



Cuestiones constitucionales

ISSN: 1405-9193

ISSN: 2448-4881

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Olivares, Nicolás Emanuel
Deliberativismo republicano y control constitucional*
Cuestiones constitucionales, núm. 38, 2018, Enero-Junio, pp. 33-62
Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2018.38.11874>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88571739002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

DELIBERATIVISMO REPUBLICANO Y CONTROL CONSTITUCIONAL*

REPUBLICAN DELIBERATIVISM AND CONSTITUTIONAL REVIEW

Nicolás Emanuel OLIVARES**

RESUMEN: La democracia deliberativa recepta una particular concepción de legitimidad democrática, según la cual toda norma, institución o medida política debe ser justificada mediante un proceso deliberativo público. Por un lado, la principal función de este concepto es proveer criterios normativos desde los cuales evaluar las instituciones políticas reales. Por otro, a más de ciertos elementos normativos básicos, cabe advertir que el concepto de democracia deliberativa ha adoptado diversas concepciones rivales, pudiendo ellas ser clasificadas en liberales, republicanas y críticas. Actualmente asistimos a una notoria proliferación de concepciones deliberativas republicanas. Es por ello, que en este trabajo nos proponemos reconstruir y evaluar las respuestas brindadas por renombrados deliberativistas republicanos, a la par que ofrecer una propuesta de diseño institucional alternativa.

Palabras clave: control de constitucionalidad; legitimidad política; democracia deliberativa; concepción neorreplicana; no dominación política.

ABSTRACT: The concept of deliberative democracy receives a particular conception of democratic legitimacy, according to which any rule, institution or policy must be justified by a public deliberative process. On the one hand, the main function of this concept is to provide regulatory criteria from which to assess the actual political institutions. On the other hand, beyond some basic normative elements, it should be noted that the concept of deliberative democracy has taken various competing conceptions, which can be classified as liberal, republican and critical. Currently we are witnessing a remarkable proliferation of republican deliberative conceptions. That is why, in this paper we will reconstruct and evaluate the answers given by renowned republican's deliberativists, at the same time as offering an alternative proposal of institutional design.

Keywords: Constitutional Review; Political Legitimacy; Deliberative Democracy; Neorepublican Conception; Political Non Domination.

* Agradezco a A. Rossetti, R. Gargarella y M. Benente las lúcidas observaciones formuladas a una versión preliminar de este trabajo.

** Doctor en derecho y ciencias sociales (UNC); magíster en derecho y argumentación jurídica (UNC); profesor en Historia constitucional (UNLPam); profesor en Derecho constitucional (UNC); lugar de trabajo: CIJS-UNC. e-mail olivares.nicolasemanuel@gmail.com

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Democracia deliberativa y neorepublicanismo*. III. *Disputas constitucionales y diseño bimodal*. IV. *Derechos individuales y jurado ciudadano*. V. *Un diseño deliberativo neorrepublicano multisituado de control de constitucionalidad*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace más de tres décadas el concepto de democracia deliberativa ha obtenido crecientes adhesiones por parte de renombrados filósofos políticos. Este concepto asume una particular concepción de la legitimidad democrática, según la cual toda norma, institución o medida política debe ser justificada mediante un proceso deliberativo público.

El ideal democrático deliberativo se sostiene centralmente sobre el principio argumentativo de discusión y decisión política, el cual impone por metodología un proceso discursivo de exposición, contestación y balance de razones, llevado a cabo entre los afectados por la norma, medida o institución política sujeta a discusión. En este sentido, cabe señalar que la democracia deliberativa ha nacido como ideal regulativo alternativo a las concepciones democráticas agregativas defendidas durante los años cincuenta a setenta del siglo pasado, sea que ellas adoptasen una perspectiva elitista, o pluralista, las cuales se apoyan principalmente sobre los principios de discusión y decisión política conocidos habitualmente como negociación y voto.¹

Cabe advertir que la *unicidad* del *concepto* de democracia deliberativa no impide la existencia de distintas *concepciones* del mismo. Por un lado, dichas concepciones pueden clasificarse dependiendo del tipo de sujetos, debate, y alcance geográfico que asuman. De este modo, el proceso democrático deliberativo puede ser hipotético o real, llevado a cabo por ciudadanos o sus representantes, tener un alcance nacional o internacional, entre otros

¹ A mayor abundamiento, la concepción democrática deliberativa se opone a las *concepciones democráticas neopopulistas*, que colocan en manos de un líder político ungido por una masa de ciudadanos los destinos de una nación, a la par que se distancia de aquellas *concepciones democráticas comunitaristas* que definen el principio de legitimidad política con base en una interpretación comprehensiva de la idea de bien común, así como se diferencia de aquellas *concepciones democráticas agonistas* que promueven una lucha política constante entre un nosotros y un ellos. Véase Martí, J. L., *La República deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 11-17.

aspectos a considerar.² Por otro lado, el concepto de democracia deliberativa adopta diversas concepciones rivales, dependiendo de la tradición filosófica en la cual se inscriba, pudiendo ser clasificadas en liberales, republicanas y críticas.³ Cada una de estas corrientes filosóficas políticas generales, asume una particular definición del ideal de libertad política, el cual puede ser definido como no interferencia arbitraria (liberalismo), emancipación política (ética discursiva), o bien no dominación política (neorrepiblicanismo).

Actualmente asistimos a una notoria proliferación de concepciones deliberativas republicanas, entre las cuales cabe destacar a las teorizaciones efectuadas por J. L. Martí y P. Pettit. Ello sin contar el importante número de deliberativistas autoproclamados como liberales (C. S. Nino, J. Rawls, J. C. Bayón, etcétera), así como aquellos afiliados a la escuela ética discursiva alemana (J. Habermas, C. Røstboll, etcétera) cuyos trabajos admiten cierta compatibilidad entre su postura y algunos o varios de los postulados del neorrepiblicanismo deliberativo.

Independientemente de la concepción asumida, la función principal del ideal democrático deliberativo es proveer criterios normativos desde los cuales analizar las instituciones políticas reales, así como proponer nuevas instituciones. La democracia deliberativa, se erige entonces como un concepto político normativo que provee estándares de legitimidad política para evaluar los diseños institucionales actuales. En este sentido, han sido numerosas las instituciones políticas analizadas, así como las propuestas de nuevas instituciones efectuadas de manera exploratoria.⁴

Entre las instituciones reales evaluadas bajo estándares democráticos deliberativos, cabe mencionar al *mecanismo de control judicial de constitucionalidad* (CJC), el cual ha recibido especial atención por parte de los deliberativistas. En resumidas cuentas, los defensores de la democracia deliberativa se han abocado a dilucidar dos cuestiones íntimamente relacionadas. En primer lugar, la pregunta ha sido por la legitimidad política de aquel mecanismo jurídico. En segundo lugar, evacuado el interrogante

² Gutmann, A. y Thompson, D., *Why Deliberative Democracy?*, Princeton, Princeton U. P., 2004, pp. 21-39.

³ Olivares, N. E., “El constitucionalismo democrático desde una concepción democrática deliberativa”, *Anuario del CIJS*, núm. XV, 2015, pp. 125 y 126.

⁴ Véase Fishkin, J. S., *When the People Speak. Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

anterior, han intentado explicitar cuál sería el diseño institucional que mejor cumple con los estándares democráticos deliberativos.⁵

En este trabajo analizaremos las propuestas teóricas de dos filósofos políticos contemporáneos, a saber: H. Spector y E. Ghosh. El lector se preguntará entonces cuáles son los motivos que justifican este particular recorte en materia de investigación. En respuesta, cabe señalar que la elección de estos autores y no de otros, responde a numerosas razones. Entre ellas mencionaremos a las siguientes. En primer lugar, sus trabajos no han sido profusamente difundidos entre los académicos latinoamericanos, lo cual les otorga el atractivo de novedad teórica. En segundo lugar, sus propuestas de diseño institucional parten de una particular concepción democrática que coincide en mucho con la postura aquí reconstruida como concepción deliberativa neorrepública, lo cual vuelve sus trabajos cercanos a nuestro ideal político, y nos permite emplear entonces un lenguaje teórico más o menos común. En tercer lugar, sus propuestas concretas de diseño institucional intentan salirse de las opciones estándar barajadas por los deliberativistas. En este sentido, no recurren a la ya sobre explorada posibilidad de diálogo entre una corte suprema o constitucional y los restantes poderes constituidos (Rawls, Habermas, etcétera), ni optan por la ya ultra analizada opción de adoptar un modelo parlamentario de control de constitucionalidad (Linares, Bayón, etcétera). En cuarto lugar, tanto H. Spector como E. Ghosh, han tenido por objeto de estudio al control de constitucionalidad desde una perspectiva deliberativa republicana, en varios de sus trabajos más recientes, lo cual nos coloca en presencia de dos especialistas de gran actualidad en la materia.

Atendiendo a este específico trasfondo conceptual, es que en el presente trabajo nos proponemos cumplimentar *tres objetivos centrales*: 1) reconstruir y evaluar dos propuestas de diseño institucional, ofrecidas en defensa de un control deliberativo republicano de constitucionalidad por dos filósofos de renombre internacional (H. Spector y E. Ghosh); 2) explicitar ciertas objeciones contra dichas posturas teóricas, y 3) justificar la adopción de un diseño deliberativo neorrepública alternativo, de control de constitucionalidad, de tipo multisituado.

⁵ Olivares, N. E., “División deliberativa de poderes y control judicial dialógico”, *Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de La Pampa*, núm. 2, VII, 2015, pp. 11-13.

II. DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y NEORREPUBLICANISMO

El *concepto* de democracia deliberativa puede ser definido como aquel ideal regulativo conforme el cual la legitimidad democrática de las normas, instituciones y medidas políticas depende de la existencia de un proceso intersubjetivo de justificación política, en el cual intervienen todos los potencialmente afectados por la misma.⁶

Sin embargo, hemos señalado que el concepto de democracia deliberativa puede asumir distintas *concepciones*, las cuales pueden ser clasificadas en: *a)* participativas o representativas, reales o hipotéticas, nacionales o internacionales, dependiendo del sujeto, proceso, y alcance geográfico asumido;⁷ así como en: *b)* liberales, críticas y republicanas,⁸ dependiendo del concepto de libertad política asumido (no interferencia, emancipación política, no dominación política).

Al respecto, consideramos que esta segunda clasificación es mucho más interesante que la primera, por numerosas razones. En primer lugar, la primera clasificación no atiende a los fines últimos de la deliberación democrática,

⁶ Esta definición estándar del concepto de democracia deliberativa, está respaldada por las teorizaciones efectuadas en los siguientes trabajos Martí, J. L., *La República...*, cit.; Gutmann, A. y Thompson D., *Democracy and Disagreement*, Harvard, Harvard University Press, 1996; id., *Why Deliberative Democracy?*, Princeton, Princeton University Press, 2004; Rawls, J., *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1996; Nino, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997; Parkinson, J. et al., *Deliberative Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2012; Habermas, J., “Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa”, *Polis. Revista de la Universidad Bolivariana*, vol. 4, núm. 10, 2005; Dryzek, J., *Deliberative Democracy and Beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2000; Røstboll, C., *Deliberative Freedom. Deliberative Democracy as Critical Theory*, Nueva York, State University of New York Press, 2008; entre otros.

⁷ Gutmann, A. y Thompson, D., *Why Deliberative...*, cit., pp. 21-39.

⁸ Entre quienes defienden una concepción deliberativa liberal destacan las teorizaciones de Rawls, J., *Political Liberalism...*, cit.; Nino, C. S., *La constitución de...*, cit.; Gutmann, A. y Thompson D., *Democracy and...*, cit.; Parkinson, J. et al., *Deliberative Systems...*, cit. Al interior de la concepción deliberativa republicana cabe resaltar la postura republicana cívica defendida por Martí, J. L., *La República...*, cit.; Pettit, P., *Republicanism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997; id., *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012. Finalmente, entre las teorías deliberativas críticas deben mencionarse a los siguientes autores Habermas, J., “Tres modelos...”, cit.; Zurn, C. F., *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007. Dryzek, J., *Deliberative...*, cit., y C. Røstboll, C., *Deliberative Freedom...*, cit.

los cuales únicamente pueden ser clasificados atendiendo a una concepción filosófica política más general. En segundo lugar, aquellos deliberativistas que defienden un determinado tipo de sujeto, no necesariamente promueven un proceso particular, ni un alcance geográfico específico, de manera que las opciones pueden combinarse y no son excluyentes. Sin embargo, quienes asumen una determinada concepción del valor libertad política se comprometen inmediatamente con una postura más o menos estándar sobre la democracia deliberativa, lo cual a su vez impide que se solapen o combinen unas categorías con otras.

En este trabajo, adoptamos como fuente de criterios normativos de evaluación del control de constitucionalidad, una particular concepción deliberativa de tipo republicana, la cual será aquí denominada *concepción deliberativa neorreplicana*. Una postura análoga ha sido defendida por deliberativistas de la talla de J. L. Martí y P. Pettit.

Para explicitar con algo más de detalle a qué nos referimos con esta *concepción deliberativa neorreplicana*, es que reconstruiremos brevemente las teorizaciones de dichos autores. En este sentido, consideraremos que este ejercicio teórico de clarificación conceptual es sumamente necesario, ya que existen numerosos matices al interior de la tradición política neorreplicana, así como otros tantos entre quienes se adhieren a un modelo democrático deliberativo, los cuales requieren ser precisados para no caer en equívocos. Primero introduciremos la postura teórica de J. L. Martí, para luego hacer lo propio con la de P. Pettit.

J. L. Martí se adhiere a una particular combinación entre las concepciones deliberativa y republicana bajo una justificación mixta de tipo epistémica y sustantiva.⁹

Sin embargo, Martí ofrece como tesis central de toda concepción deliberativa epistémica la siguiente: el concepto de democracia deliberativa se justifica frente a otros conceptos de democracia, según el procedimiento político de toma de decisiones que promueve posee mayor valor epistémico que el de sus rivales. El calificativo “mayor valor epistémico”, significa que las decisiones resultantes del procedimiento democrático deliberativo tienen una mayor probabilidad de cumplir con un estándar de corrección normativo de tipo intersubjetivo, que resulta parcialmente independiente

⁹ Véase Martí, J. L., “The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended”, en Besson, S. y Martí, J. L. (eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents. National and Post-National Challenges*, Londres, Ashgate, 2006, pp. 1-32.

de los juicios de valor, creencias e intereses de los sujetos que intervienen en dicho proceso.¹⁰

Ahora bien, J. L. Martí reconoce que uno de los temores bien fundados, relativos a la adopción de la concepción epistémica de la democracia deliberativa es que la misma puede llevarnos a asumir una tesis elitista, conforme a la cual debiéramos poner en manos de unos pocos sabios políticos las decisiones de todos los ciudadanos. Sin embargo, propone la adopción de una democracia deliberativa neorreplicana, la cual incorpora a la par de la justificación epistémica, una justificación sustantiva acerca de la igual dignidad política de los ciudadanos y la búsqueda de la igual libertad política, siendo que en su esquema de pensamiento la libertad política debe ser entendida como no dominación.¹¹

En precisión de conceptos, J. L. Martí advierte que la concepción deliberativa y republicana son diferenciables tanto pedagógica como normativamente, aunque pueden yuxtaponérse. ¿De qué manera podrían solaparse? Por un lado, la democracia deliberativa puede ser definida desde una perspectiva neorreplicana señalando que a los fines de satisfacer los estándares deliberativos resulta atractivo adoptar una concepción neorreplicana de la libertad política y las virtudes cívicas. Aquí el neorreplicanismo constituye un medio para los fines deliberativos. Por otro lado, la democracia republicana, en su búsqueda por garantizar la no dominación política, podría emplear como medio idóneo una concepción deliberativa de la política, garantizando así por medio de la deliberación, la posibilidad de que los ciudadanos tengan efectiva influencia y control sobre el accionar de su gobierno en materia de políticas públicas.¹²

Según J. L. Martí, la mejor manera de realizar los principios neorreplicanos de libertad como no dominación e igual dignidad política, requiere de una particular forma activa de participación política ciudadana, que

¹⁰ *Ibidem*, p. 33.

¹¹ *Ibidem*, pp. 238-243.

¹² Cabe advertir que el neorreplicanismo —o republicanismo contemporáneo— es compatible con sostener una justificación instrumental del valor de las virtudes políticas, es decir, no se defiende bajo una justificación intrínseca de las virtudes cívicas, ni tampoco sobre bases morales perfeccionistas de otro tipo. La promoción de ciudadanos virtuosos es efectuada aquí como un medio para lograr un fin valioso en sí mismo, que es el de libertad política, entendida como no dominación política. Véase Lovett, F., “Republicanism”, disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/republicanism/> (consultada el 10 de marzo de 2013, 2010, §§ 3.1. y 3.2).

es la deliberación pública. De este modo, las instituciones públicas deben diseñarse con miras a cumplir dichos fines neorrepiblicanos, para lo cual adoptan una estructura deliberativa. Es decir, los procedimientos políticos para ser legítimos en términos neorrepiblicanos deben permitir la igual participación política de todos los afectados por la norma, institución o medida política adoptada, en el proceso deliberativo de discusión y sanción.¹³

Por su parte, P. Pettit señala que las principales *tres características* del neorrepiblicanismo, por oposición a ciertos tipos de liberalismo y comunitarismo, son la defensa de una particular definición del ideal normativo de libertad política en tanto no dominación, así como la prescripción de una ciudadanía crítica contestataria y un diseño constitucional mixto.¹⁴

En cuanto al concepto de *libertad política como no dominación*, P. Pettit señala que debe ser entendido como la posibilidad que tiene un ciudadano de vivir sin estar sujeto al potencial poder destructivo de un tercero, siendo su garantía la prioridad del Estado republicano.¹⁵

En relación con el concepto de *ciudadanía contestataria*, P. Pettit sostiene que consiste en contar con un conjunto de ciudadanos democráticos que tienen la intención y efectiva posibilidad de influir y controlar los actos públicos de gobierno. De este modo, los ciudadanos están comprometidos moralmente a someter a su juicio imparcial a las instituciones y agentes públicos, así como a controlar todas las normas y medidas públicas coercitivas sancionadas por sus representantes políticos.¹⁶

En lo atinente al concepto de *constitución política mixta*, P. Pettit advierte que refiere a un diseño constitucional específico que combina autoridades y mecanismos plenamente democráticos, con ciertos límites jurídicos sustantivos no disponibles democráticamente, protegidos por ciertas autoridades

¹³ Sin embargo, J. L. Martí advierte sabiamente que no deben confundirse las distintas concepciones de democracia, las cuales están superpuestas en su particular propuesta teórica. Por un lado, no todas las concepciones de democracia deliberativa son participativas, ya que pueden ser representativas, ni tampoco todas son republicanas, pues pueden coincidir con los presupuestos liberales o éticos discursivos. Por otro lado, no todas las concepciones republicanas son deliberativas, sino que pueden adoptar otros mecanismos de decisión y control políticos. Martí, J. L., “*Republicanismo y democracia: Principios básicos de una república deliberativa*”, en Arango, R. (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007, pp. 156-160.

¹⁴ Pettit, P., *Republicanism...., cit.*, pp. 5-8.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

jurídicas no popularmente electas que ofician de árbitros imparciales en disputas de derechos.¹⁷

P. Pettit señala que el republicanismo deliberativo debe ser entendido como una teoría que otorga prioridad lógica, normativa y temporal a la protección del ideal de *legitimidad política*, el cual tiene por meta garantizar la no dominación pública del Estado sobre los particulares, por sobre el ideal de *justicia social*, el cual tiene por fin evitar la no dominación privada de los particulares por sobre los particulares. Al respecto, el neorrepublicanismo deliberativo se opone a aquellas teorías políticas que consideran que el valor de justicia social debe ser entendido como prioritario en términos lógicos, normativos y temporales, al de legitimidad política.¹⁸

Ahora bien, para comprender acabadamente a qué se refiere P. Pettit con el principio de *libertad como no dominación*, debe precisarse entonces qué se entiende por los subprincipios o principios derivados de la influencia y el control político.¹⁹

En cuanto a la noción de *influencia política*, P. Pettit sostiene que debe estar equitativamente distribuida entre todos los afectados por la norma, institución o medida sujeta a discusión, siendo necesario que los ciudadanos cuenten con la adecuada y efectiva posibilidad de encaminar, dirigir, trazar, informar, el rumbo político estatal. La influencia política implica la capacidad de determinar el alcance y sentido de las políticas públicas de gobierno, lo que requiere mínimamente una ciudadanía atenta, crítica, bien informada, capaz de editar de la manera que mejor le parece el rumbo político del Estado nacional. De este modo, P. Pettit no impone sobre los ciudadanos aquí la obligación de participar en todos y cada uno de los procesos deliberativos y de decisión política, sino sólo en aquellos que marquen o determinen el cauce de la política nacional.²⁰

En relación con la noción de *control político*, la misma debe ser entendida como la potestad efectiva de la ciudadanía de revisar el comportamiento de su gobierno, a los fines de verificar si las normas, instituciones y medidas políticas adoptadas por sus representantes, son congruentes con los fines y propuestas deliberativamente determinadas por los ciudadanos.²¹

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

¹⁹ *Ibidem*, caps. 4 y 5.

²⁰ *Ibidem*, pp. 187, 188, 218, 229 y 303-306.

²¹ *Ibidem*, pp. 239, 240, 259-279 y 306-310.

Finalmente, cabe destacar que más allá de su confianza en la deseabilidad y factibilidad de un modelo democrático neorreplicano de influencia y control político, P. Pettit nos advierte acerca de los distintos factores que podrían atentar contra la *implementación efectiva* de una influencia política ciudadana individualizada, incondicionada y eficaz. En particular, el autor se detiene a analizar tres posibles fuentes disruptivas de dicho tipo de influencia ciudadana, a saber: los políticos electos, los grupos de influencia privada y las autoridades de gobierno no popularmente electas.²²

En especial, P. Pettit analiza como una de las posibles fuentes de distorsión política de tipo estructural institucional, la existencia de autoridades políticas no electas por sufragio popular, sino por representantes políticos electos, para desempeñarse en funciones públicas independientes a la voluntad y control de sus designantes.²³ En este caso, P. Pettit dice que dichas agencias no popularmente electas pueden cumplir valiosas funciones políticas en beneficio de la ciudadanía, constituyéndose en medios o mecanismos adecuados por donde canalizar la influencia política ciudadana. Ello, si y sólo si, esas mismas agencias, están obligadas a cumplimentar ciertos requisitos normativos procedimentales, así como están constitucional o legalmente sujetas al control popular, sea por referéndum popular o mediante una agencia ciudadana estable encargada de su control, o bien por mecanismos populares indirectos en los cuales ciertos agentes popularmente electos controlan a su vez a aquellas agencias no popularmente electas.²⁴

Ahora bien, ¿cuáles estándares normativos neorreplicanos constituirán nuestros criterios normativos de evaluación, mediante los cuales analizaremos los diseños institucionales de control de constitucionalidad esbozados por H. Spector y E. Ghosh?

En relación con las *directrices generales* acerca de cómo implementar adecuadamente un control deliberativo de constitucionalidad, que sean consistentes con una concepción neorreplicana de la democracia deliberativa, consideramos que a más del criterio normativo general de *libertad política como no dominación*, y sus *derivados de igual influencia y control político*, pueden identificarse *cuatro criterios complementarios*, que aportan mayor precisión a la tarea evaluativa: *a) participatividad, b) contextualidad, c) dialogicidad y, d) sistematicidad.*

²² *Ibidem*, p. 231.

²³ *Ibidem*, pp. 235 y 236.

²⁴ *Ibidem*, pp. 236 y 237.

En otras palabras, consideramos que todo mecanismo de control de constitucionalidad que deseé satisfacer plenamente el ideal deliberativo neorrepublicano, debiera seguir las siguientes pautas genéricas: *a)* posibilitar la participación directa, real, constante, organizada y transparente de un número representativo de ciudadanos afectados, no sólo en la influencia y control, sino incluso en el proceso deliberativo de discusión y decisión misma; *b)* atender adecuadamente a las características particulares de la práctica constitucional vigente en aquella sociedad democrática concreta donde desea implementarse; *c)* desarrollarse en un marco político dialógico y cooperativo entre poderes constituidos de gobierno e instancias formales e informales de deliberación ciudadana, y *d)* equilibrar, balancear, sopesar, compensar, las tareas de control de constitucionalidad desempeñadas por una unidad política o nodo deliberativo individual, con las llevadas adelante por otras, buscando siempre la legitimidad y la sustentabilidad deliberativas.

Consideramos que estas pautas complementarias más específicas no conllevan necesariamente la adopción de un único diseño institucional universalmente válido, sino que son compatibles con distintos diseños, todos ellos legítimos desde una concepción democrática deliberativa neorrepublicana. Sin embargo, consideramos valioso en términos didácticos explorar cómo podría ser una de dichas posibles versiones.

Hasta aquí, hemos planteado los objetivos generales de nuestra empresa teórica, así como precisado en detalle cuáles son nuestros criterios normativos de evaluación. Acto seguido, en los próximos dos apartados reconstruiremos y evaluaremos los diseños institucionales ofrecidos, desde un enfoque deliberativo neorrepublicano, por H. Spector y E. Ghosh, en materia de control de constitucionalidad de las leyes. Finalmente explicitaremos un diseño institucional alternativo, el cual consideramos permitiría satisfacer más adecuada y eficazmente los estándares evaluativos mencionados.

III. DISPUTAS CONSTITUCIONALES Y DISEÑO BIMODAL

H. Spector sostiene que el control constitucional es un asunto complejo porque abarca dos tipos diferentes de disputas constitucionales: 1) disputas sobre poderes, y 2) disputas sobre derechos. Por un lado, al interior de las disputas sobre poderes, se distingue entre: *a)* conflictos verticales (federalismo), y *b)* conflictos horizontales (división de poderes). Por el otro, al interior de las disputas sobre derechos, el autor diferencia entre: *a)* re-

clamos de minorías hacia mayorías y, *b)* reclamos de ciudadanos hacia sus representantes.²⁵

De acuerdo con H. Spector, todos los derechos morales sustantivos reconocidos por las Constituciones incluyen derechos morales procedimentales. Esos derechos procedimentales tienen dos dimensiones: una de reclamo y una de respuesta. Dentro de la *dimensión de reclamo*, se incluye el derecho a expresar agravios por violaciones de derechos y a presentar la demanda dentro de un arreglo institucional adecuado. Dentro de la *dimensión de respuesta*, incluye el deber del demandado de dar una respuesta imparcial y razonada al demandante.

Según Spector, dado que los derechos procedimentales constituyen *un sistema de justicia procedural puro*, no hay ningún estándar de resultados deseados al que podamos hacer referencia para evaluar si las instituciones jurídicas existentes cumplen adecuadamente con los derechos procedimentales. Por lo tanto, no hay ninguna *justificación instrumental* posible del control judicial en términos de derechos morales procedimentales. De este modo, el autor sostiene que la evaluación de las prácticas constitucionales existentes en relación con los derechos morales procedimentales debe ser hecha desde el punto de vista de si esos derechos están incorporados o encarnados conforme a esas prácticas.²⁶

Asimismo, señala que, desde un enfoque deliberativo republicano, ciertos filósofos defienden la tesis de que el CJC es un arreglo adecuado para incorporar esos derechos morales procedimentales. Sin embargo, advierte que los tribunales supremos y constitucionales: *a)* no satisfacen la igual libertad política en términos de no dominación y, *b)* pueden presentar en la práctica disfunciones, cuando son sensibles a las demandas del Estado que integran, o cuando son susceptibles a las influencias de élites o grupos de interés particulares.²⁷

Atendiendo a dichas razones, H. Spector ha explorado un *arreglo institucional híbrido o bimodal* que permite incorporar los derechos morales procedimentales de una manera más satisfactoria. Este arreglo incluye *un jurado constitucional*, es decir ciudadano, como *alternativa institucional*

²⁵ Spector, H., “Un sistema democrático de control constitucional”, en Gargarella, R. (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, pp. 193-195.

²⁶ *Ibidem*, p. 206.

²⁷ *Idem*.

a disposición (opcional) de los reclamantes por la violación de derechos constitucionales. Este autor considera que el jurado constitucional, entendido como una opción jurídica, es una institución practicable y puede dar respuestas imparciales y razonadas al menos tan bien como sus contrapartes judiciales. En este sentido, este filósofo sostiene que sus mayores ventajas son que respeta más plenamente la igual libertad política y que ofrece a los ciudadanos una alternativa de defensa de sus derechos cuando la judicatura es diferente a los intereses del poder político o económico.²⁸

De este modo, Spector sostiene que los ciudadanos deberían tener el *derecho opcional* a que sus reclamos relacionados con derechos sean resueltos por un *jurado constitucional ciudadano*. Al igual que una corte constitucional, un jurado constitucional puede decidir cuestiones de interpretación constitucional. De este modo, el jurado constitucional respetaría tanto a los derechos morales procedimentales como la igual libertad política.²⁹ Específicamente, el autor asume las siguientes tesis sobre los jurados constitucionales: *a)* pueden funcionar en la práctica; *b)* respetan plenamente la igual libertad política; *c)* pueden otorgar respuestas imparciales, y *d)* pueden otorgar respuestas razonadas.³⁰

H. Spector reconoce que en las disputas sobre derechos del *tipo a* (minorías contra mayorías), un jurado constitucional puede ser inefectivo, dependiendo de los sentimientos mayoritarios existentes, y que una institución no mayoritaria como el CJC sigue siendo una alternativa viable. Sin embargo, un jurado constitucional sería la institución más efectiva para proteger los derechos en las disputas sobre derechos del *tipo b* (ciudadanos contra representantes), en particular en países donde los jueces son diferentes a los representantes políticos, o en los casos en que los jueces y los representantes tienen intereses y preocupaciones compartidas. Asimismo, un jurado constitucional es una opción útil cuando los ciudadanos tienen que defender sus derechos frente a grupos corporativos que pueden ejercer influencia sobre la judicatura.³¹

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Ibidem*, p. 195.

³⁰ *Ibidem*, pp. 202-205.

³¹ Como puede apreciarse, H. Spector afirma que los ciudadanos tienen una opción y no una obligación de recurrir a un jurado constitucional, de modo que ellos usarán tal opción cuando anticipen que el beneficio esperado del jurado, en términos de la protección de sus derechos constitucionales, es mayor al beneficio esperado de un tribunal (cálculo utilitarista). Por consiguiente, señala que no es necesario que una reforma constitucional

Más específicamente, H. Spector propone adoptar un sistema de jurados constitucionales, compuesto por un número aproximado de entre 36 a 72 ciudadanos seleccionados al azar. Dicha vía procesal sería de tipo recursiva y de carácter opcional para aquellos ciudadanos que deseen evitar el mecanismo de CJC. Dichos jurados constitucionales tendrían limitada su jurisdicción a cuestiones constitucionales relativas a violaciones de derechos individuales, quedando excluidas de su alcance aquellas cuestiones constitucionales relativas a los procedimientos e instituciones gubernamentales. Estas últimas cuestiones constitucionales seguirían en manos de un mecanismo de CJC de tipo americano.³²

En cuanto a la evaluación normativa del diseño institucional propuesto por Spector, consideramos que el mismo cumple adecuadamente con dos de las directrices evaluativas específicas e incumple con dos de ellas.

En lo atinente a los estándares evaluativos cumplidos, puede señalarse que el diseño institucional defendido por Spector cumple parcialmente con los siguientes dos: C1) una *concepción participativa* de los sujetos deliberantes, aunque lo hace de forma acotada, en tanto si bien promueve la existencia de un jurado ciudadano que revise la constitucionalidad de las leyes, le impone numerosos límites, de forma, contenido y alcance; y C4) un *enfoque sistémico* del desempeño democrático deliberativo, conforme el cual la legitimidad del mecanismo de control de constitucionalidad debe analizarse en función de su contribución a la calidad deliberativa del sistema político general del cual forma parte. Aunque no precisa que otros nodos o

restrinja el derecho opcional a convocar a un jurado constitucional a un tipo particular de disputas. Antes bien, sería conveniente que la opción sea otorgada en forma general con el fin de que la discrecionalidad en la determinación de si un caso pertenece al tipo especificado no termine desnaturalizando todo el sentido de la institución. Al respecto véase Spector, H., “Un sistema democrático...”, *cit.*, pp. 195 y 196.

³² El efecto de dichas sentencias sería la declaración de inconstitucionalidad inter partes para el caso concreto, sin surtir efectos *erga omnes* pasados, presentes ni futuros. En este esquema institucional, los jurados no podrían dictar o proponer reglas, normas o principios que remplacen a la norma declarada inconstitucional, sino simplemente estarían habilitados para justificar en el caso concreto este carácter anulable de la norma infraconstitucional. Sin embargo, los jurados constitucionales no sólo deberían pronunciarse por el sí o por el no de la inconstitucionalidad de la norma sujeta a análisis, sino también explicitar los argumentos en los que se basan para fundar su decisión. Véase Spector, H., “The Right to a Constitutional Jury”, *Legisprudence*, núm. 3, vol. 1, 2009, pp. 120-122.

foros deliberativos formales e informales completarían el cuadro estructural de aquel sistema deliberativo general.

En relación con los criterios evaluativos incumplidos, pueden identificarse los siguientes dos: C2) una *perspectiva contextualista* de los diseños institucionales, en cuanto Spector no analiza la pregunta por el más adecuado diseño institucional del mecanismo de control de constitucionalidad atendiendo a las particulares características normativas no ideales de cada sociedad, sino que promueve un particular diseño institucional en principio apto para todo sistema jurídico; y C3) una *modalidad dialógica epistémica* de interacción entre poderes constituidos, porque en ningún momento critica al sistema de frenos y contrapesos, e incluye su sistema híbrido de control de constitucionalidad en el marco de una democracia pluralista agregativa típica, donde los poderes constituidos se enfrentan constantemente.

IV. DERECHOS INDIVIDUALES Y JURADO CIUDADANO

E. Ghosh señala que a la hora de evaluar el mecanismo de CJC los defensores de una concepción deliberativa de la democracia no han atendido debidamente la posibilidad de instrumentar un tribunal ciudadano (jurado ciudadano) integrado por jurados, en *remplazo de* un tribunal judicial compuesto por jueces.³³ E. Ghosh considera que la tarea de democratizar el mecanismo de control de constitucionalidad podría asumir una forma más radical, donde un grupo estadísticamente representativo de los intereses defendidos por los ciudadanos comunes sea quien tome las decisiones principales. Esta modalidad o forma institucional resulta a consideración del autor no sólo deseable (correcta) sino también posible (viable). La evidencia empírica, sobre la cual E. Ghosh sustenta su postura es la relativa a los diseños deliberativos institucionales defendidos paradigmaticamente por J. Fishkin, a saber: los sondeos deliberativos (*deliberative polls*) y las jornadas de deliberación ciudadana (*deliberative days*).³⁴

En cuanto a sus presupuestos normativos, E. Ghosh asume una concepción deliberativa republicana conforme la cual los ciudadanos comunes no

³³ Ghosh, E., “Deliberative Democracy and the Countermajoritarian Difficulty: Considering Constitutional Juries”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 30, vol. 2, 2010, p. 327.

³⁴ *Ibidem*, p. 328.

sólo están capacitados para participar del proceso de discusión y toma de decisiones políticas, sino que el Estado debe instrumentar los mecanismos institucionales adecuados para que ello ocurra. En su consideración, los mecanismos de decisión y control políticos deben promover igual libertad política de los ciudadanos. En este contexto teórico es que se enmarca su propuesta de un *tribunal ciudadano*, cuyos integrantes (jurados) serían elegidos por sorteo entre quienes integran el padrón electoral de cada sociedad democrática.³⁵

Este autor se opone a los argumentos deliberativos brindados por quienes defienden un control de constitucionalidad con supremacía judicial y propone en su remplazo un tribunal ciudadano cuyas sentencias pueden en última instancia ser revisadas por el Poder Legislativo.³⁶

Más precisamente, E. Ghosh propone un sistema de jurados constitucionales llamado tribunal ciudadano, con jurisdicción limitada a cuestiones constitucionales relativas a violaciones de derechos individuales, quedando excluidas de su alcance aquellas cuestiones constitucionales relativas a los procedimientos e instituciones gubernamentales las cuales quedarían en manos de un tribunal judicial.³⁷

El autor recomienda que dicho tribunal ciudadano esté integrado por al menos unos 200 jurados, siendo ellos ciudadanos seleccionados aleatoriamente que manifiesten su voluntad expresa de participar. El caso o expediente judicial llevado a manos del tribunal ciudadano se conformaría con las referencias, doctrina o jurisprudencia ya asentada por tribunales de apelación o supremos en casos análogos de violación de derechos individuales constitucionales, y con las recomendaciones proferidas por tribunales ciudadanos que previamente fallaron sobre el mismo o análogo tema.³⁸

E. Ghosh señala que los miembros del tribunal ciudadano (jurados) podrían ser llamados periódicamente para seleccionar cuáles casos deben atenderse de los que los particulares ponen en discusión. Para efectuar dicha selección, los jurados deberían apoyarse en opiniones consultivas

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Ibidem*, p. 329. De este modo, la postura de E. Ghosh se diferencia de la postura de S. Linares, quien propone desde un enfoque deliberativo un control judicial con supremacía legislativa, y con ello se opone a la postura de J. Waldron, quien desde una concepción democrática mayoritaria (no deliberativa) propone un control de constitucionalidad netamente parlamentario, sin complementarlo con un jurado ciudadano.

³⁷ *Ibidem*, pp. 328-332.

³⁸ *Idem.*

emitidas por un panel de jueces. Estos últimos podrían ser clasificados por una comisión parlamentaria en temas, teniendo en cuenta una lista de magistrados federales voluntariamente anotados para desempeñar dicha tarea de asesoramiento. La selección final de qué jueces serán colocados en cada panel concreto debería hacerse por sorteo.³⁹

Es importante destacar que para dicho autor los jurados ciudadanos tendrían la posibilidad de echar mano de toda norma constitucional o precedente de esta jerarquía normativa para justificar sus sentencias. Sin embargo, recomienda establecer límites en el alcance y facultades de los jurados ciudadanos, entre ellos se debiera evitar que recaigan en ellos los casos técnicamente más difíciles y que sus sesiones sean demasiado frecuentes.⁴⁰

Finalmente, E. Ghosh sostiene que su propuesta de adoptar un control de constitucionalidad a manos de un tribunal ciudadano en remplazo del mecanismo de CJC, es mucho más radical que las restantes propuestas de diseño institucional existentes entre los deliberativistas.⁴¹

En cuanto a la evaluación normativa del diseño institucional propuesto por E. Ghosh, consideramos que el mismo cumple adecuadamente con dos de las directrices evaluativas específicas e incumple con dos de ellas.

En lo atinente a los estándares evaluativos cumplidos, puede señalarse que el diseño institucional defendido por E. Ghosh cumple parcialmente con los siguientes dos: C1) una *concepción participativa* de los sujetos deliberantes, debido a que se promueve la existencia de un tribunal, corte o jurado ciudadano con facultades de revisión de la constitucionalidad de las leyes, aunque le imprime numerosos límites y restricciones; y C4) un *enfoque sistémico*, o enfoque de gran escala sobre el desempeño democrático deliberativo de las instituciones de gobierno, en tanto E. Ghosh analiza detenidamente qué roles cabe otorgar a la ciudadanía, el Poder Judicial y el Poder Legislativo en el marco de un sistema deliberativo general. Sin embargo, E. Ghosh no da cuenta de que otras instituciones deliberativas podrían coadyuvar a la legitimidad y estabilidad del sistema deliberativo.

En relación con los criterios evaluativos incumplidos, pueden identificarse los siguientes dos: C2) una *perspectiva contextualista* de los diseños institucionales, ya que E. Ghosh no analiza variaciones en su diseño institucional atinentes al contexto, es decir su propuesta de diseño institucional no

³⁹ *Ibidem*, pp. 346 y 347.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 349.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 358 y 359.

atiende plenamente a las particulares características normativas no ideales de cada sociedad; y C3) una *modalidad dialógica epistémica* de interacción entre poderes constituidos, dado que E. Ghosh no reniega del sistema de interacción agonal entre poderes constituidos (frenos y contrapesos) y no promueve explícitamente su remplazo por un sistema de interacción dialógico.

V. UN DISEÑO DELIBERATIVO NEORREPUBLICANO MULTISITUADO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Una vez reconstruidas y evaluadas las distintas posturas específicas asumidas por ciertos reconocidos deliberativistas republicanos, en respuesta al interrogante sobre la legitimidad democrática deliberativa del CJC (3. y 4.), cabe precisar cuál es nuestra particular postura al respecto. Es por ello que en este apartado procederemos a ensayar un posible diseño institucional de control de constitucionalidad que satisfaga los estándares normativos de evaluación generales (libertad como no dominación, efectiva influencia y control ciudadano) y específicos (participatividad, contextualidad, dialogicidad y sistematicidad) empleados en este trabajo.

En cuanto al diseño institucional de control de constitucionalidad que podría adoptarse desde un enfoque normativo de *lege ferenda*, consideramos recomendable la implementación de un mecanismo de *control de constitucionalidad ciudadano multisituado*,⁴² el cual debiera llevarse a cabo mediante órganos extrapoderes,⁴³ los cuales tendrían por función principal *controlar la constitucionalidad* de las normas decididas (o no decididas = inconstitucionalidad por omisión) e implementadas por dichos poderes constituidos.

A su vez, proponemos la incorporación explícita en el texto constitucional de una cláusula donde se establezca como obligatoria una *dinámica de*

⁴² Con el calificativo de *multisituado* nos referimos a la posibilidad de que el control deliberativo de constitucionalidad no se dé únicamente en una de las unidades de decisión del sistema democrático deliberativo, sino en varias de ellas.

⁴³ Los órganos se denominan *extrapoderes* debido a que no integran la escala jerárquica y vertical de distribución de funciones desempeñada al interior de cada uno de los poderes políticos constituidos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial). La instrumentación de órganos ciudadanos extrapoderes de control de constitucionalidad debe ubicarse en un plano intermedio, entre los órganos políticos fijos (poderes constituidos) y las asambleas ciudadanas deliberativas generales autoconvocadas. Los órganos ciudadanos extrapoderes responde adecuadamente a las exigencias propias de un sistema democrático representativo y de un sistema democrático directo.

interacción entre poderes constituidos de tipo dialógica, en remplazo de la existente lógica agonista, propia del denominado sistema de frenos y contrapesos. Dicha lógica dialógica promovería la existencia de continuas y genuinas deliberaciones entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, todo ello bajo la atenta mirada de aquellos órganos ciudadanos extrapoderes.

De este modo, estos dos arreglos constitucionales generales (control ciudadano e interacción dialógica) coadyuvarían a la adopción de un diseño del mecanismo de control de constitucionalidad que garantice el cumplimiento acabado del ideal regulativo impuesto desde una concepción democrática deliberativa neorrepiblicana.

El carácter multisituado de dicho tipo de control podría implicar desde un enfoque normativo reformista, la adopción de *tres tipos de controles ciudadanos* (de las leyes, de las sentencias, de los decretos), cada uno de ellos dirigido a revisar las actuaciones de uno de los principales poderes constituidos (Legislativo, Judicial y Ejecutivo).

Con relación al *control de constitucionalidad ciudadano de las leyes*, consideramos podría efectuarse por una comisión permanente especial constituida en el seno del Poder Legislativo, la cual podría denominarse Comisión Ciudadana Constitucional (CCC). Los integrantes de la comisión ciudadana serían elegidos periódicamente por sorteo.

En cuanto al *control de constitucionalidad ciudadano de las sentencias judiciales*, sostenemos que el mismo podría efectuarse por un *tribunal ciudadano*, el cual evaluaría las resoluciones judiciales sobre constitucionalidad de las normas; estaría compuesto por jurados, es decir ciudadanos, quienes se elegirían por sorteo de una lista de voluntarios.

En lo atinente al *control de constitucionalidad ciudadano de los decretos ejecutivos*, el mismo podría efectuarse de forma previa y posterior a la sanción de todo decreto emanado del Poder Ejecutivo que pretenda sentar una regla o norma general, sea o no reglamentaria. Entre estos últimos cabe mencionar a los decretos-leyes, los decretos de necesidad y urgencia, los decretos ejecutivos en materia delegada por el Poder Legislativo, decretos que promulgan parcialmente leyes, entre otros. El órgano encargado de efectuar dicho control podría ser aquella comisión constituida en el seno del Poder Legislativo, que hemos denominado Comisión Ciudadana Constitucional (CCC).

Consideramos que esta particular propuesta de diseño institucional es una de las posibles modalidades de implementación concreta que permiti-

ría poner en diálogo controles de constitucionalidad ciudadanos formales con instancias informales de influencia y control ciudadano, dando como resultado una *aceptable* calidad democrática deliberativa del sistema político integralmente considerado.

En esta instancia, el lector podría bien preguntarse: ¿por qué corresponde desde un *enfoque deliberativo neorreplicano* adoptar un *control de constitucionalidad ciudadano multisituado*? Nuestra respuesta es que dicho diseño institucional es comparativamente superior, es decir, cumple mejor que los otros diseños analizados con el principio normativo general de libertad política como no dominación (L), así como con aquellas cuatro directrices normativas (D) de evaluación adoptados en el presente trabajo.

En cuanto cumplimiento del criterio normativo general de libertad política como no dominación (L), consideramos que nuestro diseño institucional permitiría satisfacerlo ampliamente, o al menos lo haría de una manera más adecuada y efectiva que los diseños institucionales esbozados por Spector y Ghosh.

Para justificar esta particular hipótesis teórica emplearemos una estrategia argumentativa discursiva, un pequeño ejercicio socrático, en el cual simularemos ciertas objeciones dirigidas desde los mismísimos criterios normativos que empleamos para sostener la superioridad normativa de nuestro diseño, dando voz en la argumentación a lectores expertos en las obras de J. L. Martí y P. Pettit, en tanto críticos hipotéticos.

Hemos dicho en el párrafo anterior que deseamos defender la superioridad de nuestro diseño tanto en términos de adecuación normativa como de efectividad política. Ello abre entonces el juego a dos tipos generales de objeciones. Un primer tipo de objeción, netamente normativa, sería aquella que ponga en discusión la *deseabilidad* de implementar tal propuesta. Un segundo tipo de objeción, de cariz más bien empírica, sería aquella que coloque en tela de juicio la *factibilidad* de nuestro diseño institucional.

En el *primer tipo de objeción*, relativa a la deseabilidad del diseño, podría decírsenos, al menos, dos cosas bien diferentes.

Por un lado, un lector avezado en las obras de J. L. Martí probablemente señalaría que, si bien nuestro modelo tiende adecuadamente a satisfacer ciertas pretensiones normativas sustantivas propias de una democracia republicana, sin embargo, no permite obtener resultados epistémicamente óptimos. Más precisamente, se podría señalar que, en el marco de un sistema democrático representativo no ideal, nuestra propuesta de incorporar tres

órganos ciudadanos extrapoderes de control de constitucionalidad, no posibilitaría la obtención de decisiones tan correctas como las que se obtendrían de implementar los diseños propuestos por Spector y Ghosh. El rendimiento epistémico superior de estos diseños alternativos no estaría garantizado por la superior capacidad epistémica de sus integrantes, sino por contribuir de manera más positiva que nuestro diseño a la calidad epistémica del sistema democrático deliberativo considerado como un todo.⁴⁴

Sin embargo, contra esta objeción podemos señalar que ninguno de aquellos diseños rivales propone una modificación estructural o incide de forma estructural en el sistema de división de poderes en general. Para ser más precisos: tanto el modelo híbrido de Spector como el de Ghosh no promueven la reforma del sistema pluralista, de frenos y contrapesos, que comanda las interacciones entre los poderes constituidos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), sino que simplemente proponen una enmienda o modificación al mismo, que deja en mucho salvada la estructura original. Por el contrario, nuestra propuesta de diseño institucional pretende concretizar un genuino sistema deliberativo de división de poderes, en el que no sólo se impone por razones morales y pragmáticas a los poderes constituidos dialogar entre sí, sino que además se incorpora de forma real a las voces de los ciudadanos.

De este modo, sostener la superioridad epistémica de los diseños de Spector y Ghosh, por sobre la de nuestro diseño, equivaldría a sostener que, dadas ciertas condiciones normativas no ideales, un sistema pluralista de división de poderes resultaría epistémicamente superior a un sistema deliberativo de división de poderes, lo que de seguro J. L. Martí no estaría dispuesto a defender. Justamente, la propuesta teórica de Martí va de suyo en que incluso en circunstancias normativas no ideales, o bien especialmente en circunstancias no ideales, los arreglos institucionales deliberativos, nos acercarían, aunque modestamente, a un mayor grado de cumplimiento del ideal deliberativo republicano.⁴⁵

Manteniéndonos al interior de este primer tipo de objeciones de tipo normativo, relativas a la deseabilidad de nuestro diseño institucional, es que un lector experto en la obra de P. Pettit, podría desde una perspectiva democrática republicana de editor, deliberativamente regulada, atacarnos con un argumento típicamente consecuencialista sobre la promoción de valores

⁴⁴ Martí, J. L., “Is Constitutional Rigidity the Problem? Democratic Legitimacy and the Last Word”, *Ratio Juris*, núm. 27, vol. 4, 2014, pp. 555-557.

⁴⁵ *Idem*.

sustantivos. Más específicamente, se podría sostener que el medio escogido para promover el valor de libertad política como no dominación, a saber, el de la influencia ciudadana directa sobre los asuntos de gobierno, constituye un medio menos perfecto que el seleccionado por Spector y Ghosh. En este sentido, estos diseños se aproximan más al modelo democrático de editor, el cual, si bien tiene por propósito alcanzar el bien común, confía a una mano política invisible la tarea de dirigir el sentido de avance del gobierno político. Aquí cabe señalar que este último diagnóstico sería certero.

Sin embargo, lejos de beneficiar a las pretensiones de superioridad de los modelos de H. Spector y de E. Ghosh los perjudican. Ello por dos motivos centrales. Al explicitar su defensa de un modelo democrático de editor, P. Pettit efectúa dos fuertes advertencias relativas a su legitimidad. La primera es que para satisfacer el principio de libertad como no dominación, no basta con contar con ciertos arreglos institucionales deliberativos aislados, sino que debemos promover activamente una ciudadanía activa, reflexiva, comprometida, constantemente alerta, que se traduzca en una cultura política republicana robusta, en la que la influencia y el control político ciudadano sean individualizados, incondicionados y efectivos.⁴⁶ En segundo lugar, P. Pettit señala que incluso si contáramos con una ciudadanía contestataria como la descrita, y tendríamos por ideal regulativo al de libertad política en cuanto no dominación, todavía cabría analizar si la ingeniería constitucional vigente satisface dichas pretensiones normativas, es decir, si cumple con el requisito de implementar una Constitución política mixta.⁴⁷ En este sentido, pareciera ser igual de cierto que, así como los diseños de Spector y Ghosh adoptan por trasfondo un modelo democrático de editor, los mismos no cumplen plenamente con los requisitos de una Constitución política mixta, ya que otorgan a los ciudadanos un rol meramente reaccionario, reflejo, muy limitado en sus alcances de influencia y control.

En el *segundo tipo de objeción*, atinente a la factibilidad del diseño, también podrían señalársenos, al menos, dos defectos disímiles.

Por un lado, el lector experto en J. L. Martí quizás podría recordarnos que todas las instituciones políticas deliberativas deben ser pensadas para establecerse en condiciones no ideales de implementación y desarrollo. Bajo esta perspectiva, todo diseño institucional propuesto debe atender a las concretas probabilidades de ser aplicado en complejos sistemas democráticos

⁴⁶ Pettit, P., *Republicanism...*, cit., pp. 187 y 188.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 1-8, 12-18.

como son los contemporáneos. Dicho lo cual, y teniendo en consideración que nuestra propuesta de diseño institucional, sugiere la adopción de tres nuevos entes extrapoderes, es decir, tres engranajes completamente nuevos, en el marco del sistema político más general, es que tal vez se critique nuestro diseño por idealista, utópico, o bien, poco realista. Otra forma más tenue de efectuar dicha objeción empírica, sería señalando que los diseños institucionales propuestos por Spector y Ghosh son de mayor factible implementación que nuestro diseño, dadas las configuraciones actuales de las Constituciones democráticas contemporáneas.

Sin embargo, ante esta afrenta argumentativa de bases empíricas, tenemos nuestros propios y sólidos contrarargumentos. Fundamentalmente, queremos destacar que nuestra propuesta de diseño institucional no sólo tiene en cuenta la ingeniería actual de las Constituciones políticas occidentales, sino que ha sido pensada en función de ellas, para ellas y por ellas. En *función* de ellas, porque actualmente numerosas Constituciones políticas democráticas, sea que pertenezcan a una tradición jurídica del derecho anglosajón (*common law*) del derecho continental (*civil law*), receptan en su letra misma, es decir que están de forma positivizada, ciertos órganos extrapoderes, que colocados en la periferia del Poder Legislativo o bien del Poder Judicial, o en las postrimerías del Poder Ejecutivo, tienen funciones de contralor de las actuaciones de los miembros de dichos poderes constituidos, a la par que sus agentes incorporan en muchos casos a sujetos más próximos a los ciudadanos comunes, o bien a estos últimos de manera directa. Nuestros órganos ciudadanos extrapoderes de control de constitucionalidad, están pensados *para* ellas porque pretenden subsanar los defectos propios de una división de poderes netamente pluralista agregativa con la introducción estratégica de entidades que funcionen en el marco, o a la par, de aquellos otros órganos extrapoderes ya conocidos. Por último, los órganos ciudadanos extrapoderes de control de constitucionalidad están pensados *por* ellas, ya que la práctica constitucional misma ha revelado que los ya tradicionales órganos extrapoderes, de corte pluralista aggregativo, no han permitido la existencia de una adecuada y efectiva democracia deliberativa neorrepública. Partiendo de este diagnóstico es que hemos pensamos en la posibilidad de incorporar otros órganos extrapoderes deliberativos neorrepUBLICANOS.

Por otro lado, nuestro instruido lector de P. Pettit podría recordarnos que la efectividad del modelo neorrepUBLICANO de editor, deliberativamente regulado, debe su efectividad al empleo de un mecanismo de dirección de los

asuntos de gobierno no intencional e incluso no consciente, análogo a una mano invisible que permite que el sistema político se autorregule a partir de ciertas normas construidas a propósito como criterios últimos de evaluación. En este esquema los ciudadanos no deben deliberar constantemente, sino que deben intervenir en momentos ordinarios para influir y controlar los actos de gobierno de sus representantes, dejando sólo para momentos excepcionales los procesos deliberativos reales.⁴⁸ En este entendimiento, podría señalarse que nuestro diseño institucional se aleja en mucho de aquella metodología, o bien en un tono más moderado, podría observarse que los diseños provistos por Spector y Ghosh se acercan más al método de P. Pettit que lo que lo hace el nuestro. Sin embargo, aquí también podemos introducir fuertes y convincentes contrargumentos.

Ante el argumento más fuerte de que nuestro diseño institucional se aleja por completo del modelo de editor de P. Pettit, podemos enunciar tres observaciones. En primer lugar, cabe señalar que, aunque bajo modalidades disímiles, tanto nuestro diseño institucional como los de H. Spector y E. Ghosh, proponen la formación de un Tribunal Ciudadano que delibere directamente. En segundo lugar, las deliberaciones reales llevadas a cabo por nuestros órganos extrapoderes no se darán ordinaria o constantemente, sino sólo en aquellos casos en los que se activan de manera específica sus actuaciones, así como tampoco dichos órganos convocan a una masa de ciudadanos a deliberar, sino que se considera representada a la ciudadanía toda por la muestra representativa de ciudadanos que han sido designados por sorteo. En tercer lugar, nuestra propuesta de diseño institucional no propone la adopción de un modelo deliberativo metaético radical, en el cual los criterios de legitimidad y justicia social son decididos por entero mediante criterios normativos de corrección dependientes del procedimiento deliberativo real de discusión y decisión política.⁴⁹ Tampoco, proponemos la adopción de un modelo democrático populista radical, o comunitarista, en el cual la legitimidad política de las normas, medidas e instituciones políticas debe ser evaluada en función de su correspondencia con una supuesta voluntad general de los ciudadanos, orientada a la protección de un bien común comprehensivo. Por el contrario, sostenemos junto con J. L. Martí la postura de que los criterios de corrección intersubjetivos son par-

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 267 y 268.

⁴⁹ Watkins, E. y Fitzpatrick, W., “O’Neill and Korsgaard on the Construction of Normativity”, *The Journal of Value Inquiry*, núm. 36, 2002, pp. 358-360.

cialmente independientes del procedimiento real de discusión y decisión político.⁵⁰ Esto permite colocar a nuestro modelo democrático deliberativo neorreplicano, lejos del modelo intencional clásico de influencia y dirección política, tan criticado por P. Pettit, a la par que rechazar el modelo no intencional, también denostado por dicho filósofo irlandés.⁵¹

En cuanto al argumento más moderado, conforme al cual los diseños ensayados por Spector y Ghosh cumplen mejor o están más cercanos a cumplir con las demandas del modelo democrático de dirección del gobierno mentado por P. Pettit, consideramos que puede formularse un último contrargumento. Este último puede ser sintetizado de forma muy simple. Ni el modelo de H. Spector ni el de E. Ghosh incorporan ciertos elementos centrales a dicho modelo, siendo que nuestro diseño sí lo hace. Estos elementos, si se quiere, descuidados, son los de proveer desde una ingeniería constitucional neorreplicana factible la existencia de: *a)* un conjunto de normas deliberativas lo suficientemente precisas y generales, como para oficiar de estándares comunes de evaluación de las normas, medidas e instituciones políticas decididas por sus representantes; y *b)* ofrecer instancias deliberativas concretas y complementarias a las de control de constitucionalidad, que permitan ejercitar una equitativa y efectiva influencia y control político por parte de los ciudadanos sobre las actuaciones de sus representantes. Consideramos que no hace falta aquí insistir en lo ya expuesto, sólo señalar que nuestro modelo democrático neorreplicano y su correlativo diseño institucional atiende adecuadamente a aquellos elementos que las propuestas de Spector y Ghosh descuidan.

En cuanto al cumplimiento de nuestro diseño de aquellas directrices normativas específicas de evaluación (participatividad, contextualidad, dialogicidad y sistematicidad), mencionadas como complementarias de los criterios generales de evaluación ya revisados (libertad política como no dominación, igual influencia y control político), consideramos que puede señalarse lo siguiente:

- D1) En primer lugar, la concepción democrática deliberativa, bajo una *perspectiva participativa*, debe procurar un activo involucramiento de los ciudadanos en la cosa pública. En otras palabras, el principio de control democrático señala que los ciudadanos tienen

⁵⁰ Martí, J. L., *La República...*, cit., pp. 3 y 4.

⁵¹ Pettit, P., *Republicanism...*, cit., pp. 242-251.

el derecho-deber de controlar las medidas oficiales realizadas por sus representantes políticos en cumplimiento de sus funciones, sea que integren los poderes Legislativo, Judicial o Ejecutivo. La propuesta de diseño institucional ciudadana de *lege ferenda* aquí explicitada permitiría cumplir acabadamente con tres tipos de controles de constitucionalidad, cada uno de ellos efectuado sobre la labor de uno de los tres poderes constituidos.

- D2) En segundo lugar, el diseño reformista aquí defendido es *sensible al aspecto contextual*, entendiendo que la evaluación del rendimiento de los sistemas democráticos deliberativos no debe hacerse aplicando sólo criterios normativos intrínsecos sino también criterios normativos instrumentales. Consideramos, que nuestra propuesta de diseño institucional permitiría cumplir acabadamente con este segundo criterio evaluativo.
- D3) En tercer lugar, la defensa del control de constitucionalidad bajo un diseño deliberativo neorreplicano multisituado, permite la instrumentación de mecanismos políticos que posibilitan el diálogo, y más precisamente *la deliberación entre poderes*, así como entre éstos y la sociedad civil toda. Consideramos que nuestra propuesta de diseño institucional permitiría cumplir con este tercer criterio evaluativo.
- D4) En cuarto lugar, en lo atinente al *enfoque sistémico evaluativo* del desempeño democrático deliberativo de las instituciones de gobierno, nuestra propuesta de diseño institucional toma en cuenta la existencia de distintos centros formales de imputación de la autoridad democrática. También incluye como sujetos activos a los ciudadanos, en instancias escalonadas, complementarias y dialógicas. Nuestra propuesta de diseño institucional atiende entonces adecuadamente la manda del criterio evaluativo sistémico, conforme la cual debemos analizar el rendimiento deliberativo de la democracia, adoptando un enfoque de macro escala, que tenga en cuenta el funcionamiento relacional de las distintas instancias institucionales deliberativas.⁵²

⁵² Véase Parkinson, J. et al., *Deliberative Systems...*, cit.

VI. CONCLUSIÓN

El *objetivo general* del presente trabajo ha sido evaluar la respuesta brindada por renombrados deliberativistas republicanos ante la pregunta por la legitimidad democrática deliberativa del control judicial de constitucionalidad de las leyes, a la par que esbozar una propuesta de diseño institucional de control de constitucionalidad propia.

En consecuencia, nos hemos propuesto los siguientes *objetivos específicos*: 1) reconstruir las respuestas esbozadas por H. Spector y E. Ghosh; 2) evaluar normativamente, desde una perspectiva deliberativa neorrepública, dichas respuestas, y 3) explicitar una propuesta de diseño institucional alternativa superadora.

Con relación al cumplimiento del *primer objetivo específico*, presentamos los presupuestos y propuesta de aquellos dos filósofos. En primer lugar, señalamos que H. Spector propone un sistema híbrido o bimodal, en el cual se otorga a los ciudadanos la opción de recurrir a un tribunal ciudadano ante ciertos casos en que consideren que un tribunal judicial no sería imparcial o ecuánime en su decisión. En segundo lugar, sostuvimos que E. Ghosh, propone la adopción de un tribunal constitucional, cuyas sentencias sobre derechos individuales (en ciertos temas), quedarían sometidos a revisión por un tribunal ciudadano.

En cuanto al cumplimiento del *segundo objetivo específico*, hemos identificado un criterio normativo general de evaluación (libertad como no dominación), junto con dos criterios derivados del mismo (igual influencia y control ciudadano), complementados con cuatro directrices normativas particulares, a saber: *a)* participatividad; *b)* contextualidad; *c)* dialogicidad, y *d)* sistematicidad. Empleando estos estándares evaluativos, hemos formulado sendas objeciones a las propuestas de H. Spector y E. Ghosh.

En lo atinente al *tercer objetivo específico*, hemos precisado que, desde un enfoque deliberativo neorrepúblicano de *lege ferenda*, podría adoptarse un *control de constitucionalidad ciudadano multisituado* que garantice la intervención de todos los poderes constituidos, así como de ciertas instituciones deliberativas ciudadanas formales e informales. Dicha propuesta de diseño se justifica por su cumplimiento de aquellos estándares normativos de evaluación.

Finalmente, quisiera señalar que la incógnita última acerca de la legitimidad democrática deliberativa del control judicial de constitucionalidad

de las leyes, *no ha pretendido* hallar *definitiva* respuesta en las páginas de este trabajo. Partiendo de un criterio intersubjetivo de validación del conocimiento científico, advertimos que la validez de nuestras teorizaciones queda entonces ahora sujeta al juicio razonado de los lectores.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BAYÓN, J. C., “Derechos, democracia y Constitución”, *Revista Discusiones*, año 1, 2000.
- BAYÓN, J. C., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en BETEGON, J. et al. (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- FISHKIN, J. S., *When the People Speak. Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- GHOSH, E., “Republican Liberty and Constitutional Constraints”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 25, 2000, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=953331>.
- GHOSH, E., “From Republican to Liberal Liberty”, *History of Political Thought*, vol. 29, 2008, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=953311>.
- GHOSH, E., “Deliberative Democracy and the Countermajoritarian Difficulty: Considering Constitutional Juries”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 30, vol 2, 2010.
- GUTMANN, A. y THOMPSON, D., *Democracy and Disagreement*, Harvard, Harvard University Press, 1996.
- GUTMANN, A. y THOMPSON, D., *Why Deliberative Democracy?*, Princeton, Princeton University Press, 2004.
- LINARES, S., *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- LOVETT, F., “Republicanism”, disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/republicanism/>.
- MARTÍ, J. L., *La República deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- MARTÍ, J. L., “The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended”, en BESSON, S. y MARTÍ, J. L. (eds.), *Deliberative Democracy*

- and its Discontents. National and Post-National Challenges*, Londres, Ashgate, 2006.
- MARTÍ, J. L., “Republicanismo y democracia: principios básicos de una República deliberativa”, en ARANGO, R. (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007.
- MARTÍ, J. L., “Is Constitutional Rigidity the Problem? Democratic Legitimacy and the Last Word”, *Ratio Juris*, núm. 27, vol. 4, 2014.
- OLIVARES, N. E., “El constitucionalismo democrático desde una concepción democrática deliberativa”, *Anuario del CIJS*, núm. XV, 2015.
- OLIVARES, N. E., “División deliberativa de poderes y control judicial dialógico”, *Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de La Pampa*, (2), VII, 2015.
- PARKINSON, J. et al., *Deliberative Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- PETTIT, P., *Republicanism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- PETTIT, P., *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- RAWLS, J., *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1996.
- RØSTBOLL, C. F., *Deliberative Freedom. Deliberative Democracy as Critical Theory*, Nueva York, State University of New York Press, 2008.
- SPECTOR, H., “The Right to a Constitutional Jury”, *Legisprudence*, núm. 3, vol. 1, 2009.
- SPECTOR, H., “Un sistema democrático de control constitucional”, en GARGARELLA, R. (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.
- WALDRON, J., “Some Models of Dialogue between Judges and Legislators”, *Supreme Court Law Review*, 2a. ed., núm. 23, 2004.
- WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- WATKINS, E. y FITZPATRICK, W., “O’Neill and Korsgaard on the Construction of Normativity”, *The Journal of Value Inquiry*, núm. 36, 2002.

ZURN, C. F., *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

ZURN, C. F., “Judicial Review, Constitutional Juries and Civic Constitutional Fora: Rights, Democracy and Law”, 2011, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1845840.



Fecha de recepción: 16 de febrero de 2016.

Fecha de dictamen: 24 de abril de 2017.