

SOBRE EL EJERCICIO DEMOCRÁTICO DEL CONTROL JUDICIAL DE LAS LEYES*

Sebastián Linares**

Resumen

Se discuten seis teorías sobre el «ejercicio democrático» del control judicial de las leyes: el originalismo, la lectura moral, el textualismo, el minimalismo judicial, la teoría del refuerzo a la representación y una versión de la teoría deliberativa de la democracia. Se expone la conveniencia de apreciar el debate entre las distintas teorías como un debate sobre la autoridad final en un sistema político, antes que un debate sobre la justificación de un modelo robusto de justicia constitucional. La aceptación de este modelo está condicionada a que los jueces estuvieran guiados por el ideal de la democracia deliberativa. Como hay buenas razones para pensar que los jueces no actuaran guiados por ese ideal, se concluye que la autoridad final en un sistema político debe siempre recaer en el Congreso.

Abstract

Six theories of the democratic legitimacy of judicial review are entertain: originalism, moral lecture, textualism, judicial minimalism, the reinforcement theory of representation and a particular theory of deliberative democracy. The debate among theories is best seen as a debate of the final authority in a political system vis-à-vis a debate on the justification of a robust model of constitutional review. The acceptance of a robust model is underpin on the assumption that judges will review law guided by the ideal of deliberative democracy. However, there are good reasons to think that judges will not guide their resolutions by said ideal, thus, the final authority of a political system must always be the Congress.

* Este artículo se enmarca dentro del proyecto de investigación: «La política de reformas de tercera generación en América Latina. Sistema judicial y administración pública en perspectiva comparada», dirigido por Pilar Domingo (SEJ2004-08149-CO2-O2).

** Universidad de Salamanca.

1. Introducción

En este trabajo desarrollaré seis teorías sobre el “ejercicio democrático” del control judicial de las leyes: el originalismo, la lectura moral, el textualismo, el minimalismo judicial, la teoría del refuerzo a la representación y, finalmente, una versión de la teoría deliberativa de la democracia, que voy a defender como correcta.

Antes de comenzar, hay que decir que el debate sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes parte de dos reconocimientos: por un lado, del carácter controvertido de la interpretación constitucional y de las bases de la adjudicación judicial; y por el otro, del reconocimiento de que las leyes sancionadas por el Congreso están revestidas de una autoridad especial, fruto de las credenciales democráticas del procedimiento legislativo.

No tengo mucho espacio para tratar ambas cuestiones. Bastará con decir que la doctrina ha elucidado distintas situaciones que desbaratan la idea tradicional que concibe la tarea de adjudicación constitucional como una función destinada sólo a “aplicar” el derecho. Sucede, en realidad, que el texto constitucional está plagado de preceptos vagos y ambiguos, conceptos esencialmente controvertidos (Gallie, 1956)¹, y principios de contenido moral que tienden a colisionar entre sí en situaciones concretas (véase Moreso, 2003, Alexy, 2005a). Dado que existen indeterminaciones jurídicas, aparecen en escena distintas teorías de la interpretación y argumentación constitucional.

En cuanto a lo segundo, puede decirse que las leyes aprobadas por el Congreso revisten una autoridad especial por dos razones: por un lado, porque el procedimiento legislativo respeta, del mejor modo posible, el derecho de participación ciudadana en pie de igualdad (Waldron, 1999) y, por el otro, por que hay buenas razones para otorgarle a las deliberaciones legislativas un valor epistémico (Nino, 1992:203-204). Esto significa que el juez debe ejercer su función con suma cautela, bajo la presunción *prima facie* de que las leyes tienen valor epistémico y de que constituye una ofensa al sentido de igual dignidad de las personas

¹ Los conceptos “esencialmente controvertidos” se distinguen de los conceptos *vagos* en que en los primeros el objeto de la controversia abarca el *significado* troncal del concepto, esto es, la disputa es sobre los casos nucleares y no sólo sobre algunos casos borrosos o difíciles. Las personas no discuten en los márgenes, sino sobre la esencia misma del precepto (véase Waldron, 1994, 2002).

el hecho de que una ley aprobada democráticamente sea invalidada por un grupo reducido de jueces no electos.

2. El originalismo

El “originalismo” es uno de los primeros métodos interpretativos propuestos para fundar una teoría del ejercicio democrático del control judicial de las leyes. De acuerdo con esta teoría, la constitución debe interpretarse a la luz de las intenciones originales de quienes redactaron la constitución².

La estrategia originalista sostiene que el juez, frente a una ley de dudosa constitucionalidad, no está obligado a practicar una conducta de deferencia con el Legislativo. Porque si sucede que puede despejar las dudas indagando las intenciones de los “artífices” de la constitución, entonces puede legítimamente hacer uso de la revisión judicial. Los jueces no estarían creando el derecho, o imponiendo sus convicciones morales, sino simplemente haciendo respetar la voluntad popular. Por deducción, allí donde el “*original intent*” no ofrezca una respuesta clara, el juez debería autorrestringirse y respetar la decisión del Legislativo (Bork, 1990).

Son muchas las críticas que se le pueden hacer al originalismo. La primera está relacionada con la denominada “objeción intertemporal”: ¿por qué las generaciones futuras han de estar obligadas por las intenciones de las generaciones pasadas? Admitir que los preceptos vagos o ambiguos de la constitución deban interpretarse según las intenciones de una generación precedente, sería admitir el *gobierno de los muertos sobre los vivos*. Sería negar a la generación presente su derecho pleno a interpretar una constitución que deja muchas preguntas abiertas.

La segunda crítica cuestiona la eficacia del originalismo como método de interpretación. El problema es que normalmente subyacen múltiples intenciones específicas detrás de un texto jurídico. Si entendiéramos la constitución o la legislación en términos hobbesianos (es decir, como el producto de “un” legislador), entonces podríamos adoptar sus

² Algunos autores sugieren que James Madison y Alexander Hamilton fueron partidarios de este método, pero fue indiscutiblemente James Wilson, un activo participante de la convención constituyente de los Estados Unidos, el primer claro exponente de la estrategia originalista (véase Gargarella, 1996: 61).

intenciones como punto de partida para interpretar las normas. Pero sucede que las constituciones y las leyes son producidas por las deliberaciones de populosas asambleas, cuya pretensión de autoridad consiste en su capacidad para integrar una diversidad de propósitos, intereses y objetivos entre sus miembros. Imaginemos que tres legisladores deben aprobar una *Ley de vehículos en el parque*. Todos están de acuerdo en prohibir la entrada de vehículos en los parques públicos, pero discrepan sobre tres cuestiones específicas: si permitir el acceso a las bicicletas, si permitir la entrada de ambulancias, y si incluir a todos los parques públicos o dejar fuera de la ley a los parques municipales. Ponemos que someten a votación estas cuestiones:

Tabla 1. Dilemas del originalismo

	Permitir la entrada a bicicletas	Permitir la entrada a ambulancias	La ley se aplica a parques municipales
Legislador 1	Sí	No	Sí
Legislador 2	Sí	Sí	No
Legislador 3	No	Sí	Sí
Votación Si	2	2	2
No	1	1	1

Fuente: Elaboración propia en base a Waldron (1999: 149-151).

El texto aprobado es el siguiente: “*Con la excepción de bicicletas y ambulancias, no se permitirá el ingreso de ningún vehículo en los parques estatales y municipales*”. Ahora comparemos el texto con las “intenciones” de cada legislador particular: nos daremos cuenta que *ninguno* de los legisladores quiso aprobar ese texto. ¿Puede el texto ser considerado resultado de las intenciones de alguien?

Esta disociación entre las intenciones y el texto resultante se agrava cuando en los argumentos que respaldan la aprobación de una ley se barajan proposiciones lógicamente interconectadas. Decimos que las

proposiciones están lógicamente interconectadas cuando a una conclusión se llega “sí y sólo si” si se verifican dos o más premisas. Se ha demostrado que si en una deliberación los participantes esgrimen premisas lógicamente interconectadas, entonces las asambleas –constituyentes y legislativas– son susceptibles de incurrir en un “dilema discursivo” (véase Pettit, 2001; 2003). Pongamos que una asamblea se enfrenta a dos alternativas de decisión: si abolir la pena de muerte o autorizarla sólo para los homicidios dolosos. Supongamos que tenemos tres diputados. El primero defiende la prohibición absoluta de la pena de muerte, sobre la base de dos premisas: la primera, que la vida de las personas es igualmente valiosa “*con independencia del uso que hayan hecho de ella, de sus contribuciones a la colectividad o su indiferencia hacia ésta, o si ha sido un buen ciudadano o malo*” (Nino, 1992: 221-224). La segunda premisa es empírica, y defiende que la pena de muerte no tiene efectos preventivos, es decir, que su imposición no trae como consecuencia la disminución de los homicidios. Para este primer legislador, por lo tanto, la pena de muerte no tiene justificación alguna.

El segundo diputado defiende la primera de las premisas (es decir, que la vida es moralmente neutral), pero en cambio sostiene que la pena de muerte tiene efectos preventivos, y acredita que por cada ejecución capital se evitan dieciocho homicidios (véase Sunstein y Vermeule, 2005). Esta segunda premisa transforma la cuestión justificativa, porque ahora estaríamos frente a un *trade-off* entre el derecho a la vida de una persona (el condenado) y el derecho a la vida de otras (las vidas que se evitan con la ejecución capital). En consecuencia, para este legislador ya no opera el argumento de la neutralidad de la vida y, por lo tanto, se justifica la pena de muerte.

Finalmente, un tercer diputado aprueba la tesis de que la pena capital no tiene efectos preventivos, pero en cambio se adhiere a una tesis “retributiva” de la pena, según la cual es justo que aquel que ha provocado un mal sufra otro mal de entidad equivalente. Para este legislador la pena de muerte es justificable porque para él la vida no tiene un valor moral neutral: aquel que ha quitado la vida de una persona debe recibir a cambio el mismo mal, independientemente de los efectos preventivos que la pena capital ocasione. Tenemos entonces el siguiente esquema:

Tabla 2. Dilema discursivo

	Premisa 1	Premisa 2	Resultado
	¿Valor moral neutral de la vida?	¿Efectos preventivos?	¿Prohibir pena de muerte?
A	Sí	No	Sí
B	Sí	Sí	No
C	No	No	No
Mayoría	Sí	No	No

Fuente: Elaboración propia.

El dilema surge cuando consideramos que la prohibición de la pena de muerte depende de la aceptación *sí y sólo si* de dos premisas: el valor moral neutral de la vida y la negación de los efectos preventivos de la pena. Si al menos una de esas premisas falla, entonces cabe justificar la pena capital. Pues bien, en el ejemplo veremos que las premisas que justifican la abolición de la pena de muerte son aceptadas por la mayoría de las personas (así, dos de cada tres personas aceptaron el valor moral neutral de la vida “y” la negación de los efectos preventivos). Sin embargo, observaremos que el resultado mayoritario es el de “autorizar la pena de muerte”. Este es un dilema democrático: la mayoría de las personas convalida la pena de muerte pero acepta las premisas que justifican su abolición. Esto no sólo significa que se llega a una decisión a partir de *juicios incoherentes* entre sí, sino que, si existiese un método por el cual el principio de la mayoría se aplicara a las premisas y no a las conclusiones, tendríamos un resultado completamente distinto.

El dilema tiene colosales implicaciones respecto del originalismo como método apropiado para la interpretación: detrás del texto constitucional no sólo no existe “una” intención, sino que cabría argumentar que la intención de la *mayoría* de los constituyentes puede ser lógicamente inconsistente con los resultados aprobados por la misma mayoría. ¿Qué intención elegir, entonces: la intención basada en las premisas, o la intención basada en los resultados? Si el dilema discursivo es una posibilidad siempre latente, entonces el recurso a las intenciones de los constituyentes no sólo no cancela la vaguedad, sino que amena-

za con socavar la misma base (el texto) que dio origen a la búsqueda de las intenciones originales.

3. La lectura moral de la Constitución: Dworkin

Ronald Dworkin ha articulado una teoría de la adjudicación judicial alternativa al originalismo, una propuesta que confía en la argumentación moral y filosófica como base para la adjudicación judicial. Dworkin llama a su estrategia la “lectura moral de la Constitución”. Esa estrategia exhorta a que los jueces a que se aparten de las intenciones “originales”, y que lean la Constitución como un documento que fija los principios morales fundamentales de justicia en una sociedad (Dworkin, 2004: 106).

Según Dworkin, la tarea de la adjudicación judicial ha de estar gobernada por la virtud de la “integridad”, entendida como el compromiso de resolver los casos de manera consistente con las decisiones pasadas, de tratar los casos semejantes de manera semejante, y de fundar las decisiones en los principios de moralidad política plasmados en la Constitución³. Se trata por otra parte de una estrategia que procura fundar una práctica judicial *coherente*. Así, una serie de decisiones es coherente si puede subsumirse bajo un cuerpo de principios generales o valores que, a su vez, resulten aceptables por todos en condiciones ideales de imparcialidad. El valor de la seguridad en el tráfico, por ejemplo, se corresponde con el principio de que la vida humana no debe ser puesta en peligro indebidamente. Una ley que fijara una velocidad máxima de 80 km/h para los coches “amarillos”, y autorizara a los demás a circular hasta 120 km/h, no sería coherente, pues el color no parece que tenga nada que ver con los principios o valores que debe perseguir la regulación del tráfico rodado.

La integridad es la respuesta al hecho de que existen varias decisiones vigentes en una sociedad que, debido a que provienen de distintas fuentes y concepciones filosóficas distintas, no son coherentes unas

³ Dworkin intenta describir esta manera de entender la adjudicación judicial dando vida al personaje de “Hércules”, un juez que tiene la misión de encontrar en cada caso difícil los principios que justifiquen de la mejor manera la solución del mismo. Dworkin construye, así, el modelo de un juez filósofo, que debe acudir a alguna “*teoría política general para resolver problemas controvertibles de derechos*”, enriqueciendo esta teoría “*refiriéndose alternativamente a la filosofía política y a los detalles institucionales*” (Dworkin, 1984: 177 y 179).

con otras. Pero esta constatación no debe desanimar al juez. El juez debe esforzarse por presentar el cuerpo de leyes de la sociedad *como si* éste fuese coherente, *como si* éste reflejara una concepción única sobre la justicia. El principio de integridad demanda entonces a los legisladores a que construyan un sistema de leyes moralmente coherente, y reclama que los jueces velen por la coherencia de las leyes que aplican. La integridad, sostiene Dworkin, no sería un ideal si la vida real no necesitase de principios de justicia. La integridad es más bien la respuesta a la variedad y disonancia de concepciones de justicia dentro de una sociedad.

¿Cuáles son los méritos democráticos de esta posición? Cabe aventurar dos respuestas. La primera es trivial, y dice así: la noción de democracia incluye –además de procedimientos legítimos– un compromiso con ciertos valores, fundamentalmente con el principio de que toda persona tiene derecho a ser tratado con igual consideración y respeto. Ese principio se desgrana en muchos principios constitucionales. En consecuencia, los jueces no actúan fuera del marco democrático cuando invalidan una norma legal con el argumento de que atenta contra algún principio constitucional. El problema de este argumento radica en que en las democracias modernas los principios constitucionales suelen estar formulados en términos abstractos y siempre existe un terreno incierto en el que está en discusión qué derechos tenemos y qué alcances tienen estos derechos. En consecuencia, no parece nada democrático que sea un juez el que “cierre” el orden jurídico en estas cuestiones controvertidas.

La segunda respuesta aparece cuando contrastamos el pensamiento dworkiniano con el “dilema discursivo” (Pettit, 2001; 2003). Esta respuesta diría así. Las deliberaciones en las asambleas son susceptibles de incurrir en un “dilema discursivo”. Este es un dilema democrático: o aceptamos los resultados aprobados por la mayoría, o aceptamos en cambio los resultados *que son justificados por las premisas aceptadas por la mayoría*. O admitimos que la autorización de la pena de muerte es la expresión de la voluntad popular, o admitimos que la expresión “coherente” del pensamiento de la “mayoría legislativa” no justifica la pena de muerte. Me atrevo a decir que, frente a este dilema, Dworkin se inclinaría por la segunda alternativa. Los jueces tendrían la misión

de asegurar la coherencia “justificativa” del pensamiento de las mayorías legislativas⁴.

Esta línea argumental parece atractiva, pero fracasa para justificar los méritos democráticos de la estrategia dworkiniana. Primero, porque los tribunales colegiados (i.e. Cortes Supremas) tropiezan con los mismos “dilemas discursivos”. De hecho, la misma idea del “dilema discursivo” nace de estudios aplicados al razonamiento judicial⁵. Por otra parte, la estructura típica de la argumentación judicial nunca se preocupa por examinar si estamos ante un dilema discursivo: pocas veces investigan las premisas justificativas involucradas en las deliberaciones parlamentarias, y nunca examinan el apoyo numérico que esas premisas merecieron. Además, no es realista esperar que los jueces vayan a examinar la existencia de esos dilemas, porque la realidad es más compleja que el estilizado ejemplo de la pena de muerte. En los debates parlamentarios suelen estar comprometidos múltiples argumentos normativos, fácticos y técnicos, y el apoyo numérico que éstos merecen es difícil de determinar.

4. El textualismo

La tercera estrategia que se ha propuesto para fundar una teoría del ejercicio democrático del control judicial de las leyes es el “textualismo”. La corriente textualista sostiene que sólo el texto de la constitución y de las leyes debe servir como fuente de interpretación. El juez no debe buscar las oscuras intenciones de quienes redactaron la constitución, ni debe acudir a la teoría política y moral. El juez sólo debe circunscribirse al significado “convencional” del texto. Esto significa que debe fijarse tanto en el significado de las “palabras” como en el sentido de las palabras “dentro” del texto, es decir, dentro de las oraciones en las que son empleadas⁶.

⁴ Sólo visto de esta manera tienen sentido afirmaciones misteriosas como las de Robert Alexy, que ha dicho que los jueces constitucionales ejercen una clase de “representación argumentativa”, por oposición a una representación política (véase Alexy, 2003: 40).

⁵ Estos estudios combinan la teoría de la elección racional con la lógica proposicional (véase Kornhauser y Sager, 1986, 1993). Para una aproximación a esta literatura, véase List (2004).

⁶ Una oración que diga, por ejemplo, “*se protege la libertad de comercialización de productos extranjeros*”, no emplea la palabra “producto extranjero” para significar “producto fabricado

Dos de los más famosos exponentes del textualismo son Antonin Scalia y Jeremy Waldron. Este último autor ha sostenido que “*en la medida en que el derecho utiliza formulaciones verbales específicas, pretende, en tanto que institución social, conectarse y asociarse con otra institución, la institución del lenguaje natural*” (Waldron, 1999: 101). Según esta teoría, debemos dar siempre prioridad al “significado compartido” de las palabras u oraciones, incluso cuando éstas también pueden ser interpretadas de otro modo por el lenguaje profesional o técnico.

¿Cuáles son los méritos democráticos del textualismo? Son varios los argumentos. En primer lugar, dicen los textualistas, el gobierno democrático es un gobierno de leyes –o textos jurídicos–, no un gobierno de hombres. Un gobierno de leyes no se condice con la pretensión de adjudicar a los textos jurídicos el significado dado por algunas personas, por más sabiduría que éstas hubiesen tenido. El objeto de la interpretación es pues lo que *dice* la constitución, no lo que *intentaron* decir los artífices de la constitución (Scalia, 1997). De manera que si el juez se topa con preceptos constitucionales vagos y ambiguos, éste debe elegir el significado que respeta la decisión del Legislativo. Procede, pues, el principio “*in dubio pro legislationis*”.

En segundo lugar, el textualismo se presenta como una estrategia plausible para asegurar la acción colectiva, allí *donde ésta es necesaria pero el acuerdo es imposible*. Waldron es uno de los autores que mejor ha tratado esta idea. Este autor acude a la noción de las “circunstancias de la política” para referirse a dos aspectos centrales de las sociedades democráticas: a) la existencia de un desacuerdo profundo y persistente sobre cuestiones morales sustantivas, y b) la necesidad de concertar acciones conjuntas, incluso y a pesar de que estamos en desacuerdo sobre qué marco de acción colectiva es mejor, o más justo. A partir de esas premisas, sostiene que la solución más razonable es asumir que para actuar colectivamente *no necesitamos ponernos de acuerdo*, y esta decisión debe manifestarse en un modelo institucional que nos permita 1) tomar decisiones sin ponernos de acuerdo y 2) identificar las decisiones ya tomadas, sin necesidad de resolver el problema sustantivo que nos divide.

por una persona extranjera”. El uso social, en cambio, entiende que la oración refiere a productos fabricados en un “país extranjero”.

Según Waldron, para la *toma de decisiones* debemos acudir al procedimiento legislativo, puesto que es el que mejor respeta el derecho de las personas a participar en pie de igualdad. En cuanto a la *identificación de decisiones* ya tomadas sólo cabe a) identificar el derecho según los patrones del positivismo jurídico y, b) interpretar el texto jurídico según su significado convencional (Waldron, 1999). Centrémonos en estas dos últimas cuestiones, que son las que aquí interesan.

Waldron sugiere que si la constitución o la ley pretende tener autoridad, el criterio que usamos para identificar un enunciado normativo como jurídico “*no debe incluir el considerar las razones*” que justificaron la sanción de ese enunciado, porque esas razones son el objeto de nuestros desacuerdos. Debe existir algo relacionado con el “origen” del enunciado o con el procedimiento a partir del cual el enunciado existe, “*que nos hace confiar en él en vez de intentar deliberar y llegar a un acuerdo sobre la mejor manera de resolver una cuestión sustantiva*”. Waldron enlaza, así, las circunstancias de la política con una noción positivista de derecho⁷. El derecho nos provee, así, de una razón de segundo orden (*preemptive reason*⁸) que pone fin al debate sustantivo y permite conducirnos colectivamente sin necesidad de estar de acuerdo.

Una vez que el derecho es identificado de este modo, las “circunstancias de la política” desacreditan la búsqueda de la “intención legislativa”. Si el derecho posee autoridad no por las razones morales que subyacen al mismo, sino por sus propiedades formales, no cabe entonces recurrir a los argumentos esgrimidos por los redactores de la constitución. Tampoco cabe la lectura moral de la Constitución. La idea de que los jueces deben forjar una práctica jurídica coherente recurriendo a la teoría política y filosófica es, para Waldron, “*algo completamente equivocado*” (Waldron, 1999: 187). Si los jueces acudieran a la teoría

⁷ Esta es la posición que se ha dado en llamar “positivismo normativo” (Véase Waldron, 2001).

⁸ En este punto, Waldron se nutre del pensamiento de Joseph Raz (Véase Raz, 1979: 3, 16–19, 22–23). Waldron acepta la postura de Raz, pero agrega que no cualquier autoridad política merece respeto por permitir la acción colectiva. Según Waldron, es el Legislativo quien merece prioritariamente nuestro respeto, porque el respeto a él no sólo es el reconocimiento de la necesidad de una solución común, sino también una muestra de respeto hacia las condiciones de imparcialidad y equidad en las que se ha alcanzado tal solución común (véase Waldron, 1999: 104, 117-121).

filosófica para interpretar el derecho, éste dejaría de tener el respeto de quienes están en desacuerdo.

Los argumentos de Waldron en favor del positivismo –como teoría de la identificación del derecho– y del textualismo –como teoría de la interpretación– son inteligentes, pero resulta difícil ver las credenciales democráticas de esta combinación. Recordemos que el criterio positivista de “origen” o “linaje” identifica lo que “es derecho” según su conformidad con una regla superior del ordenamiento. Ahora bien, resulta que *este criterio de identificación se desentiende de las cosas que a un demócrata le interesan verdaderamente*: si el derecho fue sancionado en regímenes autoritarios o democráticos, si todos los afectados por la decisión pudieron participar y hacer oír su voz en condiciones de igualdad, si hubo un previo debate centrado en principios y no en posiciones autointeresadas, entre otras cosas. Un juez textualista, por ejemplo, encontrará que la Constitución no dice nada concreto respecto de la segregación racial en las escuelas, y observaría que el lenguaje natural no sirve para saber si el principio de igualdad constitucional autoriza la doctrina de “*separados pero iguales*” o más bien la abolición de la segregación. Sin embargo, una concepción democrática diría, más bien, que la segregación en la educación distorsiona el proceso democrático porque la autoestima y el desarrollo intelectual son precondiciones para la participación cívica (Nino, 1996: 291). También ejerce un impacto negativo en el valor epistémico de la democracia, porque la segregación impide tener contactos cercanos entre diferentes grupos y personas y el desarrollo del sentimiento de fraternidad necesario para que el sistema tienda a la imparcialidad y no esté contaminado de prejuicios. Estas razones, que un demócrata considera cruciales para abolir la segregación racial, no surgen del texto constitucional, pero surgen de una visión comprometida con una teoría de la democracia (y más concretamente, con una teoría de la democracia deliberativa)⁹.

⁹ Debo decir, no obstante, que en un artículo escrito en el año 2004 Waldron incorpora matices que, según creo, lo llevan a apartarse del textualismo (véase Waldron, 2004). En este artículo Waldron exhorta a los jueces no sólo a identificar las normas por sus “fuentes” (su sanción conforme a reglas superiores) y a poner el acento en el sentido literal texto, sino a “*ampliar la clase de evaluaciones comprometidas en la jurisprudencia*”, evaluaciones que obligan a recurrir a la teoría de la democracia.

5. El “minimalismo” judicial: Sunstein

El jurista estadounidense Cass Sunstein ha desarrollado una teoría alternativa de la argumentación judicial que se ubica así en un punto intermedio: por un lado, desacredita tanto la búsqueda de la intención original como la “lectura moral” de la Constitución y, por el otro, se aparta del textualismo en importantes cuestiones. El elemento central que permite hacer frente a estas preocupaciones es el razonamiento análogo.

Según Sunstein, el derecho necesita dar una respuesta viable al hecho del pluralismo. Sucede que la sociedad está habitada por personas que discuten tanto sobre el bien como sobre la justicia, tanto sobre la justicia como sobre la interpretación del derecho. Pese a todo, las personas deben encontrar un camino para vivir juntos. Sunstein se pregunta cómo es posible que las personas vivan en comunidad cuando las discordias son tan amplias, tan profundas y tan persistentes. La sugerencia de Sunstein es que las personas tienden a adoptar una estrategia para abordar los desafíos del pluralismo: *llegan a acuerdos sobre resultados singulares a partir de teorías incompletas*. Un ejemplo: las personas pueden coincidir en que es urgente proteger a algunas especies animales en peligro de extinción. Sin embargo, algunos podrán justificarlo en el deber de toda persona de cuidar la naturaleza; otros mencionarán la importancia de esas especies para la estabilidad ecológica, otros dirán que esas especies tienen propiedades útiles para la investigación científica. En breve, las personas no necesitan construir una teoría moral coherente aceptada por todos para ponerse de acuerdo y coordinarse, sino que logran hacerlo desde distintas perspectivas teóricas. Si las personas convergen en resultados particulares partiendo de acuerdos incompletamente teorizados, las personas convienen un curso de acción *sin saber bien cuál es la teoría general que mejor justifica esa acción*. Esta idea es elemental –dice Sunstein– para entender el papel del derecho y la adjudicación judicial en nuestras sociedades. En concreto, los jueces deberían ver a las normas jurídicas como la expresión institucional de acuerdos teóricos incompletos. Esto significa desconfiar de las grandes teorías abstractas y limitarse a fundar las decisiones en “reglas” específicas o en “principios de bajo nivel de abstracción”.

La idea de los acuerdos teóricos incompletos obliga así *a sentar una presunción en contra* de la argumentación filosófica en sede judicial.

Según Sunstein, el objetivo es tratar de justificar las decisiones judiciales con el menor nivel de abstracción posible, y elevar el nivel de ambición teórica sólo si así se requiere. Y no es que no haya lugar para el debate filosófico en una democracia; sólo que *los compromisos filosóficos fundamentales deben ser canalizados a través de las instituciones políticas, y no a través de las judiciales* (Sunstein, 1999: 267; nota 5). Si los jueces eluden invocar “teorías de la justicia” para resolver sus casos, dice Sunstein, entonces los perdedores del caso pierden mucho menos: pierden una decisión, pero no el mundo. Si las personas pierden una decisión judicial, pueden llegar a ganar en otra ocasión. Es una ventaja –desde el punto de vista de la estabilidad– que un sistema legal sea capaz de decirle a los perdedores –muchos de los cuales abrazan concepciones filosóficas que tienen algo que ofrecer a este mundo– que sus convicciones siguen teniendo el respeto del derecho y la justicia.

Dijimos que los jueces deben fundamentar sus sentencias en “reglas”¹⁰ específicas o en “principios de bajo nivel de abstracción”. Ahora bien, las reglas específicas concitan ciertas contrariedades. Las dificultades más importantes radican en el hecho de que *son ciegas a muchas circunstancias particulares*. Por ejemplo, la regla que dice “*prohibido conducir a más de 60 kilómetros por hora*” es clara y específica. Imaginemos ahora que Juan rebasa ese límite porque está conduciendo una ambulancia que carga con un herido grave. ¿Es esa regla aplicable a Juan? Sería muy injusto. ¿Cómo debe actuar el juez frente a estos casos especiales que no pudieron ser previstos? Sunstein sostiene que *el juez debe solucionar estos problemas acudiendo al razonamiento analógico*. La clave del razonamiento analógico descansa en el principio de igualdad: aquellos casos cuyas circunstancias son similares deben ser tratados de manera similar, y aquellos casos cuyas circunstancias son disímiles deben ser tratados de manera diferente. La estrategia básica es la de contemplar a las reglas jurídicas (tanto las del texto constitucional como las que surgen de los precedentes) como “puntos fijos”, a partir de los cuales examinar las circunstancias particulares de cada caso concreto (Sunstein, 1994)¹¹.

¹⁰ Para los propósitos de Sunstein, poco importa si las reglas son las de un sistema jurídico continental romano-canónico, o las generadas por los precedentes judiciales en el *common law*.

¹¹ La estructura del razonamiento analógico sería la siguiente: 1) el caso A tiene las características x, y;

2) el caso B tiene las mismas características x, y; 3) A despliega la consecuencia jurídica Q, entonces 4) Debido a que A y B comparten las mismas características x e y, inferimos que

¿Qué méritos democráticos tiene el razonamiento analógico? Según Sunstein, en una democracia todas las personas tienen derecho a argumentar que su caso posee diferencias relevantes a las previstas por la regla jurídica (o el precedente) y que esas circunstancias merecen un tratamiento especial. Se trata de dar cuenta de un aspecto esencial del ideal democrático: *que aquellos que van a ser afectados por una regla tienen derecho a participar en su creación* (Sunstein, 1994: 201). Sunstein cree así que el razonamiento analógico es, desde un punto de vista procedimental, de mejor calidad democrática que el textualismo, porque da “voz” a quienes invocan circunstancias especiales. El minimalismo judicial de Sunstein comparte con el textualismo el rechazo a las grandes teorías abstractas, pero sostiene que tiene mejores credenciales democráticas desde el momento que permite tratar con justicia a los casos especiales.

¿Provee el minimalismo judicial un marco teórico satisfactorio para examinar el ejercicio democrático del control judicial de las leyes? La respuesta, según creo, es negativa. Consideremos el siguiente ejemplo: durante décadas, los jueces estadounidenses consideraron que las diferencias en el color de la piel justificaban un tratamiento escolar distinto (siguiendo la doctrina de *Plessy vs. Ferguson*, 1896¹²). En cambio, en 1954, a partir el caso *Brown versus Board of Education*, la Corte Suprema consideró que esas diferencias no eran relevantes para justificar la segregación escolar. ¿Cuál de las dos decisiones tiene mejores méritos democráticos? Pues bien, el minimalismo no puede responder esta pregunta sin acudir a una teoría general. El minimalismo desconfía de las teorías, pero olvida que “*cualquier descripción de un caso tiene inevitablemente algún componente teórico*”. En efecto: no podemos decir que el caso A tiene alguna similitud con el caso B a menos que abstraigamos algunas propiedades “teóricas”. Tenemos entonces lo siguiente: para saber si estamos ante similitudes o diferencias, necesitamos elegir alguna propiedad teórica, y para saber si esas similitudes o diferencias son “relevantes o no”, necesitamos de una teoría que así lo

B despliega también la consecuencia jurídica Q. Ahora bien, puede suceder que el caso objeto de juicio cargue con circunstancias añadidas que no han sido previstas y que reclaman un tratamiento distinto (por ejemplo, porque el caso B tiene, además, la característica z). Las reglas, en ese sentido, se muestran ciegas frente a estas diferencias. Es justo en estos casos donde aparecen las virtudes del razonamiento analógico. El juez, pues, debe examinar si esas circunstancias añadidas justifican un tratamiento distinto.

¹² 163 U.S. 537 (1896).

justifique. Un juez verdaderamente democrático no se limitará a decir que estamos ante “diferencias relevantes” o “irrelevantes” para la aplicación de alguna regla o principio, se preguntará en cambio si las diferencias o similitudes son relevantes o no para el buen funcionamiento de la democracia.

Por otro lado, no parece muy convincente la idea de que el razonamiento analógico permite expresar el principio democrático de que cada persona tiene derecho a participar en la construcción de la regla que va a afectarle. Y es que no hay olvidar que estamos tratando con casos “constitucionales”, que impactan sobre muchas personas y no sólo sobre un caso individual y concreto. Decir que el razonamiento analógico respeta el derecho de participación olvida que otras personas tienen un mismo interés por participar. La teoría de Sunstein asume que todos los casos judiciales son casos con efectos sólo para las partes, y olvida que los casos constitucionales, sobre todo aquellos que se dirimen en las Cortes Supremas, involucran a muchísimas personas.

6. El uso de la revisión judicial para fortalecer la representación política: Ely.

El libro del jurista norteamericano John Hart Ely, “*Democracy and Distrust*”, es uno de los esfuerzos teóricos más significativos sobre el uso democrático de la revisión judicial. Según esta obra, la revisión judicial tiene dos misiones:

En primer lugar, la justicia constitucional debe alzarse como un árbitro del proceso político e impedir que los que están en el poder reformen las reglas del juego de manera de que éstas terminen favoreciéndoles. Según Ely, la revisión judicial debe funcionar como un mecanismo “*antitrust*” del mercado político. Es decir, en vez de dictar resultados sustantivos, los jueces deben intervenir sólo cuando el mercado político está funcionando mal porque algunos grupos intentan socavar las reglas del juego competitivo.

Owen Fiss (1998), desarrollando ideas de Ely, ha utilizado el concepto de “fallas del legislador” para referirse a algunos de estos fallos del mercado político. La “falla del legislador” se configura cuando la ley no es el resultado de un proceso electoral inclusivo, igualitario y

competitivo¹³. El juez, pues, debe vetar esta clase de leyes. Una segunda forma de “fallo del mercado político” se configuraría cuando algunos partidos políticos intentan distorsionar las reglas del juego electoral y legislativo para asegurarse una posición dominante y perpetuarse en el poder. Las maneras que tienen los partidos para hacer eso son multifacéticas: manipulando los límites geográficos de los distritos electorales; reformando la “magnitud” de los distritos (es decir, aumentando el número de escaños por distrito para que el voto de algunos distritos tenga mayor impacto en la representación); dificultando la creación de nuevos partidos u obstaculizando el acceso de partidos minoritarios, manipulando el procedimiento legislativo de manera que algunos partidos minoritarios tengan menores oportunidades para expresarse en las asambleas, sesgando las leyes de “*financiación de los partidos y de las campañas electorales*” o restringiendo la libertad de expresión de ciertos grupos.

La segunda misión, según Ely, es la de asegurar que todos los grupos de la sociedad puedan introducir sus demandas en la agenda y tengan acceso a la representación política. Este objetivo está garantizado a través de un juego democrático limpio y competitivo. Sin embargo, lo que no garantiza el sistema representativo es la protección de las minorías “*discretas y aisladas*”. Por minorías “*discretas y aisladas*”¹⁴ Ely entiende aquellos grupos étnicos, lingüísticos, culturales o religiosos que no comparten espacios de convivencia con los demás grupos, no tienen intereses compartidos, no cuentan con representantes políticos ni son capaces de coaligarse con otros grupos sociales para avanzar sus preferencias. Si el objetivo de la Constitución –dice– es el de estructurar el gobierno de tal manera que varias voces sean oídas y ninguna coalición mayoritaria pueda dominar permanentemente, el fortalecimiento de la representación de las “minorías discretas y aisladas” es una de las misiones primordiales de la revisión judicial, pues éstas no son capaces de

¹³ Un ejemplo clásico de este tipo de “fallo del legislador” es la legislación anulada en *Brown v. Board of Education* (1954). En *Brown* la Suprema Corte de Estados Unidos declaró nulas las leyes de varios estados sureños que establecían la segregación racial en las escuelas. Esas leyes habían sido promulgadas en ambientes en los que se privaba de derechos de voto y libertad de expresión a los afroamericanos.

¹⁴ El adjetivo “discreto” refiere a los rasgos exteriores de estos grupos (étnicos, lingüísticos, prácticas religiosas o culturales) que los hacen aparecer como “distintos” de los demás miembros de la sociedad. El adjetivo “aislado” refiere al contexto de marginación y vulnerabilidad política que sufren, producto de la convivencia en *ghettos* y de la ausencia de redes de contactos con los demás miembros.

defenderse por sí mismas (Ely, 1980: 82). En base a esta idea, Ely propone que el juez constitucional debe invalidar todas aquellas normas o decisiones *basadas en prejuicios* contra minorías étnicas, culturales o religiosas. La idea rectora es que las minorías “discretas y aisladas” tienen derecho a gozar de los mismos beneficios sociales que gozan los demás grupos de la sociedad, y que la condición étnica, religiosa o cultural no es un criterio válido de discriminación. Ely advierte, no obstante, que para verificar la existencia de estas discriminaciones no cabe confiar demasiado en las categorías textuales de las leyes ni en “intenciones” declaradas de los legisladores. Así, siempre es una posibilidad el empleo de categorías diferenciadoras aparentemente imparciales que tienen el propósito encubierto de perjudicar a esta clase de minorías.

De las misiones “*antitrust*” y de protección de minorías “discretas y aisladas” surge una idea rectora: que la Corte *no debe prestar atención a los valores sustantivos* sino velar sólo porque los canales de agregación de preferencias y acceso a la representación política estén abiertos para todos. La norma fundamental –dice– “*no intenta establecer alguna ideología dominante*”, sino sólo fijar procedimientos legítimos. Por ello el control judicial de las leyes no puede usarse para vetar resultados con los que estamos en desacuerdo. En una democracia, la determinación de los valores debe ser hecha por los representantes, y si estamos en desacuerdo con las políticas aprobadas, entonces debemos usar nuestra libertad de expresión y nuestros votos para expulsarlos del poder.

La teoría de Ely no es invulnerable a las críticas. Una de las primeras críticas cuestiona la utilidad de la teoría para resolver casos difíciles o complejos. El hecho es que no siempre resulta fácil determinar si algún partido está intentando obtener una ventaja indebida para mantenerse en el poder. En ocasiones los partidos reforman las leyes electorales no porque pretendan sacar de la competencia a partidos minoritarios, sino porque buscan otros fines valiosos, como la estabilidad política, la eficacia o gobernabilidad. Una interpretación dogmática de *Democracy and Distrust* llevaría a justificar la anulación de cualquier barrera electoral, o cualquier restricción a la formación de partidos políticos e incluso el veto a las fórmulas mayoritarias de distribución de escaños. Cabría pensar pues que la revisión judicial debe usarse sólo para fallas del mercado político “notorias y flagrantes”, como sucede con la segre-

gación racial, la censura previa a la libertad de expresión, la práctica de *gerrymandering*, o algunos casos notorios de “*malapportionment*”.

Tampoco es fácil saber cuándo las restricciones a la libertad de expresión distorsionan el juego político. Algunas no parecen distorsionar mucho el acceso a los canales de agregación de preferencias, como cuando se limita la publicidad del tabaco y el alcohol, la publicidad comercial en las rutas o se prohíbe la difusión de pornografía. Otras restricciones en cambio son más dudosas, como cuando el gobierno se rehúsa a autorizar las marchas de grupos racistas, cuando se prohíbe la quema de banderas, los cortes de ruta, o prohíbe la difamación pública de las religiones. Todos estos casos involucran verdaderos dilemas morales y jurídicos, y no es mi intención abordarlos aquí. Sólo quiero destacar que Ely no siempre suministra un criterio cristalino para lidiar con estos problemas. Parece legítimo, por ejemplo, prohibir las manifestaciones racistas alegando que existe un peligro “claro y presente” de que éstas generarán actos de violencia. De hecho, este ha sido y sigue siendo tradicionalmente el argumento esgrimido, al menos en Estados Unidos¹⁵. Sin embargo, muchas veces ese peligro no existe. ¿Hay entonces alguna razón para proscribir esas marchas? No parece que las hubiere, al menos desde la teoría de Ely. Si bajo esas condiciones el gobierno prohibiera las marchas alegando la “inmoralidad” del racismo, la revisión judicial debería usarse para vetar esa prohibición, porque todos los mensajes tienen derecho a formar parte del mercado político. Ello sería congruente con los postulados de la teoría pluralista de la democracia, según los cuales las preferencias se toman como “dadas” y no se juzga el contenido moral de las mismas.

Una segunda clase de críticas destaca que Ely no es capaz de dar protección a muchos grupos injustamente discriminados por la sociedad. “*Democracy and Distrust*” vincula a las “minorías discretas y aisladas” con las minorías étnicas, culturales y religiosas aisladas que carecen de representación política. Sin embargo, se olvida de otras minorías políticamente vulnerables que en muchos países son el blanco de prejuicios y discriminaciones aberrantes: los discapacitados, los homosexuales, los travestis y los transexuales. Es razonable pensar, a la luz de los presupuestos teóricos de los que parte Ely, que estos grupos deberían tener la misma protección especial.

¹⁵ Se trata de la teoría del “*present and clear danger*” formulada por Oliver Wendell Holmes en el caso *Shenck versus United States* (1919). Véase Botero, Jaramillo y Uprimny, 1999: 30.

En tercer lugar, no todos los juristas están de acuerdo en considerar sólo a las minorías discretas y aisladas como políticamente vulnerables. Bruce Ackerman ha argumentado en esa línea que las minorías (e incluso las mayorías) “anónimas y difusas” son las que tienen mayores dificultades para proteger sus intereses en el proceso político (Ackerman, 1985: 713). La circunstancia de que no puedan ocultar sus diferencias con los demás hace que las minorías discretas y aisladas corran con ventaja. La razón es que el aislamiento hace más costosa la “salida” del grupo, y con ello se evitan muchos problemas de acción colectiva. En cambio, las minorías anónimas y difusas carecen de estos incentivos. Pues bien, el caso es que la teoría de Ely no permite ampliar el uso de la revisión judicial para la protección de las mayorías vulnerables. Para ello se requiere de un esfuerzo teórico distinto. Por ejemplo, una teoría que justifique la tutela judicial de los derechos sociales (una teoría que Ely no desarrolló).

7. Una versión de la teoría deliberativa de la democracia:

Nino y Gargarella

Los juristas argentinos Carlos Nino y Roberto Gargarella han elaborado una sólida crítica a “*Democracy and Distrust*” y han propuesto una teoría alternativa del uso democrático de la revisión judicial. Esa teoría permite mantener los elementos más atractivos de la doctrina de Ely, sortear alguna de las perplejidades que ésta plantea, y agregar nuevos compromisos normativos. Según Nino y Gargarella, el procedimiento democrático no sólo honra la igualdad dignidad y autonomía de las personas, sino que tiene además un valor epistémico. Esto es, el procedimiento democrático *es el más confiable procedimiento colectivo de toma de decisiones moralmente correctas*. Sin embargo, su valor epistémico varía según el grado de satisfacción de las “condiciones subyacentes” del proceso: que todas las partes afectadas hayan participado en la discusión y decisión; que participen en igualdad de condiciones y sin coerciones; que sean capaces de argumentar en base a principios de moral intersubjetiva; que el grupo tenga un tamaño adecuado; que no haya minorías discretas y aisladas (sino que la composición de mayorías y minorías cambie según las cuestiones que se traten) y que la gente no esté extraordinariamente excitada por emociones

(Nino, 1996: 113). Según estos autores, el ideal democrático-deliberativo somete a los participantes a un “deber de civilidad”: todo participante debe estar predispuesto a justificar sus propuestas con arreglo a razones que cualquier persona razonable podría suscribir, independientemente de sus concepciones del bien o de la virtud personal. Ese deber excluye, en la justificación de una decisión, la mera apelación a la autoridad, la mera invocación de intereses egoístas¹⁶, y la mera invocación de verdades absolutas e indemostrables que nunca se granjearán la aceptación de todos (i.e. “Dios existe”). También excluye las expresiones cáusticas¹⁷, la descalificación personal, o la persuasión demagógica.

Esta versión de la teoría deliberativa identifica dos misiones básicas del control judicial de las leyes: en primer lugar, la revisión judicial debe “asegurar” que el proceso democrático desarrolle todo su potencial epistémico. Ello significa que debe proteger la integridad del proceso electoral y velar por el cumplimiento de las reglas que rigen el debate legislativo. Ahora bien, si se concentra en la custodia de estos procedimientos, ello se debe a la vinculación que se establece entre: a) el respeto de los procedimientos democráticos y la promoción de la discusión pública, b) la discusión pública y la toma de decisiones imparciales. Por ello, si alguno de éstos procedimientos no favorece la discusión pública, existirían razones para mejorarlos. Así, por ejemplo, la Corte puede señalar la importancia de que en las campañas electorales exista un debate público, en condiciones de igualdad, entre los can-

¹⁶ Obsérvese que la subrayo la palabra “solamente”. Ello significa que la invocación de intereses egoístas no queda excluida sin más; sólo queda excluida si ésta no va acompañada de otros argumentos imparciales. La exposición de los intereses egoístas contribuye a esclarecer el conflicto, ayuda a que las necesidades de cada uno sean comprendidas, y en ocasiones contribuye a revelar interpretaciones hegemónicas del bien común que se han transformado en discursos legitimadores de formas de opresión (véase Mansbridge; 2005).

¹⁷ Debo decir, no obstante, que las expresiones cáusticas tienen una función epistémica importante en las situaciones de dialogo real, sobre todo en la esfera pública informal. La burla y la ironía tienen una función liberadora, en tanto que relativizan relaciones de poder que se ven como hegemónicas, y tienen una función epistémica, en tanto que somete a ciertas posiciones dogmáticas a contradicciones lógicas y contrafácticos que se ven como absurdos o exagerados, incentivando de este modo la reflexión y la argumentación. De todos modos, es cierto que, al menos en una situación arquetípica deliberativa, las expresiones burlescas e irónicas no deberían aparecer porque todos los participantes se encuentran en una condición de igualdad y nadie se encuentra dominado por los demás.

didatos¹⁸, o vetar maniobras estratégicas tendientes a eludir el debate legislativo de asuntos importantes¹⁹. Puede señalar asimismo que el debate previo es un requisito esencial para la sanción de una ley²⁰.

Gargarella, sin embargo, añade que la misión de custodia de los procedimientos debe ir más allá, y propone expandir el compromiso “participativo y deliberativo” de la revisión judicial. Según Gargarella, el control judicial debe promover no sólo el diálogo en las instituciones representativas, sino en otros niveles: entre ramas de gobierno (i.e., entre la justicia y el Congreso), entre representantes y ciudadanos (i.e. a través de audiencias públicas) y en el seno de la misma sociedad. Por ello, ciertos ámbitos de la esfera pública que tradicionalmente se han mantenido fuera de la práctica de la deliberación resultan esenciales para avanzar en esta misión. Uno de esos ámbitos son los medios de comunicación. Así, el ideal deliberativo debería propugnar a) que en los medios de comunicación haya espacio suficiente para la deliberación de asuntos de interés público, b) que en la discusión de asuntos de interés público se confronten posturas y argumentos opuestos, y c) que se garantice el acceso de todas las voces en condiciones de igualdad, y no solamente de aquellas más poderosas, o funcionales a ciertos intereses económicos.

La segunda misión del control judicial de las leyes es la de evitar que las normas se promulguen con base en razones “perfeccionistas”, esto es, en argumentos pertenecientes a la moral privada. Recordemos que moral privada se diferencia de la moral pública o intersubjetiva en

¹⁸ En este sentido, la teoría deliberativa celebraría la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica que -convalidando un fallo del tribunal electoral- dispuso que todos los candidatos a presidentes (incluso los de los partidos minoritarios) tenían derecho a participar de los debates preelectorales celebrados en las televisoras privadas (Sentencia del 4/08/04. Exp: 02-006791-0007-CO. Res: 2004-08466).

¹⁹ La teoría deliberativa celebraría en ese sentido algunos fallos de la Sala Constitucional de Costa Rica, que anuló diversos artículos que habían sido introducidos en los proyectos de ley de presupuesto para eludir el debate (dado que la ley de presupuesto tiene un trámite más rápido) y no pudieran ser vetados por el Ejecutivo. Entre los numerosos precedentes aplicables se encuentran las sentencias número 121-89 de del 23 de noviembre de 1989; y la 4647-99 del 16 de junio de 1999.

²⁰ El ideal deliberativo rechazaría así algunos fallos de la Corte Constitucional Guatemalteca (período 2001-2006), que convalidó varias leyes que fueron aprobadas mediante maniobras abusivas y sin deliberación previa (exps. 368-2001; 348-2001; 353-2001; 473-2001); y celebraría en cambio la jurisprudencia de la Corte Colombiana, que ha hecho valer el principio de que “para la modificación de la [Constitución], lo mismo que para la formación de las leyes, es absolutamente indispensable el debate” (Sentencia C-668/04).

que la primera prescribe o prohíbe ciertas conductas por sus efectos sobre el propio individuo actuante. En cambio, la moral intersubjetiva prescribe o prohíbe ciertas conductas por sus efectos respecto de terceros (Nino, 1989)²¹. La principal consecuencia de esta distinción radica en que los jueces constitucionales deberían vetar cualquier ley basada en razones de moral privada. Por ejemplo, la Corte debería vetar una decisión que restringiera el consumo, producción y difusión de literatura pornográfica *alegando que el contacto con esos materiales resulta un componente indeseable de cualquier plan de vida*. Pero ello no significa que el Congreso tenga las manos atadas respecto de la regulación de la pornografía. Porque los legisladores podrían argumentar, por ejemplo, que esas restricciones “evitan” la violencia sexual o contribuyen a erradicar un determinado estereotipo de mujer. En tanto que hubiesen sido esos los argumentos esgrimidos, la Corte debería respetar la decisión.

Problemas de la teoría deliberativa. Apuntes para una teoría del ejercicio de la revisión judicial en sociedades desiguales.

Lo que hace más atractiva la teoría deliberativa es que incorpora dos compromisos democráticos: una misión “participativa y deliberativa”, y una misión de “defensa de la autonomía personal”. Estas misiones permiten expandir el “terreno” del uso legítimo de la revisión judicial, a la vez que sortear algunas contrariedades que encontrábamos en la teoría de Ely.

Una diferencia importante entre el pluralismo de la teoría de Ely y la versión deliberativa radica en que ésta última reclama que el debate se produzca en la medida de lo posible en condiciones de igualdad, y que exista una verdadera “confrontación” de posturas opuestas. Al pluralismo de Ely, en cambio, le basta con que exista un “libre mercado de ideas” o mensajes. Estas discordias se reflejan bien en el área de los medios de comunicación. Así, el pluralismo se contenta con que exista una “*pluralidad de fuentes de información*” (véase Dahl, 1991). En

²¹ Consideremos, por ejemplo, los ideales de ser un buen patriota o un buen cristiano. Estas son cuestiones respecto de las cuales el único soberano es uno mismo, es decir, la aceptación o no de esos ideales *no depende del cumplimiento de las condiciones del ideal democrático*. En cambio, respecto de cuestiones que involucran la moral pública (por ejemplo, una decisión dirigida a distribuir la riqueza generada por todos), la intuición sería la contraria: estas son cuestiones que conciernen a un colectivo de individuos y su validez depende del cumplimiento de los requisitos del ideal democrático, es decir, de la discusión por todos los agentes involucrados en condiciones de igualdad (Nino, 1991: 689).

cambio, Gargarella advierte que una regulación indebida de los medios de comunicación puede implicar la distorsión o la misma imposibilidad del debate público, particularmente si éstos son de propiedad de unas pocas personas²² (Gargarella, 1996).

Otra novedad es que –a diferencia de *Democracy and Distrust*– la versión deliberativa permite el veto de leyes basadas en meros argumentos de autoridad, en razones perfeccionistas, en meras preferencias egoístas, o en preferencias irrazonables. La revisión judicial podría usarse, pues, para desechar leyes que intentan imponer un determinado ideal de vida privada, o para vetar actos de autoridad pública que autorizan marchas xenófobas, o incluso para prohibir la formación de partidos que apoyan el terrorismo y la violencia. Dado que las razones perfeccionistas, los mensajes racistas, y la apología de la violencia son claras desviaciones del ideal deliberativo, no parece que puedan formar parte de la discusión pública.

Pero aquí es donde empiezan a aparecer algunos problemas. Consideremos el caso de las leyes “perfeccionistas”. Así, para saber cuándo estamos frente a estas leyes, necesitamos ir más allá del texto, necesitamos escudriñar las “razones” suministradas por los legisladores (Nino, 1996: 279). Sin embargo, puede darse el caso de que la mayoría legislativa apruebe una ley tanto por razones perfeccionistas como de moral intersubjetiva. Algunos legisladores pueden creer que la prohibición del consumo de drogas se justifica por que esa restricción hará de todos mejores personas, mientras que otros puede que la apoyen porque creen que de ese modo se mitiga la violencia y la criminalidad. En casos así ¿cuáles son las razones genuinas que subyacen a las normas? La teoría de Nino y Gargarella, al insistir en el examen de las “razones” de las normas, tropieza entonces con las mismas dificultades que embargaban al originalismo o a la lectura moral; pues los legisladores suelen concurrir en un resultado particular sin necesidad de ponerse de acuerdo en las razones generales que justifican ese resultado (véase Sunstein, 1994). Ahora bien, la teoría deliberativa muestra caminos interesantes para atenuar estas dificultades. En primer lugar, en ocasiones es posible identificar una “postura oficial” de la mayoría legislativa o del partido que aprobó la ley. En segundo lugar, el “test” que Nino propone debería ir acompañado no sólo de la identificación de los argumentos

²² Un fallo celebrado por el ideal deliberativo lo constituye “*Red Lion Broadcasting Co. versus F.C.C.*”, resuelto por la Corte de los Estados Unidos en 1969 (Gargarella, 1996: 198).

en juego, sino también, y tratándose de argumentos de moral intersubjetiva, de las evidencias empíricas que apoyen las relaciones causales sobre las que éstos últimos se basan. De manera que, si se aprueba una ley sobre la base de dos clases de argumentos, uno de moral privada y otro de moral intersubjetiva, y el segundo no contare con evidencias empíricas, cabría interpretar que la ley está fundada exclusivamente en una razón “perfeccionista”. Al menos una presunción semejante podría sortear algunos problemas asociados con la variedad de “razones incompletas” que suelen esgrimirse en apoyo a las decisiones políticas.

Ahora bien, si en el debate público no es válido esgrimir meras posiciones autointeresadas, o razones perfeccionistas, ni es válido apelar a meros argumentos de autoridad, ¿cabe restringir la expresión *ciudadana* de estos mensajes? ¿Justificaría el ideal deliberativo la restricción o prohibición de mensajes ciudadanos perfeccionistas, apasionados, cáusticos, o incluso la comisión de actos violentos con contenidos expresivos (i.e. los cortes de ruta)? Habíamos visto que el pluralismo asumido por Ely autorizaba (salvo peligro cierto y presente de violencia) la expresión ciudadana de cualquier mensaje en el mercado libre de ideas. Con la democracia deliberativa, en cambio, parecería que estamos ante una libertad de expresión ciudadana más limitada. Todos aquellos mensajes que violen el “deber de civilidad” presupuesto en la deliberación pública deberían ser rechazados.

David Estlund (2005) ha esbozado un argumento que muestra un camino interesante para empezar a responder estas inquietudes. Estlund se pregunta: ¿deben las normas relacionadas con la participación y comunicación ciudadanas procurar alcanzar el ideal de una situación deliberativa? El ideal de una situación arquetípica en la que todas las personas afectadas participan de la decisión, discuten de buena fe con argumentos imparciales, cuentan con un mismo derecho a hacer oír su voz, libres de prejuicios y en condiciones de igualdad de riqueza y poder, dice, es un ideal valioso, pero ¿cómo tratar las desviaciones prácticas del ideal? Estlund cree que el ideal deliberativo puede ser útil para evaluar y reformar las prácticas deliberativas de las instituciones *formales*, que son más próximas a esa situación arquetípica, más no las que suceden en la esfera informal (como las que se dan a través de la prensa, las manifestaciones políticas, las expresiones artísticas, etcétera). En la esfera formal, los participantes gozan de una cierta igualdad de *status* social, de una cierta educación y riqueza económica que se

aproxima (así sea de manera algo distorsionada) al ideal deliberativo. En consecuencia, existen estrictos estándares de civilidad y ciertos presupuestos que gobiernan el debate. El ideal deliberativo es, en estas esferas, un ideal a alcanzar, a materializar.

Pero ese ideal opera de distinto modo cuando juzgamos las prácticas comunicativas ciudadanas, porque la esfera informal está caracterizada por el *hecho notorio de la desigualdad en el poder y riqueza*. Como las condiciones de igualdad no se cumplen, entonces los estándares de civilidad del debate no son exigibles. Estlund propone, por lo tanto, no sólo un libre mercado de ideas en la esfera informal, sino también justificar las actividades expresivas “transgresoras” o “disruptivas”, incluso a aquellas que interfieren con la comunicación (Estlund, 2005). Según Estlund, esa justificación es “selectiva”: procedería sólo cuando esas formas de expresión son empleadas por grupos que se encuentran en los estratos más bajos de la estructura social, no gozan de los beneficios generados por la cooperación colectiva y padecen privaciones indignantes²³. Se trataría de justificar los actos de desobediencia y resistencia al derecho con contenidos expresivos ejercidos por sectores vulnerables de la sociedad, como un fenómeno que indica que el sistema institucional no trata en igualdad de condiciones a todos. Creo que esta postura ofrece un marco atractivo para juzgar las prácticas participativas y comunicativas de las democracias reales, particularmente de aquellas democracias marcadas por la desigualdad económica²⁴.

²³ Obviamente, esta afirmación requiere ser especificada: ¿qué condiciones deben reunir los ciudadanos para considerar que están excluidos del sistema –y justificar sus actos expresivos disruptores? ¿Deben vivir por debajo de la línea de la pobreza o cabe fijar otro parámetro? ¿Cabe justificar las acciones transgresoras que algunos grupos acomodados realizan en “representación” de los excluidos? Para un tratamiento de estas cuestiones, aunque a partir de un marco teórico distinto, centrado en el derecho de resistencia, véase Gargarella (2005).

²⁴ Esta línea de pensamiento permitiría entender, además, por qué la crítica al gobierno y la burla a las instituciones y a los símbolos nacionales *deben juzgarse con unos patrones distintos que la ofensa al honor de cualquier persona particular*. Dado que el deber de civilidad no rige en la esfera informal, los mensajes ciudadanos que se desvían del ideal deliberativo deberían juzgarse con menos rigor. Por ello el ideal deliberativo respalda el fallo “*New York versus Sullivan*” de la Corte Suprema de los Estados Unidos (1964), el cual negó que un funcionario público pudiera obtener una indemnización por afirmaciones que un medio de información hubiera hecho sobre la conducta oficial, incluso si éstas eran inexactas o difamatorias. Según este fallo, sólo procedía la indemnización si se probaba, con claridad convincente, que la publicación se había efectuado con dolo o real mala intención (*real malice*). La teoría deliberativa condenaría, por ejemplo, el fallo de la Sala primera de Corte Suprema de México del 5 de octubre de 2005, que permitió que siguiera abierto un proceso penal contra un poeta que había escrito un poema que ofendía la bandera mexicana (véase Carbonell, 2006).

Habíamos dicho también que *Democracy and Distrust* no autorizaba el uso de la revisión judicial para proteger a las mayorías anónimas y difusas en condiciones de vulnerabilidad. Pues bien, la versión deliberativa permite hacer frente a este desafío. Recordemos que esta segunda teoría reserva a la revisión judicial la misión de asegurar el cumplimiento de las condiciones que hacen del ideal democrático un procedimiento con valor epistémico (Nino, 1996: 274). Pues bien, muchas de estas “condiciones” involucran el contenido de los derechos sociales. Así, el ideal deliberativo exige que los participantes estén en condiciones de igualdad. Ello no sólo significa que deben gozar de un mismo derecho a voto, sino también que deben tener acceso a los bienes necesarios para el desarrollo de su autonomía personal: alimentación, vivienda, salud, educación, trabajo. Y es que una persona enferma, o que se está muriendo de inanición, carece de toda posibilidad de participar, expresar sus ideas y de elegir cuál es el mejor curso de acción colectiva. El problema, según muchos críticos, es que esto plantea una tensión permanente entre la revisión judicial y las instituciones políticas representativas: si la revisión judicial debe asegurar las condiciones del ideal democrático, y esas condiciones imponen estándares de igualdad muy exigentes en lo relativo a la distribución de los derechos sociales, entonces ¿qué queda para las instituciones representativas? Si la revisión judicial debe usarse para vetar cualquier ley que afecte la igual distribución de los derechos sociales, entonces la democracia dejaría de ser un marco pluralista, en donde pueden competir distintos pensamientos sobre el mejor modo de organizar la sociedad.

Es posible identificar dos respuestas frente a esta crítica. La primera se inclina del lado del compromiso igualitario e intenta imaginar caminos de diálogo entre los jueces y las instituciones representativas. Según creo, esta es la posición de Gargarella (2006). Según Gargarella, el compromiso con las condiciones de igualdad del ideal deliberativo se debe traducir en un compromiso robusto con la protección igual de los derechos sociales. Pero esto no significa que el poder judicial tenga la última palabra. Los jueces pueden proteger los derechos sociales sin necesidad concitar fuertes confrontaciones con los políticos: pueden “suspender” la vigencia de las leyes, reclamando que se atiendan voces que no han sido oídas; pueden vetar las leyes pero “postergando” en el tiempo la entrada en vigencia de la anulación, de manera de que el Congreso tenga tiempo para decidir qué política alternativa protege

mejor los derechos sociales vulnerados. Los jueces podrían incluso ordenar a las instituciones representativas la elaboración y ejecución de ciertas reformas estructurales, siguiendo unos lineamientos y estándares dictados por la justicia.

La segunda respuesta, en cambio, intenta articular una regla capaz de discernir contextos en los que el uso igualitario de la revisión judicial estaría justificado, y casos en los que no. Nino refleja esta posición cuando sugiere que existe un umbral “*respecto de la distribución de derechos a priori*”²⁵ a partir del cual el “*proceso democrático puede corregirse y mejorarse a sí mismo*” (Nino, 1996: 276). Dicho de una manera menos técnica: existiría un umbral a partir del cual una sociedad puede considerarse mínimamente igualitaria. Cuando ese umbral distributivo es alcanzado por una sociedad, la revisión judicial *no debería usarse para vetar leyes que afectan la distribución igualitaria de los derechos sociales*. Dado que están dadas mínimamente las condiciones básicas de igualdad entre miembros, el proceso democrático tiene confiabilidad epistémica incluso cuando éste decide cuestiones que afectan a los derechos sociales. Dicho esto, Nino aclara que “*no existe ninguna fórmula exacta acerca de dónde ubicar ese umbral*” (Nino, 1996: 276).

Intuyo que es posible ensayar una línea de argumentación capaz de unir las dos respuestas, la avanzada por Gargarella y la insinuada por Nino. A mi juicio, es viable una defensa “contextual” del uso igualitario de la revisión judicial. Esa defensa diría que la tutela judicial de los derechos sociales estaría plenamente justificada *en aquellas sociedades en las que los patrones distributivos son escandalosamente desiguales*. Esa defensa podría ir combinada luego con la propuesta que sugiere que la justicia constitucional no debe tener la autoridad final para fijar o desarrollar con detalle las políticas sociales requeridas. La justicia constitucional tiene varios resortes para evitar las confrontaciones con los representantes políticos: postergar la entrada en vigencia de la nulidad de la ley, obligarle a los representantes a que reconsideren la cuestión, convocar a una audiencia pública con todos los grupos afectados, obligar a los jueces a realizar ciertas reformas estructurales siguiendo unos estándares o líneas de acción.

²⁵ Los derechos “*a priori*”, según Nino, son los derechos que conforman las “condiciones” del proceso democrático.

8. Comentarios finales

En este artículo he expuestos algunas de las teorías más reconocidas sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes. Así, el *originalismo* exhortaba a que los jueces indaguen en las intenciones originales de los constituyentes y legisladores; el *textualismo* a que los jueces se sujeten al significado convencional del texto jurídico; la *lectura moral*, por su parte, defendía el recurso a la argumentación filosófica y el deber de construir una práctica jurídica coherente, mientras que el *minimalismo judicial* respaldaba el uso del razonamiento analógico. Entretanto, la teoría de Ely sostenía que la revisión judicial debía custodiar los procedimientos democráticos y proteger a las minorías discretas y aisladas. Finalmente, Nino y Gargarella, argumentaban que los jueces debían velar por el valor epistémico de la democracia. El resultado, como podemos ver, es *controvertido*.

En mi opinión, las teorías expuestas merecen ser tenidas muy en cuenta, pero una lectura apresurada de las mismas incita a enfocar mal el debate sobre la justificación de un modelo robusto de justicia constitucional. Según creo, ese debate es un debate sobre la autoridad final en un sistema político, y no un debate sobre la interpretación o argumentación jurídica más apropiada. Por ello quiero decir, para finalizar, que mi compromiso con una teoría del *ejercicio democrático* de la revisión judicial cede ante el compromiso con una teoría de la autoridad final. Para decirlo de otro modo: si tuviera la seguridad de que todos los jueces van a emplear la revisión judicial de las leyes guiados por el ideal de la democracia deliberativa, entonces tal vez aceptaría con beneplácito un modelo robusto de justicia constitucional. Pero no tenemos buenas razones para pensar que ello va a ser así²⁶. Por ello creo que en una democracia la autoridad final debe siempre recaer en

²⁶ Muchas teorías del uso correcto de la revisión judicial han intentado argumentar que la función judicial es propensa *estructuralmente* a seguir los dictámenes de esas teorías. Así, por ejemplo, Ely ha argumentado que los jueces, por su educación, son especialistas en procedimientos, y por tal razón serán propensos a concebir el ejercicio de la revisión judicial de una manera procedimentalista, tal como recomienda *Democracy and Distrust* (Véase Ely, 1980). Dworkin, en cambio, ha argumentado que los jueces son propensos a razonar con arreglo a principios porque son expertos en derecho constitucional y en filosofía política, y gozan de las salvaguardias protectoras de la independencia judicial. A mi juicio, cualquier intento por ligar los rasgos estructurales de la función judicial con alguna teoría del ejercicio correcto de la revisión judicial es vana. Los desacuerdos también atraviesan la tarea de adjudicación judicial, y precisamente por ello debemos dar primacía institucional al procedimiento democrático.

el Congreso. Ello no supone, como muchos pueden llegar a creer, la abolición de la justicia constitucional y la consagración de un sistema de supremacía parlamentaria del tipo de Westminster. Existen muchos modelos intermedios que valdría la pena explorar, como el canadiense, o el sistema británico después de la sanción de la *Human Rights Act* (1998). Incluso yo propondría un sistema mixto, que combinara las virtudes de las declaraciones de incompatibilidad (del sistema británico) con algunos rasgos del sistema canadiense. Pero aquí no tengo espacio para desarrollar esta propuesta, de manera que dejaré ese tema para otro artículo.

Recepción: 7/04/2007

Aceptación: 7/02/2008

Bibliografía

- Ackerman, Bruce (1985) Beyond Carolene Products, En *Harvard Law Review*, Vol. 98, pp. 713-746.
- Alexy, Robert (2000) On the Structure of Legal Principles, En *Ratio Juris* vol. XIII/3, pp. 294-304.
- _____, (2003) Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático, En Carbonell, M. (2003) *Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pp. 31-48.
- _____, (2005a) Balancing, constitutional review, and representation, En *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, Num, 4, October 2005, Oxford University Press, 2005, pp. 572-581.
- _____, (2005b) *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Cátedra Ernesto Garzón Valdéz, Distribuciones Fontamara, México, 2005.
- Bork, Robert (1979), The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution, En *Washington University Law Quarterly*, vol. 1979, núm, 3, pp. 695-701.
- _____, (1990) *The Tempting of America, The Political Seduction of the Law*, New York, The Free Press.
- _____, (2003), *Coercing Virtue, The Worldwide Rule of Judges*, American Enterprise Institute, Washington D.C., 2003.
- Botero, C.; Jaramillo, J., Uprimny, R. (1999), Libertad de información, democracia y control judicial, La jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada, En Red de Información Jurídica, Comisión Andina de Juristas, Perú, Disponible en Internet, <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/catalina.pdf>.
- Carbonell, Miguel (ed.) (2003), *Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- _____, (2006), Ultrajando la Constitución, La Suprema Corte contra la libertad de expresión, En *Revista Isonomía*, vol. 24, ITAM, México, abril 2006, pp. 171-186.
- Dahl, Robert (1991) *Democracy and its Critics*, New Haven , Yale University Press, 1991.

- Domingo, P.; Gargarella, R. y Roux, T. (2006) Courts, rights and social transformation, concluding reflections, En Gargarella, R.; Domingo, P. y Roux, Th, (2006) *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Ashgate Publishing Limited, London, 2006.
- Dworkin, Ronald, (1977) *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- _____, (1982) Law as Interpretation, *Texas Law Review*, vol. 60, pp. 527-50.
- _____, (1985), *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
- _____, (1984) Rights as Trumps, En Waldron, J. (ed.) (1984) *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984.
- _____, (1986) *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press 1986, Traducción castellana de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1988.
- _____, (1996), *Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- _____, (1997) In Praise of Theory, En *Arizona State Law Journal*, vol. 29, pp. 353-375.
- _____, (2000) Must Our Judges Be Philosophers? *Can They Be Philosophers? New York Council for the Humanities Scholar of the Year Lecture* (2000).
- _____, (2004) La lectura moral y la premisa mayoritarista, En Hongju, Slye, y Koh (compiladores), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 101-141.
- Ely, John Hart, (1980), *Democracy and Distrust*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Estlund, David (2005), *Democracy and the Real Speech Situation*, Working Paper, Philosophy, Brown University, September 29, 2005.
- Ferreres Comella, Víctor (1997) *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- Fiss, Owen (1998), Política y Dinero, en *Revista Isonomía* N° 8, Abril 1998.
- Fung, Archon (2003), *Deliberation Before the Revolution, Toward and Ethics of Deliberative Democracy in an Unjust World*, Paper prepared for Seminar in Ethics and Public Affairs, Princeton University Center for Human Values and Woodrow Wilson School, Octubre, 2003.

- Gallie, W. B. (1956) Essentially Contested Concepts, En *Proceedings of the Aristotlean Society*, vol. 56, 1956.
- Gargarella, Roberto (1996), *La justicia frente al gobierno, Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996.
- _____, (2004), In Search of a Democratic Justice, What Courts Should not Do, Argentina (1983-2002), en Gloppen, Siri; Gargarella, Roberto y Skaar, Elin, (2004) *The Accountability Function of the Courts in New Democracies*, Routledge, Londres, 2004; pp. 181-197.
- _____, (2005), *El derecho a resistir el derecho*, Editorial Miño y Dávila, Buenos Aires, 2005.
- _____, (2006), Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights, En Gargarella, R.; Domingo, P. y Roux, Th. (2006) *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Ashgate, London, 2006.
- Gargarella, Roberto y Martí Mármol, José L. (2006), La filosofía del derecho de Jeremy Waldron, convivir entre desacuerdos, En Waldron, J. (2006), *Derecho y desacuerdos*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006; pp. XIII-XLVIII.
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass (1999), The Costs of Rights, Why Liberty Depends on Taxes? New York, W. W. Norton, 1999.
- Kornhauser, L. A. (1992), Modelling Collegial Courts, I, Path-Dependence, En *International Review of Law and Economics*, vol. 12, pp. 169-85.
- _____, (1992b), "Modelling Collegial Courts, II, Legal Doctrine, En *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 8, pp. 441-70.
- Kornhauser, L. A. y Sager, L. G. (1986), Unpacking the Court, En *Yale Law Journal*, vol. 96, November, 82-117.
- _____, (1993), The One and the Many, Adjudication in Collegial Courts, en *California Law Review*, vol. 81, pp. 1-59.
- List, Christian (2004) A Model f Path Dependence in Decisions over Multiple Propositions, en *American Political Science Review*, vol. 98, No, 3, Agosto 2004, pp. 495-513.
- List, Christian y Pettit, Philip (2002), Aggregating Sets of Judgments, An Impossibility Result, En *Economics and Philosophy*, vol. 18, pp. 89-110.

- Mansbridge, Jane (2005), Practice-Thought Practice, en Fung, A. y Olin Wright, E. (2005), *Deepening Democracy, Institutional Innovations in Empowered Participatory Governance*, Verso, London, 2005, pp. 175-197.
- Martí, J. Luis (2006a), *La república deliberativa, una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.
- _____, (2006b) The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended, Reasons, Rightness and Equal Political Liberty, en Besson y Martí (2006), *Deliberative Democracy and Its Discontents, National and Post-national Challenges*, London, Ashgate.
- Michelman, Frank I (1969), *Foreword, On Protecting the Poor through the Fourteenth Amendment*, En *Harvard Law Review*, vol. 83, 1969.
- _____, (1998) The Constitution, Social Rights and Reason, a Tribute to Etienne Mureinik, En *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, pp. 499-507.
- Moreso, Josep Juan (2003) Conflictos entre principios constitucionales, En Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2003; pp. 99-122.
- Nino, Carlos (1984), *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984.
- _____, (1989), *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- _____, (1991), Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad, En *Fundamentos y alcances del control judicial de la constitucionalidad*, Cuadernos y Debates, N° 29, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 97-135.
- _____, (1992), *Fundamentos de derecho constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.
- _____, (1993) On the Exercise of Judicial Review in Argentina, en Stotzky, Irwin (1993), *Transition to Democracy in Latin America, The Role of the Judiciary*, Westview Press, Boulder, Colorado, pp. 309-336.
- _____, (1994) *Derecho, moral y política*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.
- _____, (1996), *La constitución de la democracia deliberativa*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1996.
- Pettit, P. (2001) Deliberative Democracy and the Discursive Dilemma, En *Philosophical Issues* (Supp. Nous), vol. 11, 2001.

- _____, (2003) *Deliberative Democracy, the Discursive Dilemma, and Republican Theory*, En Fishkin, J. and Laslett P. (eds,) *Debating Deliberative Democracy, Philosophy, Politics and Society*, vol. 7, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 138-62.
- Raz, J. (1979) *The Authority of Law, Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford.
- _____, (1992) *The Relevance of Coherence*, en *Boston University Law Review*, vol. 72 (1992) pp. 273-321.
- _____, (1994), *Ethics and the Public Domain, Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Paperback Edition, Oxford.
- Rousseau, J. J. (1754), *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Lito-Fisan, Barcelona, 1976.
- Scalia, Antonin (1995), *Common Law Courts in a Civil Law System, The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, En *Tanner Lectures on Human Values* delivered at Princeton University, 1995.
- _____, (1997), *A Matter of Interpretation, Federal Courts and the Law*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1997.
- Sunstein, Cass (1993) *The Negative Constitution, Transitions in Latin America*, En Stotzky, Irwin P. (ed,) (1993) *Transitions to Democracy in Latin America, The Role of the Judiciary*, Westview Press, Boulder, Colorado, pp.
- _____, (1994) *Political Conflict and Legal Agreement*, en *The Tanner Lectures on Human Values*, November 29, 1995, Harvard University Press.
- _____, (1996) *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford.
- _____, (1999) *One Case at a Time, Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1999.
- _____, (2001) *Social and Economic Rights? Lessons from South Africa*, *University of Chicago, Public Law Working Paper No, 12*.
- _____, (2004) *The Second Bill of Rights*, University of Chicago-Law School, *Basic Books*, June 2004.
- Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian (2005), *Is Capital Punishment Morally Required? The Relevance of Life-Life Trade Offs*, Working Paper, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Marzo 2005.

- Uprimny, Rodrigo (2003), Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía, en Burgos, Germán (ed.) *Independencia Judicial en América Latina, ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Publicación ILSA, Textos de aquí y ahora, Bogotá, 2003.
- Waldron, Jeremy (1999) *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999, Existe traducción al español, *Derecho y Desacuerdos*, Editorial Marcial Pons, Traducción de José Luis Martí y Aguéda Quiroga, Madrid, 2006, por la que se cita.
- _____, (2001), Normative (or Ethical) Positivism, En Coleman, J. (ed.) (001), *Hart's Postscript, Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, pp. 432-433.
- _____, (2002) Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)? En *Law and Philosophy*, vol. 21, pp. 137-164.
- _____, (2004) Can There Be a Democratic Jurisprudence? Working Paper, University of Southern California, Octubre 2004.
- _____, (2006) The Core of the Case Against Judicial Review, en *Yale Law Journal*, vol. 115, N° 6, April 2006, pp. 1346-1406.
- Young, Iris Marion (2001), Activist Challenges to Deliberative Democracy, en *Political Theory*, vol. 29, No, 5, Octubre 2001; pp. 670-690.

Recepción: 7/05/2007

Aceptación: 7/02/2008