

De la democracia deliberativa al constitucionalismo dialógico**

From Deliberative Democracy to Dialogic Constitutionalism

RESUMEN

La democracia deliberativa ha contribuido al advenimiento de un constitucionalismo al servicio del diálogo inclusivo, el denominado *constitucionalismo dialógico*. Sin perjuicio de la expansión, el potencial y los aportes recíprocos entre ambas corrientes, el vínculo entre ellas no ha estado libre de problemas. Primero, la conexión con frecuencia ha sido inconsistente, pues mientras en el plano democrático se ha sostenido una concepción deliberativa, en el plano constitucional se ha mantenido una concepción fuerte. Segundo, la conexión mayormente ha sido restringida, pues la agenda deliberativa ha estado limitada a momentos excepcionales o temas específicos. Tercero, la conexión habitualmente ha sido teórica, pues las dos corrientes no han abordado con detalle las implicaciones institucionales. Cuarto, la conexión a menudo ha sido abstracta y general, pues el entrecruce de ambas corrientes no ha sido contextual. En este marco, recientemente se ha publicado *Democracia sin atajos: una concepción participativa de la democracia deliberativa*, de Cristina Lafont. Dado que este libro se inscribe en la senda de la democracia deliberativa, el presente trabajo tiene como objetivo analizar sus límites y contribuciones al constitucionalismo dialógico, así como también sus continuidades y rupturas respecto del camino recorrido por la democracia deliberativa en el campo constitucional.

* Docente e investigador predoctoral de la Universitat Pompeu Fabra (España). Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy de la Università degli Studi di Genova y de la Universitat de Girona; máster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo; especialista en Derecho Constitucional de la UCA y abogado de la Universidad de Mendoza; 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.

** Recibido el 7 de junio de 2022, aprobado el 30 de septiembre de 2022.

Para citar el artículo: Giuffré, C. I. *De la democracia deliberativa al constitucionalismo dialógico*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 55, abril de 2023, 141-169.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n55.09>

PALABRAS CLAVE

Control judicial, constitucionalismo deliberativo, legitimidad, democracia deliberativa, Cristina Lafont.

ABSTRACT

Deliberative democracy has contributed to the emergence of a constitutionalism at the service of inclusive dialogue, the so-called *dialogic constitutionalism*. Notwithstanding the expansion, potential and reciprocal contributions between the two trends, the link between them has not been without problems. Firstly, the connection has often been inconsistent, because while a deliberative conception has been defended at the democratic level, a strong conception has been defended at the constitutional level. Secondly, the connection has generally been restricted, as the deliberative agenda has been limited to exceptional moments or specific issues. Thirdly, the connection has been largely theoretical, as the two trends have not addressed the institutional implications in detail. Fourthly, the connection has mostly been abstract and general, as the intersection of the two trends has not been contextual. In this framework, Cristina Lafont's *Democracy without shortcuts: a participatory conception of deliberative democracy* has recently been published. Given that this book is part of the path of deliberative democracy, the aim of this paper is to analyse its limits and contributions to dialogic constitutionalism, as well as its continuities and ruptures with respect to the path reached by deliberative democracy in the constitutional field.

KEYWORDS

Judicial review, deliberative constitutionalism, legitimacy, deliberative democracy, Cristina Lafont.

SUMARIO

Introducción. 1. Una teoría participativa de la democracia deliberativa y del constitucionalismo. 2. Las contribuciones al constitucionalismo dialógico. 2.1. De la falacia del nirvana a la comparación simétrica. 2.2. De una teoría binaria a una sistémica. 2.3. Del solipsismo al diálogo inclusivo. 3. Las tensiones con el constitucionalismo dialógico. 3.1. La generalidad y abstracción. 3.2. La “nueva luz” en la discusión tradicional. 3.3. La justificación del constitucionalismo fuerte. 3.4. La limitación de la agenda deliberativa ordinaria. Conclusiones. Referencias.

INTRODUCCIÓN

La *democracia deliberativa* ofrece herramientas normativas para orientar hacia los ideales de legitimidad e imparcialidad los procedimientos decisorios y el diseño de las instituciones públicas. La legitimidad e imparcialidad, según la democracia deliberativa, depende de que las decisiones públicas sean el resultado de un procedimiento inclusivo —esto es el elemento democrático— y dialógico —esto es el componente deliberativo.

El giro deliberativo contemporáneo de la democracia, iniciado hace más de cuatro décadas, ha alcanzado un notable predominio y consenso en la actualidad. Su impacto ha llegado a punto tal que, con carácter reciente, ha dado lugar a un giro dialógico o deliberativo del constitucionalismo. En efecto, ha ofrecido herramientas normativas con el potencial para dar lugar a un mejor modelo constitucional, uno que se orienta al servicio del diálogo inclusivo. De este modo, el *constitucionalismo dialógico* se sustenta en los principios de la democracia deliberativa, a la vez que critica la supremacía que la teoría jurídica contemporánea concede a la ubicación institucional de los tribunales y sus estándares de racionalidad.

Sin perjuicio de la expansión y potencial de la democracia deliberativa, su vinculación con el constitucionalismo no ha estado libre de *problemas*. Primero, la conexión con frecuencia ha sido inconsistente pues, aunque en el plano democrático se ha sostenido una concepción deliberativa, en el plano constitucional se ha mantenido una concepción fuerte que no consigue librarse de las objeciones a la jurisdicción constitucional. Segundo, la conexión mayormente ha sido restringida, pues la agenda deliberativa ha estado limitada a momentos excepcionales o temas específicos. Tercero, la conexión ha sido habitualmente teórica e ideal, pues las dos corrientes no han abordado con detalle las derivas institucionales, puntualmente las prácticas e ingenierías institucionales de la jurisdicción constitucional. Cuarto, la conexión a menudo ha sido abstracta y general, pues el entrecruce de ambas corrientes no ha tenido sino un correlato escaso en el campo contextualmente situado de las constituciones.

Con carácter reciente, en el marco de las contribuciones y límites de la democracia deliberativa frente al constitucionalismo dialógico, tiene lugar la publicación del extraordinario libro *Democracia sin atajos: una concepción participativa de la democracia deliberativa*, de Cristina Lafont. Dicha obra ofrece una novedosa teoría participativa de la democracia deliberativa y del constitucionalismo. Por lo tanto, también proporciona una oportunidad para realizar un balance sobre el vínculo entre la democracia deliberativa y el constitucionalismo en estas cuatro décadas.

Entonces, las *preguntas* que han de atenderse aquí son las siguientes: ¿cuál es el alcance de la teoría de Lafont en el constitucionalismo dialógico, y cuáles son las continuidades y rupturas de esa teoría respecto del camino

alcanzado por la democracia deliberativa en el campo constitucional? Frente a dichos interrogantes, el *argumento* que ha de sostenerse aquí es que su teoría constituye una de las manifestaciones más sofisticadas y mejor justificadas de un constitucionalismo al servicio del diálogo inclusivo, pero que el paso de la democracia deliberativa hacia un constitucionalismo dialógico todavía exige algunas ampliaciones y retoques.

Para sustentar este argumento, el artículo tiene la siguiente *estructura*. En primer lugar, presenta la teoría participativa de la democracia deliberativa y del constitucionalismo de Lafont. En segundo término, explicita tres contribuciones de la teoría de Lafont al constitucionalismo dialógico. En tercera instancia, explicita cuatro críticas sobre la teoría de Lafont con respecto al constitucionalismo dialógico. Finalmente, formula algunas conclusiones.

1. UNA TEORÍA PARTICIPATIVA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y DEL CONSTITUCIONALISMO

La teoría de Lafont pretende apartarse de otras tres teorías democráticas. En primer lugar, rechaza una teoría “puramente epistémica”, según la cual la sociedad debe someterse ciegamente a la experiencia de un grupo de personas como alternativa al problema de la ignorancia. En segundo término, rechaza una teoría “profundamente pluralista”, según la cual la sociedad debe someterse ciegamente a la mayoría como alternativa al problema del desacuerdo. Por último, rechaza una teoría “lotocrática”, según la cual la sociedad debe someterse ciegamente a un grupo aleatorio de personas como alternativa al problema de la baja calidad de la deliberación pública¹.

Para Lafont, estas teorías coinciden en algo: sus sugerencias institucionales no son más que “atajos” que evaden, pero que no logran morigerar, los problemas que hoy padece la democracia. En efecto, pese a sus “buenas intenciones”, estas teorías se desvían del compromiso de deliberar públicamente, que se deriva del ideal de autogobierno y que constituye la alternativa “idónea” para conseguir decisiones más consistentes y legítimas². A criterio de Lafont, aunque es inevitable algún nivel de deferencia o delegación desde la sociedad hacia las autoridades públicas, el problema aparece cuando dicha “deferencia” es “ciega”, es decir, cuando no va de la mano de alternativas de control e impugnación en manos de la sociedad frente a las decisiones que la coaccionan y le exigen obediencia³.

Ante las referidas teorías, Lafont defiende una teoría “participativa de democracia deliberativa”, según la cual la sociedad debe disponer de canales

1 Lafont, C. *Democracy without Shortcuts: A Participatory Conception of Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2020, 161-162.

2 *Ibid.*, 3.

3 *Ibid.*, 8.

de participación tanto en la formación y la transformación de sus preferencias a fin tomar decisiones políticas, así como también en el control de dichas decisiones. Bajo estas circunstancias, ha de tener cabida el autogobierno⁴. Este ideal implica que la ciudadanía sea capaz de verse a sí misma no solo como la destinataria, sino también como la autora de las normas a las que debe sujetarse, es decir que tiene que ser capaz de apropiarse de dichas normas y del control de constitucionalidad. En este marco, la legitimidad depende de que la sociedad “se apropie y se identifique”, en vez de sentirse “alienada” con las decisiones políticas que debe obedecer y que la coaccionan⁵. Según las bellas palabras de Lafont, los derechos “solo pueden estar verdaderamente seguros” mediante el “arduo” proceso de “involucrar y transformar los corazones y las mentes” de las personas⁶.

Junto con esta teoría participativa de la democracia deliberativa, Lafont articula una teoría “participativa del constitucionalismo”. En tal sentido, sostiene que el adecuado abordaje de la cuestión de la legitimidad exige analizar qué diseños institucionales garantizan que la ciudadanía pueda participar en el desarrollo del significado de su constitución⁷. Uno de los mayores desafíos para una concepción participativa de la democracia deliberativa, según la autora, radica en mostrar cómo justificar instituciones deliberativas y contramayoritarias, como el control judicial –nacional e internacional–⁸.

En respuesta a dicha cuestión, Lafont propone una “interpretación participativa de la legitimidad democrática del control judicial”. Por lo tanto, lejos de criticar la falta de legitimidad del control judicial, justifica dicha práctica a partir de dos pilares: la igual libertad política y el derecho a la impugnación legal de la ciudadanía. Desde allí se dota de igual poder comunicativo a la sociedad, esto es, de la capacidad de desencadenar o iniciar un diálogo sobre los derechos en juego. En sus palabras, el control judicial empodera a las personas para “llamar a las demás a ponerse la toga” e iniciar el proceso de control constitucional⁹. Así, la ciudadanía se halla en condiciones de intervenir en el proyecto de autogobierno.

De esta forma, por un lado, la teoría de Lafont se inscribe en la senda de la democracia deliberativa. No solo pone de manifiesto los problemas de distintas teorías democráticas que hoy se hallan en pugna con la democracia deliberativa, sino que también contribuye a refinar y mostrar el mayor potencial de esta última. A partir de la teoría de Lafont, el ideal de la deliberación democrática se torna más exigente, pues asume un giro participativo

4 *Ibid.*, 105.

5 *Ibid.*, 4.

6 *Ibid.*, 4.

7 *Ibid.*, 225-226.

8 *Ibid.*, 13.

9 *Ibid.*, 13, 227.

e inclusivo de la sociedad. Por otro lado, la teoría de Lafont contribuye a la corriente del constitucionalismo dialógico, puntualmente por las razones que serán abordadas a continuación.

2. LAS CONTRIBUCIONES AL CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO

Los aportes que han de presentarse aquí ponen de manifiesto que la teoría de Lafont es una de las más sofisticadas y mejor justificadas del constitucionalismo dialógico¹⁰. Dichas contribuciones, a su vez, refuerzan un acuerdo cada vez más amplio y profundo sobre la necesidad de avanzar hacia la senda de un constitucionalismo que se oriente ya no solamente a limitar el poder político, sino al empoderamiento comunicativo de las autoridades públicas y la sociedad.

2.1. DE LA FALACIA DEL NIRVANA A LA COMPARACIÓN SIMÉTRICA

Desde el punto de vista metodológico, hay un primer aspecto interesante que debe destacarse. La propuesta de Lafont evita la falacia del *nirvana* o de la *asimetría*, que consiste en comparar no en términos parejos, sino la mejor o ideal versión de una institución –v. gr., la corte– con la peor o real de otra –v. gr., el parlamento–, lo cual conduce a una consecuencia obvia y equivocada: la institución real o patológica no está preparada para cumplir la función encomendada¹¹.

Esto implica una contribución a la corriente dialógica del constitucionalismo, pues supone un giro respecto de aquellas teorías democrático deliberativas que, si bien apelan a cierta noción de diálogo constitucional, caen en la aludida falacia. A modo de ejemplo, cabe mencionar las teorías que conciben a la corte constitucional como un “ejemplar de la razón pública” (Rawls)¹², como un “foro de los principios” (Dworkin)¹³ o como una “sede de la representación argumentativa” (Alexy)¹⁴. En estas teorías, de una u otra forma,

10 En sentido similar, Chambers afirma que el derecho a la impugnación constitucional que Lafont deriva de su teoría participativa de la democracia deliberativa constituye una contribución al constitucionalismo dialógico. Cfr. Chambers, S. *Citizens without Robes: On the Deliberative Potential of Everyday Politics*. En *Journal of Deliberative Democracy*. 16(2), 2020, 228.

11 Sobre esta falacia en general, véase Gutmann, A. y Thompson, D. *Democracy and Disagreement*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, 45-46; Bayón, J. C. *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*. En Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, 320-327; Vilajosana, J. M. *Precondiciones para el análisis del conflicto entre Tribunal Constitucional y Parlamento*. En *Isonomía*. 36, 2012, 92-93.

12 Rawls, J. *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, 219-227.

13 Dworkin, R. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, 33-71.

14 Alexy, R. *Balancing, Constitutional Review, and Representation*. En *International Journal of Constitutional Law*. 3(4), 2005, 578-581.

la corte constitucional es concebida como la mejor garantía de los derechos. En tales teorías, a su vez, hay una tendencia a concebir el parlamento como un espacio de negociaciones, disputas e intereses políticos y partidistas que constituye una amenaza para dichos derechos.

A fin de evitar este problema, Lafont sostiene que “la legitimidad del control judicial debe juzgarse bajo el presupuesto normativo de que todos los poderes del Estado son igualmente capaces de hacer lo que se les ha encomendado”¹⁵. Explícitamente, Lafont sostiene que los tribunales no tienen una visión moral superior, ni mayores probabilidades de acertar¹⁶. Según su planteamiento, sería un error caracterizar a la corte como la única rama del Estado sensible a los principios y, en cambio, caracterizar al poder legislativo como incapaz de cumplir con sus obligaciones. El argumento presupone que el poder legislativo tiene en cuenta la constitucionalidad de la legislación que aprueba y se preocupa por la protección de los derechos como cualquier rama del Estado. En tal sentido, aclara que una legislatura, bajo circunstancias patológicas, podría ser incapaz de cumplir con dichas obligaciones y, en ese contexto, la creación de instituciones especiales podría ser una medida adecuada; sin embargo, ese contexto hipotético no es un argumento normativo a favor del control judicial en todos los contextos¹⁷. En síntesis, Lafont, en contraste con la referida falacia en la que caen otras teorías, deja en claro que comparar las instituciones a fin de determinar qué funciones pueden ser las más adecuadas solo tiene sentido en la medida que se asuma que son igualmente capaces de cumplir lo que se les ha encomendado. De este modo, a su vez, ofrece una salida frente a la objeción que denuncia la ofensa 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, que deriva de la proclamación de los tribunales como garantes de la única respuesta moralmente adecuada y de la corrección racional¹⁸.

2.2. DE UNA TEORÍA BINARIA A UNA SISTÉMICA

Desde el punto de vista metodológico, hay un segundo aspecto interesante en el análisis de Lafont sobre la legitimidad democrática del constitucionalismo. En tal sentido, Lafont analiza la combinación y relación entre todos los elementos del sistema constitucional¹⁹. Este enfoque, que ella denomina *holístico*, y que también cabría llamar *sistémico*, es prometedor para la corriente constitucional dialógica por cuanto atiende a la combinación y rela-

15 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 234.

16 *Ibid.*, 237.

17 *Ibid.*, 234-235.

18 Waldron, J. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*. En *Oxford Journal of Legal Studies*. 13, 1993, 36-38.

19 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 225-226.

ción entre todos los elementos del constitucionalismo²⁰, es decir, al resultado de las interacciones entre la sociedad y los engranajes del sistema. Esto es acertado, en palabras de Habermas, porque la fuerza legitimadora “no debe buscarse unilateralmente, no debe buscarse en un solo lugar, o bien en el de la producción legislativa, o bien en el de la administración de justicia”; en cambio, ella se encuentra en “los procedimientos que institucionalizan exigencias de fundamentación”²¹. Un modelo *holístico* o *sistémico* como este permite captar las diferentes variables institucionales y diferentes grados o niveles de legitimidad²², a la vez que hace posible captar la contribución o los límites de todos los elementos del constitucionalismo –a través de diferentes vías– a un fin común, por ejemplo, a la resolución de las disputas sobre derechos mediante la deliberación democrática²³.

Este enfoque se aparta de otros dos que arrojan resultados parciales. Por un lado, de aquellos que se centran solo en los resultados individuales de uno de los elementos constitucionales de manera aislada de los demás. Esto es lo que se advierte en muchos trabajos sobre el constitucionalismo que son de tipo juricéntrico, es decir, concentrados exclusivamente en el funcionamiento de los tribunales e indiferente al sistema político en el que funcionan²⁴. Por otro lado, de aquellos que se centran solo en el análisis de la oposición, a todo o nada, entre el parlamento y la jurisdicción constitucional acerca de la última palabra constitucional. Esto es lo que se advierte en muchos trabajos sobre el constitucionalismo cuyos análisis son rígidos y binarios, es decir, concentrados en defender una única autoridad legítima frente a otra que no lo es²⁵.

20 Martí, J. L. *Is Constitutional Rigidity the Problem: Democratic Legitimacy and the Last Word*. En *Ratio Juris*. 27(4), 2014, 552, 556.

21 Habermas, J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4.^a ed. Madrid: Trotta, 2008, 555.

22 Mendes, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, 226-227.

23 Fredman, S. *From Dialogue to Deliberation: Human Rights Adjudication and Prisoners' Rights to Vote*. En Hunt, M.; Hooper, H. J. y Yowell, P. (eds.), *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*. London: Hart, 2015, 447, 449.

24 En palabras de Lafont, “la mayoría de los participantes en el debate sobre la legitimidad del control judicial adoptan una perspectiva juricéntrica. Sus análisis se centran en el funcionamiento interno del tribunal, el papel que desempeñan las creencias de los jueces en sus decisiones”. Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 225.

25 En palabras de Roach, hay una “desafortunada tendencia en los debates académicos y políticos sobre la revisión judicial a considerar tanto a los tribunales como a las legislaturas como instituciones monolíticas. Este enfoque de la actuación institucional ha reducido con demasiada frecuencia el debate sobre la revisión judicial a una opción binaria que enfrenta a los tribunales con las legislaturas. Los que defienden el papel del poder legislativo tienen supuestamente al pueblo de su lado, así como la dudosa actuación histórica de los tribunales. Los que defienden a los tribunales tienen la supuesta importancia de los principios de su lado, así como el dudoso papel histórico de las legislaturas en la promulgación de medidas contra las minorías. El debate, francamente, se ha vuelto viejo y agotador. Se necesitan nuevos enfoques que examinen el diferente papel que pueden desempeñar los tribunales y el poder legislativo en la definición y

2.3. DEL SOLIPSISMO AL DIÁLOGO INCLUSIVO

Desde el punto de vista sustancial, la concepción constitucional de Lafont es inclusiva de la sociedad, pues concibe el control judicial como un mecanismo participativo a disposición de la ciudadanía para promover la deliberación democrática. Este planteamiento tiene como punto de partida “el hecho del pluralismo”, es decir, que “la ciudadanía está expuesta a discrepar sobre la forma correcta de enmarcar un debate político”²⁶. En sus palabras, el pluralismo “no tiene nada que ver con una mayoría a la que no le importan los derechos o que actúa de mala fe”²⁷. Tomar en serio el hecho del pluralismo resulta destacable por cuanto va de la mano con la idea de que no hay “atajos”, no queda más que deliberar ampliamente sobre las cuestiones fundamentales.

En este marco, a criterio de Lafont, la justificación del control judicial se debe a que faculta a la ciudadanía a hacer uso de su derecho de participación democrática en el manejo de los asuntos políticos y, de ese modo, a convocar al resto de la ciudadanía a deliberar públicamente sobre los desacuerdos²⁸. Según el planteamiento, si se da el caso de que un colectivo social está convencido de que una norma viola sus derechos, entonces tiene el poder de hacer oír sus razones, de reiniciar una conversación, de recibir respuestas justificadas del resto de la sociedad sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada y eventualmente de revertirla²⁹. En cambio, si los colectivos que se sienten perjudicados no tuvieran a disposición la revisión judicial, no les quedaría más que diferirse ciegamente a las decisiones mayoritarias³⁰, sin poder forzar la escucha³¹ y sin evitar que la deliberación caiga bajo un mínimo inaceptable³². Esta instancia, según el argumento, también cumple funciones de control público y de rendición de cuentas mediante razones públicas.

De esta manera, Lafont se aparta de las teorizaciones que conciben la revisión judicial como una práctica institucional que debe realizarse aisladamente del debate político, que depende solo de los tribunales y que es un proceso que lleva adelante una persona privada sin desempeñar un rol público relevante³³. En esa línea, Pettit, por caso, plantea que las impugnaciones legales de la ciudadanía “deben ser escuchadas lejos del tumulto de la discusión popular

protección de los derechos humanos”. Roach, K. *The Varied Roles of Courts and Legislatures in Rights Protection*. En Hunt, M.; Hooper, H. J. y Yowell, P. (eds.), *Parliaments and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*. Oxford - Portland: Hart, 2015, 405.

26 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 236.

27 *Ibid.*, 233.

28 *Ibid.*, 238.

29 *Ibid.*, 212-213, 232.

30 *Ibid.*, 234, 238-239.

31 *Ibid.*, 69-70.

32 *Ibid.*, 213, 213 nota 44.

33 *Ibid.*, 226, 228.

y lejos, incluso, del teatro del debate parlamentario”³⁴. En la misma tónica, Dworkin caracteriza la revisión judicial como un proceso que permite un debate razonado sobre cuestiones de principios porque está “aislado” de la política ordinaria³⁵. En cambio, Lafont señala que miradas solipsistas como las descritas no toman en serio el derecho de la ciudadanía a la igual participación política en el proceso de revisión constitucional. En sentido similar a Waldron, plantea la revisión judicial como un ejercicio público, político y activo del derecho a la impugnación legal que tiene la ciudadanía³⁶.

Tradicionalmente, la corriente deliberativa de la democracia ha ofrecido dos argumentos principales para justificar la revisión judicial: la razón pública y el discurso público³⁷. De acuerdo al primer argumento, la sociedad y sus representantes políticos, pese al deber de argumentar sobre las cuestiones políticas apelando a razones públicas, suelen hacerlo de forma partidista o interesada. Según este punto de vista, los tribunales se enfrentan a dichas cuestiones de forma imparcial y neutral, de modo tal que constituyen la expresión ejemplar de cómo deberían deliberar la ciudadanía y sus representantes políticos –así, v. gr., Rawls, Ferejohn y Pasquino, Eisgruber–³⁸. De acuerdo al segundo argumento, los tribunales no deben razonar en nombre de la sociedad o sus representantes políticos, sino que deben facilitar y proteger la deliberación democrática para que la sociedad y sus representantes políticos hablen por sí mismos. Según este punto de vista, no se subestima la deliberación social y parlamentaria, ni se sobrestima la calidad de la deliberación de los tribunales, de modo tal que los tribunales constituyen, antes que un límite frente a la democracia, la garantía de las condiciones del procedimiento democrático –así, v. gr., Habermas³⁹. En este marco, Lafont introduce un tercer argumento que toma elementos de los dos argumentos principales que ha ofrecido la teoría democrática deliberativa para justificar el control judicial. De acuerdo a este tercer argumento, la justificación deliberativa exige la razón pública, la cual no siempre se logra en la arena política ordinaria. En dicho escenario, los tribunales no deben deliberar en nombre de la ciudadanía y sus representantes, sino promover que participen por sí mismos en la deliberación constitucional⁴⁰. De ahí, la referida metáfora de la “ciudadanía con toga” debatiendo la adecuación de las cuestiones políticas a la Constitución, en virtud de la cual la revisión judicial no “aisla” ni sustrae

34 Pettit, P. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press, 1997, 196.

35 Dworkin, R. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2012, 152.

36 Waldron, J. *The Core of the Case against Judicial Review*. En *Yale Law Journal*. 115, 2006, 1395.

37 Chambers. *Citizens without Robes*, cit., 74.

38 *Ibid.*, 74-75.

39 *Ibid.*, 75.

40 *Ibid.*, 74.

las cuestiones políticas de la esfera pública para relegarlas a los tribunales, sino que “constitucionaliza el debate político”⁴¹.

Sobre las similares razones democráticas y deliberativas, Lafont justifica el control judicial supranacional. La justificación que ofrece Lafont es atractiva porque se aparta de aquellas teorías que sostienen que los tribunales internacionales cuentan con estándares de racionalidad superiores o con mayores posibilidades de emitir respuestas justas que las instituciones locales de cada país. En cambio, de acuerdo a Lafont, los tribunales supranacionales proporcionan una instancia adicional de escrutinio y diálogo frente a los reclamos sociales sobre violaciones de derechos. De esta manera, habilitar un diálogo entre instituciones transnacionales y nacionales mantiene abierta la posibilidad de impugnación legal y de debate hasta que surja una opinión asentada sobre los derechos en cuestión⁴². Dicho de otro modo, las instituciones supranacionales impiden que el diálogo se clausure de manera prematura. También así se potencia el poder comunicativo de las minorías a fin de ampliar la esfera pública más allá de las fronteras nacionales y se permite que las personas de otros países se unan al debate sobre las cuestiones controvertidas⁴³.

En suma, Lafont concibe al control judicial –nacional e internacional–, antes que como una institución alejada de la sociedad, a través de un lente centrado en la sociedad⁴⁴. Este argumento da un giro en el debate constitucional, que ha estado enfocado primordialmente en los tribunales o las instituciones y ha omitido que es la sociedad la que impugna decisiones políticas mediante acciones judiciales⁴⁵. La mirada de Lafont resulta atractiva porque se aparta de las teorías del *diálogo intrajudicial* –según la cual el diálogo debe desarrollarse al interior de los tribunales–, del *diálogo judicial* –según la cual el diálogo debe desarrollarse entre los tribunales– y del *diálogo institucional* –según la cual el diálogo debe desarrollarse entre las instituciones públicas–. De esta forma, Lafont se inclina por una promisorio *teoría del diálogo inclusivo* –según la cual el diálogo debe desarrollarse entre las instituciones públicas y la sociedad–.

3. LAS TENSIONES CON EL CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO

Sin perjuicio de las aludidas contribuciones de la teoría de Lafont, la profundización de la senda del constitucionalismo dialógico todavía exige ciertos refinamientos y profundizaciones. Tal como se argumentará aquí, la teoría

41 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 75-76, 228, 236.

42 *Ibid.*, 58-59 nota 45.

43 *Ibid.*, 70, 241-242.

44 Mansbridge, J. *A Citizen-Centered Theory*. En *Journal of Deliberative Democracy*, 16, 2, 2020, 21-22.

45 Chambers. *Citizens without Robes*, cit., 76.

bajo análisis no logra desligarse de ciertas tensiones presentes entre las tradiciones de la democracia deliberativa y el constitucionalismo.

3.1. LA GENERALIDAD Y ABSTRACCIÓN

La teoría de Lafont se mantiene en un ámbito de generalidad y abstracción que, al omitir los detalles de los diseños institucionales y permanecer aislada de las tradiciones constitucionales particulares, su plausibilidad no se encuentra libre de tensiones. Así pues, por las dos circunstancias institucionales que han de corroborarse a continuación, los tribunales no se hallan en las condiciones adecuadas para desencadenar el diálogo inclusivo según la exigencia de una concepción participativa de la democracia deliberativa.

Por un lado, la mayoría de las regulaciones de la legitimidad procesal para iniciar el control judicial de constitucionalidad y participar en los litigios de interés público suelen estar rodeadas de formalismos, tecnicismos, complejidades, elevados costos y restricciones. Esto obstaculiza el acceso a los tribunales por parte de la sociedad en procura de protección de los derechos⁴⁶. Tales dificultades procesales encuentran correlato en los requisitos que se exigen para acceder a los tribunales internacionales. Respecto de la crítica de este aspecto en la teoría de Lafont, puede profundizarse en el artículo de Gargarella en este mismo simposio. Aquí, entonces, basta con señalar que las regulaciones procesales vigentes a escala global tornan seriamente reducidas las posibilidades de que la ciudadanía recurra a los tribunales a fin de desencadenar el diálogo público.

Por otro lado, la mayoría de los tribunales del mundo adoptan un sistema de deliberación secreto o cerrado. Este sistema implica que únicamente los jueces –y en algunas jurisdicciones también sus asesores– están habilitados para entrar e intervenir en los plenos, que es donde se desarrollan las deliberaciones sobre las resoluciones de las causas sometidas a adjudicación. Como resultado, la publicidad se reduce al texto definitivo de las sentencias, con sus fundamentos y su parte dispositiva⁴⁷. Entonces, si bien la resolución tiene amplia difusión y publicidad, la discusión previa permanece oculta para la sociedad, quien no puede seguirla ni participar abiertamente en ella, así como tampoco puede acceder a los diferentes proyectos de sentencia ni a discutirlos. En este escenario cabe recordar que, para Lafont, dado que el sufragio –a diferencia de la deliberación pública– es secreto, puede dar lugar

46 Gargarella, R. *Primeros apuntes para un estudio de la legitimación (standing)*. En Gargarella, R. (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional: Democracia*. T. I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, 303-320; Bellamy, R. *The Democratic Qualities of Courts: A Critical Analysis of Three Arguments*. En *Representation*. 49(3), 2013, 341.

47 Atienza, M. *Prólogo*. En Do Vale, A. R. *La deliberación en los tribunales constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, 12, 13.

a la deferencia ciega⁴⁸; de allí, destaca que las cortes votan “si una política o estatuto viola derechos o es constitucional, y lo hacen sobre la base de una justificación jurídica razonada que debe hacerse pública y que puede utilizarse en el futuro como motivo para anular la decisión en cuestión”⁴⁹. Ahora bien, ¿por qué plantear que el sufragio secreto puede dar lugar a la deferencia ciega, mientras que la deliberación judicial secreta puede promover el diálogo social? Las tensiones del planteamiento se tornan más álgidas cuando se recuerda que en los parlamentos, en cambio, el contenido de los proyectos de ley y la discusión sobre ellos tienen carácter público. Esta crítica no implica desconocer que diversos tribunales, a menudo, han promovido genuinos diálogos inclusivos mediante audiencias públicas, *amicus curiae*, exhortos o sistemas de deliberación pública o abierta. Sin embargo, lo cierto es que casi siempre la función jurisdiccional es ejercida –y sus resultados alcanzados– en ausencia de publicidad, de rendición de cuentas, de controles exógenos y de diálogo con libre acceso por parte de la sociedad como de otras ramas de gobierno⁵⁰. De nuevo, bajo los sistemas de deliberación judicial vigentes a nivel global, los tribunales difícilmente pueden promover diálogos inclusivos.

El nivel de generalidad y abstracción teórica e ideal es recurrente en la tradición democrática deliberativa, que ha tendido a omitir el estudio detallado de sus implicaciones institucionales en el constitucionalismo –en general– y en el control judicial –en particular–. Por ello, no ha ofrecido herramientas institucionales tendientes a superar las objeciones que comenzaron a reprocharse a la judicatura con más fuerza desde la mitad del siglo xx hasta la actualidad. En palabras de Martí, “[a] pesar de la extensa literatura teórica y empírica de la democracia deliberativa, son muy escasos los estudios pormenorizados del rol deliberativo de las instituciones en general”⁵¹. Según Knight, esto ha respondido a que “el eje principal del debate se ha centrado en las concepciones abstractas de la deliberación, sin prestar mayor atención a la forma en que la democracia deliberativa puede institucionalizarse”⁵². En términos similares, Levy y Kong han advertido que este déficit obedece a que la mayoría de las discusiones al interior de la democracia deliberativa sobre el rol del constitucionalismo han quedado reducidas a las cuestiones

48 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 213.

49 *Ibid.*, 58 nota 44.

50 Tushnet, M. *New Institutional Mechanisms for Making Constitutional Law*. En Busatamante, T. y Gonçalves Fernández, B. (eds.), *Democratizing Constitutional Law*, en *Law and Philosophy Library*. 113, 2016, 180.

51 Martí, J. L. *El rol deliberativo del ombudsman en una república deliberativa*. En Escobar, G. (ed.), *Ombudsman y democracia: Actas del II Congreso Internacional del PRADPI*. Madrid: Trama, 2015, 280.

52 Knight, J. *Constitutionalism and Deliberative Democracy*. En Macedo, S. *Deliberative Politics: Essays on Democracy and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press. 1999, 159.

teóricas y generales, tales como la forma deseable de discutir y tomar decisiones políticas por parte de las élites gubernamentales⁵³.

Bajo estas circunstancias, la corriente de la democracia deliberativa no ha llegado tan lejos en la exploración sistemática de los asuntos que atañen a los diseños institucionales de las constituciones, tal como la división de poderes⁵⁴. Dicho de otro modo, no siempre ha reconocido el ingreso, la creación y la formación de la política democrática deliberativa a través del constitucionalismo⁵⁵. En suma, la fenomenal cantidad de disquisiciones sobre la democracia deliberativa no se condice con el grado de atención dedicado a la dimensión constitucional de la democracia, el cual más bien ha sido disperso.

Más específicamente, la tradición de la democracia deliberativa ha aludido a una comprensión general sobre el rol y el diseño de la revisión judicial. Aun cuando se han dedicado estudios a la cuestión, ellos han discurrido principalmente en un plano normativo o filosófico⁵⁶. Al respecto, Mendes ha resaltado que la corriente democrática deliberativa no ha abordado exhaustivamente la forma en que la revisión judicial podría mejorar su proyecto político⁵⁷. En tal sentido, Gargarella ha destacado que frente a preguntas atinentes a “¿[c]ómo se supone que es la práctica de la revisión judicial en una democracia deliberativa?” y “¿[c]uánto espacio, si es que lo hay, debe dejar una democracia deliberativa para esa práctica?”, “[l]os teóricos de la democracia no lograron ofrecer una alternativa suficientemente seductora a la revisión judicial”⁵⁸.

En efecto, si bien varias teorías pioneras, como las de Habermas, Sunstein, Nino, y Gutmann y Thompson —entre otras—, avanzaron con especulaciones promisorias para orientar el control judicial al servicio del diálogo, no llegaron demasiado lejos. De un lado, porque estos trabajos fueron un grupo excepcional y minoritario, antes que amplio y extendido⁵⁹. Del otro lado, porque sus investigaciones sobre el alcance tanto de la deliberación democrática en

53 Levy, R. y Kong, H. *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, 2018, 2.

54 Tulis advierte que “quienes estudiaron la deliberación pasaron por alto la división de poderes”. Tulis, J. *Deliberation between Institutions*. En Laslett, P. y Fishkin, J. (eds.), *Debating Deliberative Democracy*. Oxford: Blackwell, 2003, 207. Mendes coincide y señala que “[l]as teorías acerca del papel de la deliberación en la democracia por lo general no prestan demasiada atención a la división de poderes, y viceversa”. Mendes. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, cit., 169.

55 Levy y Kong. *Introduction*, cit., 2.

56 Linares, S. *Modelos de justicia constitucional y deferencia al poder legislativo*. En *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. 6, 2005, 1.

57 Mendes. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, cit., 4, 226.

58 Gargarella, R. “We the People” Outside the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances. En *Current Legal Problems*. 67(1), 2014, 16.

59 Levy y Kong. *Introduction*, cit., 2 y, especialmente, nota 2.

las constituciones como de las constituciones en la deliberación democrática resultaron inconclusas y desperdigadas⁶⁰. De allí la importancia de revisar las notables contribuciones de estos trabajos precursores y referentes a partir de un ajuste institucional.

Asimismo, el estudio de la democracia deliberativa se ha mantenido aislado de las tradiciones constitucionales particulares, pues tampoco ha abordado las posibilidades y límites de la implementación de diseños institucionales al servicio del diálogo inclusivo en contextos situados. Sin perjuicio de que la democracia deliberativa ha considerado las constituciones vigentes, no siempre las ha visto como normas heterogéneas, variadas en sus fuentes, formas y efectos, sino que ha soslayado “lo que es institucionalmente distintivo de las constituciones de cada tradición particular”⁶¹.

Como consecuencia de la limitación de la teoría deliberativa de la democracia en el análisis contextualmente ajustado de las constituciones, se han omitido, generado o agravado los problemas institucionales. En efecto, la “insuficiente reflexión teórica sobre mecanismos dialógicos” ha dado lugar a dificultades prácticas en determinados contextos, pues las autoridades públicas –en general– y la jurisdicción constitucional –en particular– han cometido errores no deseados en la aplicación de los dispositivos dialógicos⁶². Dicho de otro modo, ciertos problemas contextuales han sido el resultado –al menos, en parte– de una “ausencia de orientación teórica” para el ejercicio del poder constitucional⁶³. De allí la relevancia de inaugurar una nueva etapa de la democracia deliberativa, una relacionada con el “giro contextual”, es decir, con el ajuste de una teoría normativa a los desafíos de contextos constitucionales concretos⁶⁴.

3.2. LA “NUEVA LUZ” EN LA DISCUSIÓN TRADICIONAL

Lafont pretende “articular el argumento democrático a favor del control judicial” para “cuestionar los supuestos subyacentes al marco conceptual en el que se suele debatir la cuestión de la legitimidad de la revisión judicial y que alimentan la impresión de que, en igualdad de condiciones, *la democracia, por defecto, es contraria a la revisión judicial, como afirman sus críticos*”⁶⁵.

60 Gargarella. “*We the People*” *Outside the Constitution*, cit., 16. En tal sentido, Gargarella enfatiza que las teorizaciones de filósofos tales como Thomson, Nino o Sunstein han adelantado algunas especulaciones interesantes acerca de cómo unir la democracia deliberativa y la revisión judicial, pero sus propuestas no han llegado demasiado lejos (*ibid.*).

61 Levy y Kong. *Introduction*, cit., 1-2.

62 Gargarella. “*We the People*” *Outside the Constitution*, cit., 16.

63 *Ibid.*, 17.

64 Gargarella, R. *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, 2019, 33.

65 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 224; el resaltado es agregado.

Dicho argumento, para ella, “tiene por objeto responder a la pregunta de si una institución específica cumple alguna función democrática clave y, por lo tanto, es legítima desde el punto de vista democrático”⁶⁶.

Sin embargo, la crítica al control judicial, frente a la cual Lafont formula su propuesta alternativa se encuentra hoy en un estadio posterior y diferente al de sus comienzos. Esta etapa novedosa y renovada, en palabras de Tushnet, “nos ofrece la oportunidad de ver bajo una *nueva luz* algunos debates tradicionales”⁶⁷. Pese a sus orígenes más radicales, hoy “la crítica” predominante no afirma que la revisión judicial “es contraria a la democracia” y que, por lo tanto, debe abolirse para retornar a un *Estado Legislativo de Derecho, sistema Westminster* o *viejo sistema Commonwealth*. En cambio, lo que afirma “la crítica”, en este nuevo estadio de la discusión, es que la democracia es contraria a la revisión judicial *fuerte*. Para ilustrar esto, basta corroborar las objeciones más prominentes a la revisión judicial, tales como las de Waldron, Tushnet, Sunstein, Nino o Gargarella. Waldron, por caso, explícitamente afirma: “*My target is strong judicial review*”⁶⁸. En efecto, cuando Waldron plantea que “la revisión judicial de la legislación es un modo inapropiado de decisión *final* en una sociedad libre y democrática”⁶⁹, se refiere a la revisión judicial *fuerte*, es decir, a aquella cuya decisión autoritativa predomina sobre el parlamento. Ese tipo de revisión judicial *fuerte*, para Waldron, resulta injustificada en términos de legitimidad⁷⁰. Pero dicha crítica no es extensible a la revisión judicial *débil*. Más aun, el argumento de Waldron contra la revisión judicial fuerte ni siquiera es *incondicional*, pues considera que ella puede funcionar como antídoto frente a las patologías o características institucionales y políticas de una determinada democracia⁷¹.

Por lo tanto, incluso los trabajos críticos más tenaces, en esta nueva etapa del debate, estarían de acuerdo con el punto de partida de Lafont: “la revisión judicial cumple algunas funciones democráticas clave y, en la medida en que lo hace, debe considerarse democráticamente legítima”⁷². Con la salvedad de que, para tales trabajos críticos, dichas “funciones democráticas clave” son alcanzables, no mediante cualquier control judicial, sino mediante el control judicial *débil* o *dialógico*.

Entonces, lo promisorio de la crítica, y lo que se echa de menos en la obra de Lafont, es que, antes que suprimir la revisión judicial, considera necesario tornarla más débil o dialógica. Para “los críticos” no solo el constitucionalismo

66 *Ibid.*, 224 nota 18.

67 Tushnet, M. *Alternative Forms of Judicial Review*. En *Michigan Law Review*. 101(8), 2003, 2781; el resaltado es agregado.

68 Waldron. *The Core of the Case Against Judicial Review*, cit., 1346.

69 *Ibid.*, 1348; el resaltado es agregado.

70 *Ibid.*, 1346.

71 *Ibid.*, 1346, 1353, 1402.

72 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 224.

fuerte, sino también el constitucionalismo Westminster tiene credenciales de legitimidad democrática que resultan deficitarias, por cuanto allí la autoridad del derecho funciona en términos de exclusividad y unilateralidad, ora en manos del parlamento, ora en manos de la autoridad judicial. Dicho de otro modo, la corriente crítica no solo se aparta del modelo de supremacía judicial, sino también del modelo de supremacía parlamentaria⁷³. A diferencia de lo que ocurre en el modelo con primacía judicial, en el modelo de supremacía parlamentaria sí tiene lugar un procedimiento de toma de decisiones democrático, toda vez que es el parlamento quien tiene la última palabra autoritativa; pero allí las posibilidades de deliberación interorgánica también son reducidas, pues el parlamento es el único legitimado para garantizar la supremacía constitucional. Por lo tanto, las críticas al modelo con primacía judicial, formuladas desde una concepción democrática deliberativa, no llevan a la defensa del antiguo modelo Westminster⁷⁴.

De allí que hoy la crítica se inclina por la novedad más emblemática que el constitucionalismo ha experimentado en las últimas cuatro décadas: el *nuevo modelo constitucional Commonwealth* –también llamado *sistema constitucional dialógico*, *sistema colaborativo* o *sistema de constitucionalismo débil*–. Este modelo surge en Canadá en el año 1982 –a partir de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*–, y es replicado por dos entidades nacionales y dos entidades subnacionales: 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*– y Victoria en el año 2006 –a partir de la *Charter of Human Rights and Responsibilities Act*–. Más recientemente, este modelo se ha expandido también por fuera de la Commonwealth.

En este modelo constitucional, los tribunales tienen la potestad de controlar la constitucionalidad de la legislación –por ejemplo, Canadá– o de emitir declaraciones de incompatibilidad –por ejemplo, Reino Unido–. Sin embargo, el parlamento retiene el poder de decisión final, que puede o no ejercer. Este nuevo modelo, de manera creativa, busca morigerar las objeciones a la revisión judicial; en particular, consigue disociar la noción de supremacía constitucional de la noción de supremacía judicial. En efecto, a la autoridad judicial no se le otorgan funciones exclusivas o monológicas, sino que las ejerce complementariamente con el parlamento, al que se le reserva la última palabra autoritativa –pero, de nuevo, que puede o no ejercer⁷⁵.

73 Roach, K. *Sharpening the Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship*. En *Osgoode Hall Law Journal*. 45(1), 2007, 191.

74 Linares, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2010, 22.

75 Gardbaum, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, 2, 26-27, 68-69, *inter alia*.

La revisión judicial dialógica de este modelo constitucional fomenta la interacción deliberativa entre las ramas de gobierno sobre cuál de las interpretaciones en pugna de las normas es la correcta⁷⁶. En palabras de Gardbaum, “[u]n diálogo beneficioso entre los tribunales y el poder legislativo sustituiría el monólogo judicial del modelo americano”⁷⁷. En efecto, dado que, por lo general, en un modelo de constitucionalismo fuerte, por un lado, la reforma constitucional es muy difícil y, por el otro lado, el control o la sustitución de los integrantes de la jurisdicción constitucional mediante juicio político y designación de nuevas autoridades es una opción improbable, la respuesta legislativa frente a las decisiones judiciales se torna una alternativa ordinaria y plausible⁷⁸. Otro tanto sucede con el monólogo legislativo, pues el control judicial de constitucionalidad que se agrega al modelo Westminster igualmente promueve un diálogo interorgánico.

Por lo tanto, la corriente crítica, antes que sostener que la democracia es contraria a la revisión judicial –como presupone Lafont– o que exige una revisión judicial fuerte –como, según se verá más adelante, sostiene Lafont–, se centra en el fortalecimiento de la legitimidad de las decisiones políticas mediante interacciones institucionales, entendidas ya no solo como instancias de contrapeso recíproco, sino como colaborativas⁷⁹. En este modelo, la garantía de la supremacía constitucional se alcanza de manera más legítima, en tanto la autoridad del derecho “opera complementariamente y sobre la base de un diálogo guiado por criterios de deferencia recíprocos que ceden ante el mejor argumento”⁸⁰.

Ahora bien, el abordaje y toma de partido por el control judicial dialógico no solo se echa de menos en la teoría de Lafont, sino también –como ha de insistirse a continuación– en la tradición predominante de la democracia deliberativa. Lo que se omite, entonces, es que esta innovadora forma de revisión judicial concuerda mejor con esta tradición, pues tiende a “promover procesos de razonamiento que son fundamentales para una democracia deliberativa, y apoyar el ingreso de puntos de vista alternativos en la toma de decisiones políticas”⁸¹. En tal sentido, “es un método prometedor de protec-

76 Tushnet, M. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008, 209.

77 Gardbaum, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. En *American Journal of Comparative Law*. 4, 2001, 724.

78 Carter, S. *The Morgan ‘Power’ and the Forced Reconsideration of Constitutional Decisions*. En *University of Chicago Law Review*. 53(3), 1986, 819.

79 Young, A. *Democratic Dialogue and the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2017, 116.

80 Giuffré, C.I. *Deliberative Constitutionalism “without Shortcuts”: On the Deliberative Potential of Cristina Lafont’s Judicial Review Theory*. En *Global Constitutionalism*. 2022. DOI: 10.1017/S2045381722000211.

81 Sathanapally, A. *Beyond Disagreement: Open Remedies in Human Rights Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 57.

ción de los derechos humanos: uno que apoya la protección de los derechos humanos contra las mayorías y, al mismo tiempo, invita a las instituciones representativas a participar en una deliberación de principios sobre lo que requieren los derechos”⁸².

Contra lo dicho, cabe admitir que una visión débil del constitucionalismo no implica una concepción deliberativa en el plano de la democracia, ni una visión dialógica en el plano del constitucionalismo. En efecto, puede sostenerse una visión débil del constitucionalismo desde una visión mayoritaria de la democracia, a la vez que cabe la posibilidad de que un modelo constitucional débil vigente no opere en la práctica de forma dialógica. No obstante, un modelo constitucional débil tiene, en términos normativos, mayor potencial que uno fuerte para contribuir al diálogo inclusivo, en tanto no se limita a establecer voces privilegiadas, sino que es permeable a la fuerza de los argumentos que pueda ofrecer la sociedad o cualquier autoridad pública. A la vez, en términos descriptivos, el constitucionalismo débil puede explicarse mejor a partir de la noción de deliberación democrática.

3.3. LA JUSTIFICACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO FUERTE

Lafont pretende “articular un argumento normativo convincente a favor de la práctica del control judicial que se basa en consideraciones democráticas”⁸³. Ahora bien, según la autora, “[a] los efectos de mi argumento, *no importa qué forma institucional adopte el control constitucional, ya sea una revisión judicial débil o fuerte o una solución totalmente diferente*”⁸⁴, pues “[l]a respuesta a esa pregunta depende en gran medida de aspectos empíricos de las sociedades específicas y sus circunstancias históricas”⁸⁵.

Es cierto que resulta inapropiada la elaboración en abstracto de una única respuesta institucional, omitiendo las singularidades de cada contexto, a la

82 *Ibid.*, 60.

83 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 224.

84 *Ibid.*, 211 nota 39; el resaltado es agregado. En términos similares, insiste en que, “[i]ndependientemente de la forma institucional concreta que pueda adoptar este proceso de revisión en las distintas sociedades democráticas, es necesario un proceso sensible a las consideraciones de fondo sobre las normas, las razones y los argumentos adecuados” (*ibid.*, 211); así como también en que “el argumento a favor del derecho a la impugnación legal no aborda la cuestión de si debemos preferir formas más débiles o más fuertes de revisión judicial” (*ibid.*, 234).

85 *Ibid.*, 224. En términos similares, insiste en que “[e]l que sean preferibles formas más débiles o más fuertes de revisión judicial desde una perspectiva democrática es una pregunta empírica que puede ser respondida de diferentes maneras dependiendo de las circunstancias políticas de cada país específico” (*ibid.*, 224 nota 19), así como también en que, “[u]na vez que se determina que una institución (revisión judicial, parlamento democrático, etc.) cumple una función democrática, se abre la cuestión empírica de cómo podemos garantizar que la institución funcione como se pretende, cuál es la mejor manera de evitar cualquier posible consecuencia antidemocrática, etcétera” (*ibid.*, 224 nota 18).

cuestión atinente a la forma que debe asumir el control judicial⁸⁶. Sin embargo, la defensa normativa de la revisión judicial con independencia de su forma institucional no llega demasiado lejos en la obra de Lafont, pues acaba asociándose –aunque no de manera expresa– a un modelo constitucional fuerte. Esto se constata, principalmente, en dos tesis.

Por un lado, la inclinación por un modelo constitucional fuerte se corrobora cuando Lafont plantea que los tribunales tienen la “más alta autoridad”, pero no tienen la “autoridad final” sobre las cuestiones constitucionales, por cuanto las decisiones de los tribunales, por un lado, no pueden enmendar ni impedir la enmienda de la Constitución y, por otro lado, pueden ser revertidas por tribunales internacionales⁸⁷. Ahora bien, precisamente estas dos instancias que Lafont menciona para justificar la “autoridad más alta” de los tribunales y negar su “autoridad final” son las que dan lugar a un modelo constitucional fuerte: un sistema donde las decisiones judiciales pueden revertirse mediante las reformas constitucionales o las sentencias de tribunales internacionales. En efecto, “[l]a revisión fuerte es un sistema en el que las interpretaciones judiciales de la Constitución son definitivas y no pueden ser revisadas por las mayorías legislativas ordinarias [...] Las interpretaciones judiciales pueden ser rechazadas por las mayorías especiales requeridas para la enmienda constitucional”⁸⁸. En cambio, la característica de la revisión judicial débil radica en que “los tribunales evalúan la legislación con respecto a las normas constitucionales, pero no tienen la última palabra sobre si las leyes cumplen con esas normas”⁸⁹, pues “las mayorías legislativas ordinarias pueden desplazar las interpretaciones judiciales de la Constitución”⁹⁰.

Por otro lado, la inclinación por un modelo constitucional fuerte se corrobora cuando Lafont, a fin de analizar la legitimidad del control judicial, rechaza una perspectiva temporal “sincrónica” y, en su lugar, adopta una “diacrónica”. Según el planteamiento, la primera perspectiva es más limitada, pues se centra exclusivamente en cómo los tribunales validan o invalidan constitucionalmente una legislación en un momento específico; la segunda, en cambio, es más amplia, pues permite captar el rol de la sociedad y el parlamento con posterioridad a la sentencia judicial⁹¹. Ahora bien, precisamente la

86 Rawls. *Liberalismo político*, cit., 227, 223 nota 21.

87 *Ibid.*, 220-221. Sin perjuicio del argumento respecto de los tribunales supranacionales, es cierto que Lafont deja en claro que “el objetivo de la creación de sedes jurídicas transnacionales [...] no es establecer una autoridad final. Por el contrario, el objetivo de permitir un diálogo institucional entre las instituciones transnacionales y nacionales es mantener abierta la posibilidad de impugnación y debate hasta que surja un punto de vista establecido sobre los derechos en cuestión, y esto es lo único que puede llevar el proceso a un final adecuado” (*ibid.*, 58-59 nota 45).

88 Tushnet. *Weak Courts, Strong Rights*, cit., 33.

89 *Ibid.*, ix.

90 Tushnet. *Alternative Forms of Judicial Review*, cit., 2786.

91 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 225.

perspectiva “diacrónica” es la que se vincula con el constitucionalismo fuerte. En efecto, la diferencia entre el control judicial fuerte y el débil “se reduce a la cuestión del período dentro del cual puede responderse legislativamente a una sentencia”⁹². Mientras el control débil posibilita la respuesta a la decisión judicial o el diálogo con ella “en el corto plazo”, el control judicial fuerte solo posibilita la respuesta a la sentencia judicial o el diálogo con ella “en el largo plazo”, pues “no tiene una vía sencilla para que las personas cuyas opiniones se han pasado por alto o se han ignorado respondan a los tribunales, ni una vía sencilla para que los tribunales revisen sus decisiones”⁹³.

A partir de estas dos tesis queda claro el contrapunto: si bien Lafont, por un lado, evita la falacia del nirvana y, por el otro lado, afirma que su argumento es contingente o independiente del alcance del control judicial, (finalmente) termina decantándose por una versión fuerte. Dicho esto, es el momento de explicitar cuáles son los problemas de un constitucionalismo fuerte como este.

En primer lugar, el planteamiento relativo a que los tribunales internacionales pueden revertir las decisiones de los tribunales locales no es un argumento convincente para que estos últimos retengan la “más alta autoridad”. Al contrario, la inconsistencia del argumento relativa a que no es necesaria la defensa de la revisión judicial débil se agrava mediante la defensa de otra instancia judicial, la de nivel supranacional. Lafont pretende matizar el poder de decisión privilegiado que las cortes tienen a nivel nacional para encomendarlo a la autoridad judicial supranacional. Pero esto no justifica la “más alta autoridad” de la corte nacional, a la vez que traslada el problema de justificación al ámbito supranacional, donde las críticas a los tribunales nacionales se radicalizan y reproducen⁹⁴. En efecto, las posibilidades de discutir y, eventualmente, revertir las decisiones de los tribunales supranacionales son más reducidas, de modo tal que se produce una tensión con los dos pilares de la teoría de Lafont, la igual libertad política y el derecho a la impugnación legal de la ciudadanía. Esta crítica no desconoce que gracias a organismos supranacionales las exclusiones se mantienen abiertas y, por lo tanto, constituyen otro estadio adicional para la protección de los derechos. Dicha crítica, simplemente, pretende insistir en que dentro del ámbito nacional también hay vías institucionales para “quitarles la definitividad a las decisiones judiciales sobre derechos”⁹⁵, y que Lafont respecto de ellas –particularmente por formas débiles de revisión judicial– no toma partido.

92 Tushnet, M. *Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism*. En *Law and Philosophy*. 22(3/4), 2003, 370.

93 *Ibid.*, 266.

94 Gargarella, R. *Tribunales internacionales y democracia: enfoques deferentes o de interferencia*. En *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, 4, 2016, 2.

95 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 241.

En segundo lugar, la defensa de la “autoridad más alta” de los tribunales sobre la base de que no pueden reformar ni impedir la reforma constitucional tampoco es un argumento suficiente. Por un lado, dado que los sistemas de constitucionalismo fuerte tornan difícil y poco probable la enmienda mediante procedimientos agravados y contramayoritarios, la “autoridad más alta” de los tribunales suele devenir en “autoridad final”⁹⁶. Por otro lado, muchas constituciones suelen establecer “cotos vedados” o “contenidos indecibles” sobre los cuales las mayorías no pueden realizar enmiendas –v. gr., Italia (art. 139), Francia (art. 89) y Alemania (art. 79.3)–, lo cual lleva a que la “más alta autoridad” de los tribunales sobre esos contenidos derive en la “autoridad final”⁹⁷. Por último, la enmienda en un sistema constitucional con control judicial fuerte no matiza la “autoridad final” de los tribunales, por cuanto ellos pueden declarar inconstitucionales las enmiendas constitucionales⁹⁸.

A más de los reseñados problemas específicos de las enmiendas constitucionales y de las decisiones de los tribunales internacionales como vías para matizar la “autoridad final” de la corte nacional, hay dos problemas comunes. Por un lado, la objeción democrática deliberativa a la “más alta autoridad” judicial no desaparece en el ínterin, es decir, en el lapso de tiempo que va desde la sentencia hasta la enmienda constitucional o la decisión del tribunal internacional⁹⁹. Por otro lado, la enmienda constitucional y el control judicial internacional son procedimientos decisorios que no se hacen cargo de la justificación de la (falta de) legitimidad del proceso decisorio distinto que es el control judicial nacional¹⁰⁰, ni alcanzan para justificar su “más alta autoridad”.

Todo esto, de nuevo, pone de manifiesto una inconsistencia en la teoría de Lafont. Pese a que en el plano de la democracia suscribe una concepción deliberativa, en el plano del constitucionalismo termina inclinándose por una concepción fuerte. Esto da lugar a una perplejidad: su concepción constitucional no resulta consistente con las exigencias de su concepción democrática¹⁰¹. En efecto, tras el *giro sistémico* de la democracia deliberativa no es admisible la premisa atinente a que la corte es un lugar ideal donde se cumplen las condiciones de la deliberación y, correlativamente, donde debe depositarse una voz privilegiada –o la “máxima autoridad”– sobre la determinación de los significados constitucionales¹⁰². Por supuesto que cierto tipo de revisión

96 Bayón. *Democracia y derechos*, cit., 291 nota 15.

97 *Ibid.*, 311.

98 El propio Rawls –que hace la distinción entre “más alta autoridad” y “autoridad final” (Rawls. *Liberalismo político*, cit., 220) adoptada por Lafont– argumenta a favor de la revisión e invalidación judicial de las enmiendas constitucionales. Cfr. Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 226-228.

99 Bayón. *Democracia y derechos*, cit., 291 nota 14.

100 Waldron. *The Core of the Case Against Judicial Review*, cit., 1393.

101 Giuffré, C. I. *Deliberative Constitutionalism “without Shortcuts”*, cit.

102 Bello Hutt, D. *Deliberation and Courts: The Role of the Judiciary in a Deliberative System*. En *Theoria*. 64(3), 2017, 77-78.

judicial puede justificarse desde una concepción deliberativa de la democracia, particularmente a partir de sus contribuciones al diálogo inclusivo; pero ello no implica conceder a la revisión judicial un lugar especial frente a la sociedad u otras instituciones públicas, sino que exige rechazar dicho tratamiento privilegiado y su autoridad final¹⁰³. Formulado de otro modo, es inconsistente con la democracia deliberativa plantear que las contribuciones del constitucionalismo al discurso público pueden alcanzarse mediante un control judicial que retiene una voz suprema y, aunque este no es el caso de Lafont, mediante una Constitución cuyo procedimiento de reforma es rígido y contramayoritario.

Este desajuste tampoco es novedoso en la tradición de la democracia deliberativa, pues muchos trabajos que han suscrito una concepción deliberativa en el plano de la democracia, mantienen una concepción fuerte en el plano del constitucionalismo –v. gr., Rawls, Dworkin, Alexy–. En este sentido, Dryzek ha advertido que “[e]l giro deliberativo en la democracia promete un enfoque renovado”, “[p]ero esa promesa no se cumplirá mientras la democracia deliberativa siga confinada al [...] constitucionalismo liberal [fuerte]”, cuya “asimilación completa” “es indeseable”¹⁰⁴. En sentido similar, Sathanapally ha planteado que las objeciones al control judicial han tenido “escasa resonancia” en las teorías deliberativas de la democracia¹⁰⁵. En sus palabras, los enfoques “demócratas deliberativos se han mostrado generalmente optimistas respecto a la revisión judicial fuerte, o la han apoyado abiertamente”¹⁰⁶. En consecuencia, aun cuando muchas teorías constitucionales han tomado en consideración el giro deliberativo de la democracia, lo cierto es que no han logrado librarse de las objeciones al control judicial a la luz del principio de discusión inclusiva.

En suma, bajo las circunstancias señaladas, los tribunales, antes que “iniciar” o desencadenar el diálogo público, pueden cerrarlo o entablar uno que resulta poco atractivo. De allí que el desafío consiste en dar paso a una teoría que articule una concepción deliberativa de la democracia con una concepción dialógica del constitucionalismo y del control judicial. Así podrían mitigarse problemas como los expuestos. Afortunadamente, una democracia deliberativa “sin atajos” tan promisorio como la que ofrece Lafont no necesita la tesis de la máxima autoridad judicial¹⁰⁷ y nos ofrece herramientas frente a dicho desafío.

103 *Ibid.*, 78, 88.

104 Dryzek, J. *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*. Oxford: Oxford University Press, 175, 6, 19, 28.

105 Sathanapally. *Beyond Disagreement*, cit., 60.

106 *Ibid.*, 60.

107 Giuffré, C. I. *Democracia sin atajos (a propósito de Cristina Lafont, “Democracia sin atajos. Una concepción participativa de la democracia deliberativa”)*. En *Diritto & Questioni pubbliche*. xxii(1), 2022, 257.

3.4. LA LIMITACIÓN DE LA AGENDA DELIBERATIVA ORDINARIA

Si, según la perspectiva “diacrónica” de Lafont, las vías para matizar la “autoridad final” de la corte son las enmiendas constitucionales y las decisiones de los tribunales internacionales, entonces los momentos en los cuales puede abrirse el diálogo son reducidos. Dicho de otro modo, la apelación a diálogos constitucionales en momentos extraordinarios o excepcionales, tales como los dos aludidos, implica una restricción de la agenda deliberativa ordinaria.

Tampoco es novedosa la restricción de la agenda deliberativa en lo atinente a los momentos o los temas que deben abrirse al diálogo, sino que ha estado presente en la tradición de la democracia deliberativa. Ackerman, por ejemplo, ha planteado que la Constitución norteamericana no entroniza un modelo de toma de decisiones “monista” –aquel que prioriza a la autoridad democrática¹⁰⁸, ni “fundamentalista” –aquel que prioriza los derechos¹⁰⁹. Para él, la Constitución establece un “modelo dualista”, en el cual hay decisiones que toma el pueblo cuando se “pone de pie” y decisiones que toman los representantes políticos en nombre del pueblo¹¹⁰. La primera expresión de la democracia, esto es, la “política constitucional”, ocurre excepcionalmente y bajo condiciones especiales de deliberación¹¹¹; la segunda, esto es, la “política ordinaria”, acontece con frecuencia¹¹². A partir de esta distinción, Ackerman pretende diluir la tensión entre derechos y democracia¹¹³, pues, dado el valor de las decisiones constitucionales –por ejemplo, las orientadas a establecer derechos– que son el resultado de extendidos acuerdos democráticos, es que deben resguardarse de las decisiones ordinarias. Los derechos han de resguardarse porque son precisamente el resultado de la democracia. De este modo, Ackerman también justifica el rol de la revisión judicial: su cometido es preservar las decisiones que el pueblo toma en momentos extraordinarios frente a las decisiones cotidianas que adoptan sus representantes políticos.

La teoría de Ackerman es retomada, con matices, por Rawls, quien ha coincidido con que “la democracia constitucional es dualista”, en tanto entraña “el poder constituyente” y “el poder ordinario”, es decir, “la ley más alta del pueblo” y “la ley ordinaria de los cuerpos legislativos”¹¹⁴. En ese marco, el filósofo liberal ha sostenido que la deliberación guiada por la razón

108 Ackerman, J. *We the People: Foundations*. Vol. I. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991, 7-10.

109 *Ibid.*, 10-16.

110 *Ibid.*, 6-7.

111 *Ibid.*, 266-294.

112 *Ibid.*, 230-265.

113 Ackerman, J. y Rosenkrantz, C. *Tres concepciones de la democracia constitucional*. En *Cuadernos y Debates. Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Investigación Colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires, 29. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 25.

114 Rawls. *Liberalismo político*, cit., 222.

pública es la vía para tomar decisiones que atañen, antes que a los asuntos de gobierno ordinario, a los “elementos constitucionales esenciales”, es decir, a aquellas cuestiones vinculadas –por un lado– con la estructura del poder y el proceso político y –por otro lado– con los derechos y libertades básicas de la ciudadanía¹¹⁵. Dicho de otro modo, Rawls ha sostenido que “la Suprema Corte encaja dentro de esta idea de la democracia constitucional dualista como uno de los recursos institucionales para proteger a la ley más alta”¹¹⁶.

Ahora bien, Benhabib ha puesto en tela de juicio el alcance limitado de la agenda pública en Rawls, en tanto restringe la conversación y la razón pública a los “elementos constitucionales esenciales” o a cuestiones de “justicia básica”¹¹⁷. En la misma línea, Gargarella ha explicitado diversas dificultades de la teoría de Ackerman: primero, la distinción entre dos únicos niveles de decisiones democráticas omite múltiples matices y grados; segundo, no explica por qué la jurisdicción constitucional sería la mejor posicionada para diferenciar entre ambos niveles; tercero, tampoco justifica por qué ella debería encargarse de proteger las “decisiones extraordinarias” del pasado frente a las “decisiones ordinarias” del presente; cuarto, se limita a aceptar la falta de participación de la ciudadanía como una actitud autónoma, cuando lo que parece es que la falta de participación obedece a la ausencia de canales institucionales conducentes a tal fin o a las carencias del sistema de frenos y contrapesos para arrojar decisiones que gocen de acuerdos profundos; quinto, aun cuando la retirada del pueblo fuera una decisión autónoma, más bien debería alentarse la participación a fin de dotar de mayor legitimidad a las decisiones políticas¹¹⁸. En términos similares, Dryzek también ha puesto en tela de juicio la restringida agenda deliberativa de Rawls y Ackerman, por cuanto sostienen que “la capacidad de deliberar es un recurso escaso” y que “razones de economía dictan que la mayoría de los temas y ocasiones no pueden ni deben recibir este tipo de tratamiento”¹¹⁹.

Ideas como las de Ackerman y Rawls son retomadas por Lafont. Así pues, en términos temporales, Chambers advierte un dualismo similar al de Ackerman, pues, aunque Lafont concibe como un proceso continuo y cotidiano a la política o agenda constitucional, esta parece separada de la política ordinaria y más vinculada a las transformaciones que genera a largo plazo –años, décadas, siglos–. Sin embargo, “la democracia deliberativa tiene

115 *Ibid.*, 217.

116 *Ibid.*, 222.

117 Benhabib S. *Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy*. En Benhabib, S. (ed.), *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton: Princeton University Press, 1996, 74-77.

118 Gargarella, R. *El constitucionalismo según John Rawls*. En *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. 7(14), 2005, 17-24 y Gargarella (2011: 158-165).

119 Dryzek, J. *Deliberative Democracy and Beyond*, cit., 14.

mucho que decir sobre la política cotidiana”¹²⁰. En términos de contenido, Chambers advierte que la agenda deliberativa resulta limitada a las cuestiones constitucionales, pues para Lafont la razón pública opera bajo el marco constitucional, es decir, la ciudadanía debe deliberar sobre sus preferencias con referencia a las normas constitucionales vigentes¹²¹.

Entonces, pese a su pretensión de amplitud, la perspectiva “diacrónica” de Lafont apela a diálogos constitucionales en momentos extraordinarios o excepcionales y a largo plazo. Sin embargo, la democracia deliberativa ofrece y demanda mucho más de la agenda política diaria. A modo de ejemplo, cabe insistir en que el modelo constitucional débil, en sintonía con la democracia deliberativa, es más favorable al diálogo ordinario o cotidiano, pues la corte no tiene la “más alta autoridad” y el parlamento puede responder a sus sentencias sin necesidad de recurrir a las reformas constitucionales, ni a los tribunales internacionales –aunque no hay ningún óbice para que ambas alternativas también tengan cabida–.

En suma, pese a que algunas teorías deliberativas de la democracia han apelado al diálogo constitucional, lo han limitado a cuestiones especiales o momentos extraordinarios. De allí la importancia de ampliar la agenda deliberativa tanto en su contenido como en su frecuencia.

CONCLUSIONES

La democracia deliberativa propone un exigente procedimiento de toma de decisiones públicas: mientras más inclusivo y dialógico sea el procedimiento, mayor será la legitimidad y la imparcialidad de las decisiones públicas. La influencia y el potencial de esta propuesta democrática han sido tales que, en el constitucionalismo, la noción de diálogo se ha tornado hoy en un lugar central y recurrente. Pese a las contribuciones de la ola deliberativa de la democracia para dar lugar a un constitucionalismo al servicio del diálogo inclusivo, todavía se advierten límites en la articulación de los arreglos y prácticas institucionales de las constituciones –particularmente del control judicial– con las premisas de la democracia deliberativa. Allí, entonces, radican los desafíos hacia los cuales tendría que orientarse el constitucionalismo dialógico.

En esta senda de la democracia deliberativa y el constitucionalismo dialógico emerge el extraordinario libro de Lafont. Al respecto, aquí se argumentó que su teoría ofrece un promisorio giro sobre muchas cuestiones relevantes de ambas corrientes. Sin embargo, aquí también se argumentó que el paso “sin atajos” desde la democracia deliberativa hacia un constitucionalismo dialógico todavía exige algunas ampliaciones y retoques.

120 Chambers. *Citizens without Robes*, cit., 79.

121 *Ibid.*, 76-79.

REFERENCIAS

- Ackerman, J. *We the People: Foundations*. Vol. I. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.
- Ackerman, J. y Rosenkrantz, C. *Tres concepciones de la democracia constitucional*. En *Cuadernos y Debates. Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Investigación Colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires, 29. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 15-31.
- Alexy, R. *Balancing, Constitutional Review, and Representation*. En *International Journal of Constitutional Law*. 3(4), 2005, 572-581.
- Atienza, M. *Prólogo*. En Do Vale, A. R. *La deliberación en los tribunales constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, 11-16.
- Bayón, J. C. *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*. En Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, 285-355.
- Bellamy, R. *The Democratic Qualities of Courts: A Critical Analysis of Three Arguments*. En *Representation*. 49(3), 2013, 333-346.
- Bello Hutt, D. *Deliberation and Courts: The Role of the Judiciary in a Deliberative System*. En *Theoria*. 64(3), 2017, 77-103.
- Benhabib S. *Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy*. En Benhabib, S. (ed.), *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton: Princeton University Press, 1996, 67-94.
- Carter, S. *The Morgan 'Power' and the Forced Reconsideration of Constitutional Decisions*. En *University of Chicago Law Review*. 53(3), 1986, 819-863.
- Chambers, S. *Citizens without Robes: On the Deliberative Potential of Everyday Politics*. En *Journal of Deliberative Democracy*. 16(2), 2020, 73-80.
- Dryzek, J. *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- Dworkin, R. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- Dworkin, R. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2012.
- Fredman, S. *From Dialogue to Deliberation: Human Rights Adjudication and Prisoners' Rights to Vote*. En Hunt, M.; Hooper, H. J. y Yowell, P. (eds.), *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*. London: Hart, 2015, 447-468.
- Gardbaum, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. En *American Journal of Comparative Law*. 4, 2001, 707-760.
- Gardbaum, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

- Gargarella, R. *El constitucionalismo según John Rawls*. En *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. 7(14), 2005, 16-32.
- Gargarella, R. *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, 2019, 17-36.
- Gargarella, R. *Primeros apuntes para un estudio de la legitimación (standing)*. En Gargarella, R. (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional: Democracia*. T. 1. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, 303-320.
- Gargarella, R. *Tribunales internacionales y democracia: enfoques deferentes o de interferencia*. En *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*. 4, 2016, 1-17.
- Gargarella, R. “We the People” Outside the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances. En *Current Legal Problems*. 67(1), 2014, 1-47.
- Giuffré, C. I. *Deliberative Constitutionalism “without Shortcuts”: On the Deliberative Potential of Cristina Lafont’s Judicial Review Theory*. En *Global Constitutionalism*. 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S2045381722000211>
- Giuffré, C. I. *Democracia sin atajos (a proposito di Cristina Lafont, “Democracia sin atajos. Una concepción participativa de la democracia deliberativa”)*. En *Diritto & Questioni Pubbliche*. xxii(1), 2022, 253-257.
- Gutmann, A. y Thompson, D. *Democracy and Disagreement*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- Habermas, J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4.^a ed. Madrid: Trotta, 2008.
- Knight, J. *Constitutionalism and Deliberative Democracy*. En Macedo, S. *Deliberative Politics: Essays on Democracy and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, 159-169.
- Lafont, C. *Democracy without Shortcuts: A Participatory Conception of Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Levy, R. y Kong, H. *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, 2018, 1-13.
- Linares, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Linares, S. *Modelos de justicia constitucional y deferencia al poder legislativo*. En *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. 6, 2005, 1-74.
- Mansbridge, J. *A Citizen-Centered Theory*. En *Journal of Deliberative Democracy*. 16(2), 2020, 15-24.

- Martí, J. L. *El rol deliberativo del ombudsman en una república deliberativa*. En Escobar, G. (ed.), *Ombudsman y democracia: Actas del II Congreso Internacional del PRADPI*. Madrid: Trama, 2015, 270-290.
- Martí, J. L. *Is Constitutional Rigidity the Problem: Democratic Legitimacy and the Last Word*. En *Ratio Juris*. 27(4), 2014, 550-558.
- Mendes, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Pettit, P. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- Rawls, J. *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Roach, K. *Sharpening the Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship*. En *Osgoode Hall Law Journal*. 45(1), 2007, 169-191.
- Roach, K. *The Varied Roles of Courts and Legislatures in Rights Protection*. En Hunt, M.; Hooper, H. J. y Yowell, P. (eds.), *Parliaments and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*. Oxford - Portland: Hart, 2015, 405-421.
- Sathanapally, A. *Beyond Disagreement: Open Remedies in Human Rights Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Tulis, J. *Deliberation between Institutions*. En Laslett, P. y Fishkin, J. (eds.), *Debating Deliberative Democracy*. Oxford: Blackwell, 2003, 200-211.
- Tushnet, M. *Alternative Forms of Judicial Review*. En *Michigan Law Review*. 101(8), 2003, 2781-2802.
- Tushnet, M. *Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism*. En *Law and Philosophy*. 22(3/4), 2003, 353-379.
- Tushnet, M. *New Institutional Mechanisms for Making Constitutional Law*. En Bustamante, T. y Gonçalves Fernández, B. (eds.), *Democratizing Constitutional Law*. Law and Philosophy Library, 113, 2016, 167-183.
- Tushnet, M. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- Vilajosana, J. M. *Precondiciones para el análisis del conflicto entre Tribunal Constitucional y Parlamento*. En *Isonomía*. 36, 2012, 89-116.
- Waldron, J. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*. En *Oxford Journal of Legal Studies*. 13, 1993, 18-51.
- Waldron, J. *The Core of the Case against Judicial Review*. En *Yale Law Journal*. 115, 2006, 1346-1406.
- Young, A. *Democratic Dialogue and the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2017.