada, sino como *algo gradual o de escala*, que admite diversos niveles de cumplimiento y que aumenta a medida que el procedimiento se vuelve más democrático y deliberativo⁴³. Mientras más inclusivo y dialógico sea el procedimiento de justificación, mayor será la legitimidad de la decisión. La función de este ideal regulativo estriba en proveer criterios normativos de legitimidad e imparcialidad desde los cuales examinar las instituciones políticas vigentes y desde los cuales sugerir reformas que suplan las falencias que dichas instituciones padecen⁴⁴.

Asimismo, el procedimiento democrático deliberativo adopta una específica noción de *imparcialidad*, que parte de dos presupuestos: las sociedades se caracterizan por *el hecho de los desacuerdos*, vale decir, por múltiples preferencias políticas, así también como diversas concepciones del derecho, lo bueno y lo justo⁴⁵; y, dado hecho del pluralismo, no queda más que deliberar ampliamente. Los dos presupuestos no se

⁴⁰ Bessette, J. (1980). «Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government», en Goldwin, R. y Schambra, W. (Eds.), *How Democratic is the Constitution?* Washington, American Enterprise Institute, 102-116.

⁴¹ Nino, C. (1997). *La constitución...*, cit., 101-153.

⁴² A modo de ejemplo y sin perjuicio de diferencias, ver Bohman, cit.; Gutmann, A. y Thompson, D. (1996). *Democracy and Disagreement*, Cambridge, Harvard University Press; Habermas, cit.; Lafont, C. (2020). *Democracy Without Shortcuts: A Participatory Conception of Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press; Nino, C. (1997). *La constitución...*, cit.

⁴³ Nino, C. (1997). *La constitución...*, cit., 94.

⁴⁴ Bohman, cit., 401, 413.

⁴⁵ Waldron, cit.

hallan desconectados, más bien la discusión sobre la justicia y el derecho remite a la discusión sobre la democracia y la imparcialidad. En este cuadro, entonces, signado por el pluralismo en torno a la justicia de las decisiones —el plano ontológico—, se erigen los requerimientos procedimentales necesarios para la toma de decisiones imparciales —el plano epistemológico⁴⁶. Aquí es donde la teoría deliberativa de la democracia defiende una *concepción igualitaria e inclusiva de la imparcialidad*, según la cual las decisiones imparciales son aquellas que se vertebran en un proceso de consulta y discusión entre todas las personas interesadas. Así, la imparcialidad es entendida en términos de resolución discursiva de las pretensiones de validez en disputa. Por lo tanto, las decisiones públicas son imparciales toda vez que en el desarrollo del procedimiento discursivo se aseguren, dentro de lo máximo posible, ciertos requerimientos, las cuales son independientes o externos a las condiciones, experiencias, capacidades o motivaciones extraordinarias o altruistas de los agentes que intervienen en dicho procedimiento.

Bajo estas circunstancias, se supone que las decisiones no resultan indebidamente sesgadas en beneficio de alguna persona o grupo, a la vez que se supone que no resultan distorsionadas por la presión de los intereses exclusivos de los decisores, en tanto hay barreras insuperables para representarse —con su debido peso— las experiencias, las pretensiones y los contextos de otras personas⁴⁷. Así pues, desde esta perspectiva las decisiones son a menudo *parciales* a causa de la ignorancia de los intereses o preferencias de quienes se encuentran involucrados y también cuando un decisor supone aceptable una opción de manera universal que en verdad para algunos no lo era.

Por otro lado, la teoría estándar de la democracia deliberativa adopta una *concepción mixta de la legitimidad*. Bajo esta tesitura, una medida política para ser legítima tiene que estar afinada en un procedimiento deliberativo y democrático, reunir ciertos rasgos formales, y respetar ciertos principios sustanciales sin los cuales se vuelve imposible la intervención en la esfera pública. Esta concepción combina tres requerimientos (R): R1) *formal*, relativo al cumplimiento de las propiedades formales de la legislación o del producto normativo —v. gr. abstracción, generalidad, claridad, irretroactividad, *inter alia*; R2) *procedimental*, atinente al seguimiento de los procedimientos legales establecidos para la creación de disposiciones y al cumplimiento de los criterios democráticos deliberativos en el proceso de elaboración de la disposición; y R3) *sustantivo*, vinculado al respeto por parte de la disposición política de las mismas libertades fundamentales, derechos elementales, necesidades básicas y justicia social que se exigen en el discurso y que lo hacen posible —v. gr. derechos sociales, igualdad de oportunidades, *inter alia*.

⁴⁶ Nino, C. (2013). *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional* (4.ª reimp.), Buenos Aires, Astrea, 208.

⁴⁷ *Ibidem*, 203.

En cuanto a la noción de *autoridad política* no es una cuestión unilateral, ni se localiza en un solo lugar o institución —sea en el parlamento, sea en la judicatura o sea en la sociedad civil—⁴⁸, sino que depende de criterios complementarios de deferencia recíprocos y procedimentales que ceden ante la «fuerza del mejor argumento»⁴⁹. A lo que se tiende es a ubicar la deliberación en el centro de la división de poderes entre los órganos de gobierno y la sociedad, fundada en la premisa de que ningún organismo, persona o grupo basta para asegurar la consideración de todas las preocupaciones relevantes atinentes a un tema particular⁵⁰.

Ahora bien, la aspiración a la «fuerza del mejor argumento» no lleva a sostener que los procesos deliberativos se guían exclusivamente por la ponderación de datos o argumentos racionales. Aunque ello es fundamental, no lo es todo, pues también tienen valor deliberativo otro tipo de intervenciones, tales como la protesta social, los piquetes, las huelgas, las sentadas, las conversaciones informales, los cortes de calles, entre tantas otras. Intervenciones de este tipo, aunque a primera vista aparecen en tensión con la deliberación racional, contribuyen a la circulación de la información, la visibilidad de las demandas ignoradas, la consideración de las voces excluidas en los procesos de toma de decisiones⁵¹. En efecto, no puede omitirse que hay grupos desaventajados y con dificultades para expresarse o para que sus perspectivas y demandas lleguen desde la periferia hacia los centros de toma de decisiones que no tienen poder de lobby y, por lo tanto, no tienen más alternativa que recurrir intervenciones como las aludidas. En tal sentido, se vuelve imprescindible «una noción más amplia de deliberación», capaz de «captar todo lo que está involucrado» en los procesos de formación y transformación de la opinión y voluntad pública⁵².

A su vez, la democracia deliberativa, desde una concepción neorepublicana, se conecta conceptualmente con, y se orienta hacia, un particular ideal de la *libertad política*. Antes que la *ausencia de interferencias* por parte de terceras personas o del Estado —como ha sostenido el liberalismo—, lo distintivo de la noción republicana de la libertad es la *ausencia de dominación*⁵³. Desde esta perspectiva, no toda interferencia implica un menoscabo de la libertad, ni todo menoscabo de la libertad se concreta mediante una interferencia. En estos términos, la libertad debe ser resguardada tanto de omisiones como de acciones. Asimismo, en estos términos, la libertad debe ser protegida frente a omisiones y acciones no solo de tipo público, sino también de tipo

⁴⁸ Habermas, cit., 555.

⁴⁹ *Ibidem*, 382, 300-301.

⁵⁰ Tulis, J. (2003). «Deliberation between Institutions», en Laslett, P. y Fishkin, J. (Eds.), *Debating Deliberative Democracy*, Oxford, Blackwell Publishing, 200-211, 203.

⁵¹ Mansbridge, J., Bohman, J., Chambers, S., Christiano, T., Fung, A., Parkinson, J. y Warren, M. (2012). «A Systemic Approach to Deliberative Democracy», en Parkinson, J. y Mansbridge, J. (Eds.), *Deliberative Systems: Deliberative Democracy at the Large Scale: Theories of Institutional Design*, Cambridge, Cambridge University Press, 1-26, 17-19.

⁵² Lafont, cit., 29-30.

⁵³ Pettit, P. (1997). *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 51-79.

privado. Bajo estas circunstancias, a su vez, la libertad como ausencia de dominación pública y privada exige que el ejercicio del poder no solo sea legítimo e imparcial, sino que además tenga en miras la *justicia social*, de modo tal que no haya relaciones de dominación entre el Estado y los ciudadanos ni entre ellos⁵⁴. Esto es relevante porque una democracia deliberativa efectiva, requiere que las personas gocen de las condiciones materiales para participar en la deliberación y en la toma de decisiones.

En suma, esta teoría ofrece nociones promisorias sobre la autoridad, el proceso y el resultado de las decisiones, su imparcialidad, su legitimidad y la libertad política. Tal como será corroborado a continuación, estas herramientas resultan muy distintas a las sostenidas por el constitucionalismo (3.2).

3.2. *La deliberación democrática como ruptura en la historia del constitucionalismo*

Crear que la idea de diálogo emerge a partir del año 1980 con el giro deliberativo de la democracia, implica desconocer que dicha idea ha tenido cierto lugar desde los orígenes del constitucionalismo. Más bien, la idea de diálogo constituye el hilo de un debate continuado desde los comienzos del constitucionalismo hasta la actualidad. No obstante, aquí ha de argumentarse que el giro deliberativo contemporáneo de la democracia constituye una ruptura teórica e institucional para el constitucionalismo, que abre un nuevo estadio del diálogo constitucional.

El constitucionalismo, en principio, no se desentiende de la legitimidad de las prácticas y diseños institucionales, pues asume un doble compromiso: tanto con los derechos fundamentales —legitimidad sustancial o justicia—, así como también con la democracia —legitimidad procedimental⁵⁵. Por lo tanto, la democracia deliberativa y el constitucionalismo comparten una preocupación común por la cuestión de la legitimidad⁵⁶. Sin embargo, el compromiso de la cultura constitucional con la legitimidad ha estado lejos de suscribir un ideal regulativo tan exigente como el que defiende la tradición contemporánea de la democracia deliberativa. Históricamente, el constitucionalismo ha ofrecido respuestas muy diferentes a las que propone la democracia deliberativa frente a la cuestión de la legitimidad del poder. En efecto, el constitucionalismo, desde sus orígenes liberales, asumió dos objetivos principales: la limitación del poder y la garantía de los derechos fundamentales⁵⁷. En otras palabras, la tradición constitucional ha estado obsesionada por garantizar los derechos

⁵⁴ Pettit, P. (2012). *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 18-19, 75-129, 297-299.

⁵⁵ Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 46.

⁵⁶ Levy, R. y Kong, K. (2018). «Introduction: Fusion and Creation», en Levy, R., Kong, H., Orr, G. y King, J. (Eds.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1-13, 6.

⁵⁷ A modo de ejemplo, ver Kelsen, H. (2009). «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?», en Schmitt C. y Kelsen, H. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la*

fundamentales mediante resortes institucionales que aseguren el llamado *gobierno limitado* y eviten la denominada *tiranía de la mayoría democrática*⁵⁸.

En tal sentido, la paranoia de la cultura jurídica ha sido el *miedo a la sociedad*⁵⁹ y la historia del constitucionalismo ha sido parte del *liberalismo del pánico o del temor*⁶⁰. En estos términos, se ha criticado la «filosofía política liberal complaciente del elitismo constitucional y de visiones demasiado maniqueas y simplistas de la protección de derechos»⁶¹. Así, el constitucionalismo norteamericano —el cual, ha tenido desde sus orígenes y hasta la actualidad, un impacto extraordinario a lo largo y ancho del mundo— se ha caracterizado por darle forma institucional a la desconfianza y por fundar un gobierno sobre la base de la sospecha frente a la sociedad. Esa mayoría social fue vinculada a la irracionalidad, la equivocación o el interés exclusivamente personal⁶².

De esta forma, el constitucionalismo fuerte ha minimizado la importancia tanto de la asignación del poder o empoderamiento democrático⁶³, así como también de la calidad del razonamiento público⁶⁴. En otras palabras, la reflexión constitucional se ha mantenido mayormente indiferente no solo ante el principio *democrático*⁶⁵, sino también ante el principio de *deliberación*⁶⁶.

Además, el constitucionalismo a menudo ha estado ligado a una noción de libertad entendida bajo una óptica liberal como no interferencia. Sin embargo, tan poco es lo que sugiere la idea de gobierno limitado que, como se vio (2), puede ser compatible incluso con una monarquía limitada o constitucional. Lo mismo ha sucedido con la noción de los derechos que subyace a este modelo constitucional, en tanto han sido concebidos como barreras para proteger a las personas frente a las intrusiones del Estado. Así las cosas, el constitucionalismo fuerte tampoco ha prestado debida atención a la capacidad del Estado para desarrollar e implementar las políticas públicas y los derechos sociales necesarios para la efectiva deliberación democrática y que aseguren la libertad republicana como no dominación.

Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Madrid, Tecnos, 289-366, 293; Nino, C. (1997). *La constitución...*, cit., 15-16.

⁵⁸ Bayón, cit., 317.

⁵⁹ Unger, cit., 73.

⁶⁰ Waldron, J. (2010). «Constitutionalism: A Skeptical View». *Philip A. Hart Memorial Lecture*, 4, 1-45, 14. Disponible en: <http://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/4> (enero de 2023).

⁶¹ Gargarella R. y Martí, J. (2005). «Estudio preliminar. La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: Convivir entre desacuerdos», en Waldron, J. *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, XIII-XLVIII, XX.

⁶² Recuérdense el capítulo 10 de *El Federalista*.

⁶³ Waldron, J. (2010). «Constitutionalism...», cit., 24, 27.

⁶⁴ Levy y Kong, cit., 2.

⁶⁵ Bayón, cit., 292-293.

⁶⁶ Levy, R. (2018). «The 'Elite Problem' in Deliberative Constitutionalism», en Levy, R., Kong, H., Orr, G. y King, J. (Eds.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 351-368, 351.

En la actualidad los desafíos son más profundos y se ha tornado marginal la relevancia de las ideas de gobierno limitado y de los derechos como límites al gobierno. La democracia deliberativa, desde una perspectiva republicana, pone en cuestión la concepción tradicional de los derechos entendidos como límite negativo o ausencia de injerencias. En su lugar, concibe a los derechos sobre la base de una concepción de la libertad como no dominación.

Sin perjuicio de que más abajo han de detallarse otras, las principales vías dirigidas a asegurar la libertad como no interferencia han sido, por un lado, la sustracción o el atrincheramiento de los derechos frente al poder democrático y, por otro lado, la jurisdicción constitucional como inhibición y límite de los avances de dicho poder. En tal sentido, la mayor atención del constitucionalismo ha estado dirigida a explicar y justificar cómo la jurisdicción constitucional puede mantener el ejercicio del poder político dentro de los límites que suponen los derechos. Puntualmente, la jurisdicción constitucional ha sido concebida desde antaño como freno al poder democrático de las restantes ramas de gobierno —en la división horizontal del poder— y de los diversos órdenes de gobierno —en la división vertical del poder. De este modo, su rol se ha ceñido a fungir como *poder nulo y boca de la ley* (Montesquieu), como *freno y contrapeso* (Hamilton), o como *legislador negativo y guardián de la constitución* (Kelsen).

Lo dicho, de nuevo, no implica negar que la noción de diálogo ha tenido algún lugar en los tempranos debates constituyentes. No obstante, el sistema institucional resultante, salvo excepciones, no acogió las propuestas más radicales formuladas desde el republicanismo clásico —v. gr. Jefferson, Paine, entre otras. Más allá del rechazo de las propuestas republicanas, algunas investigaciones sostienen que el sistema institucional diseñado por los *Padres Fundadores* —v. gr. el sistema de división de poderes horizontal, el federalismo, el bicameralismo, *inter alia*— sí estuvo orientado al gobierno mediante la discusión⁶⁷. En palabras de Friedman, «el sistema de gobierno diseñado por los constituyentes impulsa el diálogo»⁶⁸. Kramer, en igual sentido, se refiere a «la teoría de la democracia deliberativa de Madison», así como también a «su carácter popular y democrático»⁶⁹.

Sin embargo, aun cuando algunos diseños institucionales puedan haber sido plasmados en mira de algún tipo de diálogo, no alcanzaron el nivel de sofisticación de las propuestas que hoy ofrece el giro deliberativo, sino que resultaron toscos para promover dicho fin. El sistema de los *checks and balances* está orientado a «contener la guerra social» a través de incentivos institucionales que resultan poco útiles para promover el diálogo —v. gr. el juicio político, el veto presidencial, el control judicial de constitucionalidad, el poder de insistencia del parlamento, *inter alia*⁷⁰. Además,

⁶⁷ Gutmann y Thompson, cit., 12.

⁶⁸ Friedman, B. (1993). «Dialogue and Judicial Review». *Michigan Law Review*, 91, 4, 577-682, 679.

⁶⁹ Kramer, L. (2006). «The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy», *Valparaiso Law Review*, 41, 2, 697-754, 748.

⁷⁰ Gargarella, R. (2014). «We the People:...», cit., 21-34.

desde el prisma crítico del giro deliberativo contemporáneo de la democracia, la noción de diálogo preponderante desde aquella época resulta limitada en cuanto a su alcance, en el sentido que la tendencia ha sido la exclusión social. En efecto, cuando el sistema institucional no estuvo orientado directamente a limitar la deliberación, solo permitió la deliberación entre las élites⁷¹. Las preguntas que surgen, entonces, son «¿(p)or qué no pensar que, en verdad, si contraponemos más ambición a la ambición, vamos a consagrar e incentivar —en lugar de desalentar— una política «facionalizada»? ¿Por qué no pensar que, de ese modo, vamos a obtener como resultado mayores enfrentamientos, en vez de mejores decisiones o un constructivo diálogo entre los distintos poderes de gobierno?»⁷². En suma, «no resulta nada claro que dicho sistema sea más proclive a promover la cooperación que el conflicto, entre las distintas ramas de gobierno»⁷³.

La desatención por la deliberación inclusiva se corrobora en el contenido de las nociones más importantes de la cultura constitucional, muchas de las cuales, en mayor o menor medida, perduran vigentes desde sus orígenes. Así pues, se advierte que históricamente la cultura constitucional suele concebir el *presupuesto antropológico* en términos de personas que se mueven por el egoísmo, la pasión, la ignorancia o la acción puramente estratégica⁷⁴; la *democracia* en términos de agregación de preferencias predeterminadas entre sectores antagónicos que compiten y negocian entre sí⁷⁵; la *imparcialidad* en términos de aislamiento y solipsismo por parte de quienes tienen a su cargo la toma de las decisiones políticas⁷⁶; la *política* en términos de disputa y conflicto⁷⁷; el *poder* en términos de amenaza a los derechos⁷⁸; la *libertad política* en términos de interferencia en los planes de vida de los ciudadanos⁷⁹; la *autoridad política* en términos de órganos con ambiciones o competencias asignadas con carácter exclusivo para contrapesar las ambiciones o competencias privativas de otros órganos⁸⁰; y el *constitucionalismo* en términos de límite jurídico al poder democrático⁸¹.

La democracia deliberativa concibe dichas nociones de forma muy diferente: el *presupuesto antropológico* en términos de personas racionales que pueden arribar a un acuerdo razonable sobre las cuestiones políticas; la *democracia* en términos de un procedimiento de deliberación inclusiva y continua que permite transformar las preferencias políticas; la *imparcialidad* en términos de igual consideración de las perspectivas

⁷¹ Gutmann y Thompson, cit., 138.

⁷² Gargarella, G. (2011). *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 165.

⁷³ *Ídem*.

⁷⁴ Hamilton, cit., 38, 220.

⁷⁵ *Ibidem*, 36.

⁷⁶ *Ibidem*, 216, 270, 331.

⁷⁷ *Ibidem*, 151-152.

⁷⁸ *Ibidem*, 331.

⁷⁹ Bellamy, R. (2010), cit., 24-25,

⁸⁰ *Ibidem*, 32.

⁸¹ *Ibidem*, 242.

de las personas potencialmente afectadas; la *política* en términos de diálogo, justificación razonada y consenso; el *poder* en términos de empoderamiento comunicativo; la *libertad política* en términos de no dominación pública ni privada; la *autoridad política* en términos de órganos que ejercen las competencias que se les asignan sobre la base de criterios de complementariedad y deferencia recíproca ante el mejor argumento; y el *constitucionalismo* como reforzamiento de la democracia.

Desde sus inicios el constitucionalismo tampoco ha manifestado curiosidad por la *institucionalización* de estas nociones, es decir, por los aspectos vinculados tanto con la evaluación de los sistemas institucionales vigentes a la luz del ideal regulativo que provee la democracia deliberativa, como con las reformas institucionales que deberían diseñarse e implementarse para poner en práctica dicho ideal regulativo. En tal sentido, aquellos principios tradicionales del constitucionalismo se han materializado en diseños institucionales que se han orientado precisamente a insistir en los fines aludidos: evitar la tiranía de la mayoría y asegurar un gobierno limitado.

Como correlato, el constitucionalismo, en cuanto faz institucional de la democracia, se ha caracterizado por sus efectos inhibidores o negativos sobre la deliberación democrática tanto en los *asuntos de gobierno*, cuanto en los *asuntos de reforma constitucional*. Al respecto y de modo general, pueden señalarse los siguientes ejemplos: un sistema de frenos y contrapesos fundado en la desconfianza recíproca ante los intereses específicos de cada rama de gobierno⁸²; un sistema federal de descentralización territorial del poder político orientado a dilatar el electorado y neutralizar las tendencias expansivas de los diversos órdenes de gobierno⁸³; un sistema representativo que busca distanciar a la sociedad de sus representantes políticos y excluirla del manejo de los asuntos públicos⁸⁴; un órgano ejecutivo que concentra múltiples poderes y funciones en manos de una sola persona⁸⁵; un órgano judicial que monopoliza la interpretación y decisión de los asuntos constitucionales; la ausencia de canales institucionales para la intervención ciudadana en los asuntos políticos⁸⁶; una constitución con carácter supremo respecto de la legislación ordinaria, cuyo procedimiento de reforma es agravado y contramayoritario⁸⁷; entre muchos otros.

Con razón, se ha denunciado que uno de los «oscuros secretos» de la cultura jurídica ha sido «la incomodidad con la democracia», que se manifiesta en «la hipertrofia» de prácticas e instituciones contramayoritarias⁸⁸. De allí que, a lo largo del

⁸² Vile, M. (1998). *Constitutionalism and the Separation of Power*, Indianapolis, Liberty Fund, 168.

⁸³ González Bertomeu, J. (2008). «Notas sobre federalismo», en Gargarella, R. (Coord.) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo 1: Democracia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 439-485, 456.

⁸⁴ Bessette, cit., 104.

⁸⁵ Nino, C. (2013). *Fundamentos...*, cit., 208, 711.

⁸⁶ Gargarella, G. (2011). *La justicia...*, cit., 211.

⁸⁷ Bryce, J. (1901). *Studies in History and Jurisprudence, Volume I*, Oxford, Clarendon Press, 167.

⁸⁸ Unger, cit., 72-73.

tiempo, el «constitucionalismo y democracia se han considerado doctrinas y teorías políticas rivales»⁸⁹.

Sin perjuicio de la histórica indiferencia del constitucionalismo hacia la deliberación democrática, a partir de mediados del siglo XX, tal como se expuso más arriba (2.2), diversas teorías comenzaron a objetar algunos rasgos de la jurisdicción constitucional que propone el modelo de constitucionalismo fuerte. Como salida a tales objeciones, aquellas teorías han ofrecido algunas alternativas constitucionales que sí expresaron una notable preocupación por el principio democrático. En tal sentido, cabe mencionar a las corrientes que han avalado la deferencia judicial frente al parlamento, tales como el *error legislativo manifiesto*⁹⁰, el *minimalismo judicial*⁹¹, las *virtudes pasivas*⁹², la *jurisdicción constitucional como árbitro y refuerzo de los canales de cambio político y de las minorías insulares*⁹³, el *margen de apreciación* —a nivel nacional o internacional—, entre otras. Sin embargo, estas alternativas constitucionales han estado lejos de asumir una concepción deliberativa del principio democrático⁹⁴. En efecto, estas alternativas constitucionales, aunque en algún caso pueden incentivar tanto la toma de decisiones por el órgano con mayor legitimidad democrática y representatividad del pluralismo, así como también cierto tipo de intercambio entre las ramas de gobierno y la sociedad, no equivalen, suponen o alientan un diálogo inclusivo.

Algunas teorías que han planteado objeciones a la jurisdicción constitucional incluso han defendido la última palabra en manos del parlamento, cierto tipo de *modelo constitucional Westminster*. Si bien es destacable el compromiso democrático de esas posiciones, el problema estriba en que no se preocupan por la promoción de una democracia de tipo deliberativa. En efecto, la deferencia al parlamento o la última palabra en sus manos no implica una interacción interorgánica de tipo deliberativo, ni implica diálogo con inclusión de la sociedad, más bien implica un rol judicial pasivo y de omisión frente a las decisiones democráticas del parlamento. Ciertamente esto no es poco, pero tomar en serio el giro deliberativo de la democracia no solo admite que la última palabra en algunos casos pueda ser del parlamento, sino que también requiere que la jurisdicción constitucional asuma un rol activo frente a los bloqueos institucionales de los órganos democráticos frente a las voces de colectivos o grupos de personas en la periferia.

Como reflexión final, la hostilidad a la deliberación inclusiva ha estado presente a lo largo de la historia del constitucionalismo, particularmente ha trascendido una

⁸⁹ Ahumada, cit., 78-79.

⁹⁰ Thayer, J. (1893). «The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law». *Harvard Law Review*, 7, 3, 129-156.

⁹¹ Sunstein, C. (1999). *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press.

⁹² Bickel, cit.

⁹³ Ely, cit.

⁹⁴ Sobre algunos problemas de estas teorías con la democracia deliberativa, ver Gargarella, R. (2014). «We the People...», cit., 12, 16.

justificación de la jurisdicción constitucional como institución contramayoritaria y aislada tanto de la sociedad como de las restantes ramas de gobierno. Hoy, a partir del giro deliberativo contemporáneo de la democracia, están dadas las condiciones para cuestionar esas ideas, precisamente porque parten de miradas de la legitimidad y la imparcialidad que resultan poco atractivas. En este marco, el compromiso con la legitimidad y la imparcialidad que asume el constitucionalismo ahora merece una nueva mirada, a la luz del prisma de la democracia deliberativa⁹⁵.

Como se planteará a continuación (4), frente a la idea que ha cobrado mayor impulso y sofisticación en los últimos años, relativa a que las constituciones deben promover el diálogo democrático⁹⁶, es necesario repensar el constitucionalismo.

4. CONCLUSIÓN: HACIA UN CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO

El camino recorrido deja en claro que el constitucionalismo fuerte se encuentra en una encrucijada. De un lado, por las falencias que comenzaron a objetarse a la jurisdicción constitucional a mediados del siglo XX, que dan cuenta de que el diagnóstico es crítico y merece mayor atención. Del otro lado, por las premisas normativas de la democracia deliberativa, que tienen el potencial para hacerse cargo del estudio y solución de esos problemas de un modo particular y promisorio, un modo inclusivo y dialógico.

Ahora bien, explicitar que el constitucionalismo fuerte se encuentra en una encrucijada «no quiere decir que no sea posible dar razones para justificar el control judicial de la ley», sino que «existe una tarea teórica a realizar, que es precisamente la búsqueda de razones que permitan responder» a ambas advertencias⁹⁷. Por lo tanto, la tarea que plantea esta encrucijada requiere de una respuesta que tome en serio el sentido de ambas pautas.

En tal marco, el *constitucionalismo deliberativo* —también llamado *dialógico* o *discursivo*—, ofrece una salida a esta encrucijada, pues, a partir del compromiso con las premisas ideales de la democracia deliberativa, diluye las objeciones a la jurisdicción constitucional. En efecto, desde esta perspectiva, la creación, reforma, interpretación y aplicación de las normas básicas debe realizarse mediante procesos argumentativos, públicos, accesibles y continuos, que incluyan tanto a las diferentes autoridades públicas, así como también a las personas y grupos potencialmente afectados. Según este modelo, las decisiones políticas deben tomarse colaborativa y complementariamente, según criterios de deferencia recíprocos que ceden frente al grado de inclusión

⁹⁵ Zurn, C. (2002). «Deliberative Democracy and Constitutional Review». *Law and Philosophy*, 21, 467-542, 471-472.

⁹⁶ Sapir, G. (2018). «Popular Constitutionalism and Constitutional Deliberation», en Levy, R., Kong, H., Orr, G. y King, J. (Eds.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 311-323, 314.

⁹⁷ Ferreres Comella, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 46.

y diálogo de los procesos de toma de decisiones, así como frente a la fuerza de los argumentos que surgen de dichos procesos. En pocas palabras, a mayor grado de deliberación e inclusión, mayor deferencia.

Una de las experiencias institucionales de mayor impacto del constitucionalismo deliberativo ha sido denominado *nuevo modelo constitucional Commonwealth*, adoptado, de modo pionero, en Canadá en el año 1982 —a partir de la Canadian Charter of Rights and Freedoms—, Nueva Zelanda en el año 1990 —a partir de la Bill of Rights Act—, Reino Unido en el año 1998 —a partir de la Human Rights Act—, Territorio de la Capital Australiana en el año 2004 —a partir de la Human Rights Act—, Victoria en el año 2006 —a partir de la Charter of Human Rights and Responsibilities Act— y Queensland en el año 2019 —a partir de la Human Rights Act. Este modelo se caracteriza, al menos, por los siguientes *elementos* (E): E1) la organización del poder y el reconocimiento de derechos fundamentales está previsto en una constitución escrita y codificada —v. gr. Canadá— o en numerosos textos normativos dispersos —v. gr. Reino Unido—, con jerarquía superior a las leyes; E2) esa constitución y esos textos normativos tienen un procedimiento de reforma flexible y mayoritario —v. gr. Reino Unido y Nueva Zelanda— o rígido y contramayoritario —v. gr. Canadá—; E3) en pos de garantizar la supremacía de la materia constitucional y convencional, los tribunales tienen la potestad de controlar la constitucionalidad de la legislación —v. gr. Canadá— o de emitir declaraciones de incompatibilidad —v. gr. Reino Unido—; y E4) pese a los aludidos poderes de los tribunales respecto del control de constitucionalidad de la legislación, el poder de decisión final queda en manos del parlamento, que puede o no ejercer⁹⁸. Como puede verse, este modelo ofrece una alternativa intermedia entre los modelos de constitucionalismo Westminster y fuerte, oportunamente abordados (2.1). Contrariamente a ellos, esta reforma no concibe a la autoridad en términos de exclusividad y unilateralidad, sea en el parlamento o sea en la jurisdicción constitucional. Más bien, concibe que hay una responsabilidad compartida en la garantía de los derechos y la democracia. Esto se constata en la eventual potestad del poder legislativo de responder o no a las sentencias de la jurisdicción constitucional (E4).

Fuera de esos países, otras experiencias institucionales también han contribuido a disipar las objeciones a la jurisdicción constitucional mediante el diálogo: las audiencias públicas⁹⁹, los *amicus curiae*¹⁰⁰, las acciones con legitimación colectiva¹⁰¹, las

⁹⁸ Gardbaum, cit.

⁹⁹ Por ejemplo, en las leyes 9.868/99 (art. 9) y 9.882/99 (art. 6) de Brasil, en la acordada 30 del año 2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, etcétera.

¹⁰⁰ Por ejemplo, en las supreme court rules 1607 del Reino Unido (arts. 27, 25.1 y 35.2), en el reglamento del año 2009 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 2 inc. 3), en el reglamento complementario sobre el procedimiento ante la Corte Constitucional de Italia (art. 4 ter) según la reforma del año 2020, etcétera.

¹⁰¹ Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina emitió la acordada 32 del año 2014 que aprobó el Registro Público de Procesos Colectivos y la acordada 12 del año 2016 que aprobó el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, etcétera.

acciones ciudadanas de inconstitucionalidad¹⁰², las consultas previas e informadas de la jurisdicción constitucional a las comunidades originarias¹⁰³, el análisis legislativo sobre la compatibilidad de las normas con los derechos humanos¹⁰⁴, las consultas legislativas de constitucionalidad¹⁰⁵, la participación social en los procesos de selección de los jueces¹⁰⁶, la publicidad de la deliberación al interior de la jurisdicción constitucional¹⁰⁷, el control judicial sobre los procesos de creación legislativa¹⁰⁸, la presencia de ciertos grupos entre los integrantes de la jurisdicción constitucional¹⁰⁹, el exhorto judicial o la resolución dialógica e inclusiva de los litigios de reforma estructural¹¹⁰,

¹⁰² Las constituciones que más han avanzado en esta materia son las de Colombia (art. 241, junto con su regulación mediante el decreto 2067 del año 1991) y de Costa Rica (arts. 10 y 48), entre otras.

¹⁰³ Por ejemplo, en el Convenio 169 sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales (arts. 6.a y 6.b) de la Organización Internacional del Trabajo en 1989, así como también en la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas (arts. 17, 19, 30, 32, 36 y 38) de la Organización de Naciones Unidas en 2007.

¹⁰⁴ Por ejemplo, la *Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011* ha establecido una Comisión Parlamentaria Mixta de Derechos Humanos dentro del Parlamento de Australia, cuya función es la evaluación de compatibilidad de los proyectos de ley y las normas con los derechos humanos e informar sobre sus conclusiones a ambas cámaras legislativas.

¹⁰⁵ Por ejemplo, en las constituciones de Costa Rica (art. 10 inc. b), de Ecuador (art. 438), de España (art. 95), entre otras.

¹⁰⁶ Por ejemplo, la reforma constitucional de Bolivia del año 2009 incluyó la elección popular de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia (art. 182), del Tribunal Agroambiental (art. 188), del Consejo de la Magistratura (art. 194) y del Tribunal Constitucional (art. 198). También en Argentina, a partir del decreto 222 emitido por el Poder Ejecutivo Nacional en el año 2003, se prevé un procedimiento de participación ciudadana en la selección de las propuestas para integrar las vacantes en la Corte Suprema.

¹⁰⁷ Por ejemplo, en el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en el Tribunal Constitucional del Perú, en la Corte Federal Suprema de Suiza —aunque no puede soslayarse que no está facultado para ejercer la revisión constitucional de la legislación parlamentaria—, entre otros.

¹⁰⁸ En tal sentido, pueden verse las siguientes sentencias: Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *Doctors for Life International vs. The Speaker of the National Assembly and Others*, 17-08-2006; Corte Constitucional de Colombia, *SC-372*, 27-04-2004; Suprema Corte de Israel, *Quantinsky v. The Israeli Knesset*, 06-08-2017; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hirst (N.º 2) v. The United Kingdom*, 06-10-2005; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Animal Defenders International v. United Kingdom*, 22-04-2013; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *S.A.S. c. Francia*, 01-08-2014; entre otras.

¹⁰⁹ Por ejemplo, la Corte Suprema de Canadá reserva tres de los nueve lugares a Quebec, la Corte Europea de Derechos Humanos prevé la presencia de cada uno de los países integrantes del sistema, y la Corte Internacional de Justicia permite que cada país envuelto en una controversia pueda nominar a un integrante.

¹¹⁰ En tal sentido, pueden verse las siguientes sentencias: Corte Constitucional Colombiana, *T-025*, 22-01-2004; Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *Government of the Republic of South Africa. & Ors. v Grootboom & Ors.*, 04-10-2000; Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and Or. vs. City of Johannesburg and Others*, 24-07-2008; Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/ Reajustes Varios*, 08-08-2006; Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)*, 20-06-2006; Corte Constitucional de Corea, *Case N.º: 2017Hun-Ba127*, 11-04-2019; entre otros.

la respuesta legislativa a las sentencias declarativas de inconstitucionalidad¹¹¹, los procesos deliberativos de reforma legal¹¹² y constitucional¹¹³, el uso de tecnologías para aumentar la efectividad y calidad de las normas y políticas públicas¹¹⁴, los mini-públicos en general, entre tantas otras.

En conclusión, en el constitucionalismo deliberativo se hace inteligible y tiene cabida el sentido de las objeciones a la jurisdicción constitucional y del giro deliberativo de la democracia. El constitucionalismo deliberativo, «en lugar de centrarse en la cuestión de si el control de constitucionalidad es ilegítimo porque frustra la voluntad democrática», concibe que «es legítimo en la medida en que facilita la deliberación democrática, tanto dentro de las instituciones públicas —incluidas los tribunales— como dentro de la sociedad en general»¹¹⁵. El resultado conduce, en definitiva, a *derechos fuertes* junto con *tribunales dialógicos*¹¹⁶, más precisamente, a tribunales que se orientan al servicio del diálogo inclusivo. Por lo tanto, en el constitucionalismo deliberativo los derechos fundamentales no son abordados con los elitismos o ideas místicas propias del constitucionalismo fuerte.

¹¹¹ En tal sentido, pueden verse las siguientes leyes: Parlamento de España, *Ley Orgánica 2/2010*, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo; Parlamento de España, *Ley Orgánica 5/2010*, de 22 de junio, de reforma del Código Penal; Congreso de la Nación Argentina, *Ley 27.362 Conductas delictivas. Delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra*, 12-05-2017; entre otras.

¹¹² Por ejemplo, la Asamblea de Ciudadanos sobre la Reforma Electoral en Columbia Británica de 2005, la Asamblea Ciudadana sobre Reforma Electoral en Ontario de 2006, el Foro de Ciudadanos en Holanda de 2006 y la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo en Argentina de 2021.

¹¹³ Por ejemplo, la Convención Constitucional en Australia de 1998, la Reforma Constitucional en Islandia de 2009, la Convención Constitucional en Irlanda de 2012, la Asamblea de Ciudadanos en Irlanda de 2016, y el proceso chileno de reforma constitucional hoy en curso.

¹¹⁴ Por ejemplo, el *Better Reykjavik* en Islandia, el *Evidence checks* en Reino Unido, el *vTaiwan* en Taiwan, el *Decide Madrid* en España, el *MindLab* en Dinamarca, entre otros.

¹¹⁵ Kong, H. y Levy, R. (2018). «Deliberative Constitutionalism», en Bächtiger, A., Dryzek, J., Mansbridge, J. y Warren, M. (Eds.), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 626-640, 634.

¹¹⁶ Esta frase está inspirada en el título del citado libro de Tushnet, «Weak Courts, Strong Rights».

Title:

Strong constitutionalism at the crossroads. Deliberative constitutionalism as a way out

Summary:

1. INTRODUCTION; 2. STRONG CONSTITUTIONALISM: 2.1. The beginning, the expansion and the alternative model; 2.2. **Objections to judicial review**; 3. THE DELIBERATIVE TURN OF DEMOCRACY: 3.1. The core of the model; 3.2. Democratic deliberation as a rupture in the history of constitutionalism; 4. CONCLUSION: TOWARDS A DELIBERATIVE CONSTITUTIONALISM.

Resumen:

El constitucionalismo fuerte, hoy prevaleciente a nivel global, se encuentra en una encrucijada. Por un lado, a partir de las crecientes y detalladas *objeciones hacia la jurisdicción constitucional* que comienzan a dirigirse desde la mitad del siglo XX. Por otro lado, a partir de los estándares que ofrece el *giro deliberativo de la democracia*, el cual tiene lugar a final del siglo XX, para evaluar y mejorar los procesos de toma de decisiones. En este marco, el *constitucionalismo deliberativo* es una alternativa que morigera las objeciones a la jurisdicción constitucional desde el compromiso con los estándares de la democracia deliberativa. El presente artículo, entonces, aborda cómo ambos cuestionamientos ponen en jaque al constitucionalismo fuerte, y cómo el sentido de ambos cuestionamientos es recobrado por el constitucionalismo deliberativo.

Abstract:

Strong constitutionalism, currently predominant at the global level, is at a crossroads. On the one hand, from the growing and detailed *objections to judicial review* that have been directed since the mid-20th century. On the other hand, from the standards offered by the *deliberative turn of democracy*, which took place at the end of the 20th century, to evaluate and improve the decision-making processes. In this context, *deliberative constitutionalism* is an alternative that moderates the objections to judicial review by committing to the standards of deliberative democracy. This article, then, addresses how both challenges call into question strong constitutionalism, and how the meaning of both challenges is recovered by deliberative constitutionalism.

Palabras clave:

Control de constitucionalidad; diálogo judicial; democracia deliberativa; constitucionalismo dialógico; dificultad contramayoritaria.

Keywords:

Judicial review; judicial dialogue; deliberative democracy; dialogic constitutionalism; counter-majoritarian difficulty.