

## CAPÍTULO 54

# EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA EPISTÉMICA Y LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA

Sebastián LINARES\*

SUMARIO. I. *La concepción epistémica de la democracia deliberativa.*  
II. *La democracia deliberativa epistémica y la dificultad contramayoritaria.*  
III. *Democracia deliberativa epistémica y constitucionalismo débil.*  
IV. *Constitucionalismo débil e ingeniería institucional.* V. *Conclusiones.*  
VI. *Bibliografía.*

La institución del control judicial de las leyes es una institución incómoda dentro de un sistema democrático de gobierno. Y es que, ¿qué razones tenemos para pensar que los desacuerdos en la interpretación del texto constitucional deban ser resueltos con carácter final (final, al menos, hasta el cambio de integración de las cortes) por un grupo de jueces que no han sido elegidos por la ciudadanía? ¿Por qué no aceptar que nuestros desacuerdos sobre el significado de la constitución deban ser zanjados por la mayoría de nuestros representantes en el Congreso o Parlamento? Esta es la famosa dificultad contramayoritaria, acuñada hace ya tiempo por Alexander Bickel.<sup>1</sup> Una dificultad que, como una especie de fractura o frontera, divide las aguas del pensamiento constitucional y político, entre aquellos que defienden un modelo robusto de justicia constitucional y aquellos que lo rechazan, y suscriben en cambio un modelo débil de justicia constitucional.<sup>2</sup>

\* Profesor Ayudante. Doctor en el Área de Ciencia Política y de la Administración, Universidad de Salamanca.

<sup>1</sup> Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a. ed., New Haven, CT, Yale University Press, 1986.

<sup>2</sup> Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, México, Editorial Trotta, 2010, pp. 285-355.

Hace algunos años distingúí tres posiciones fundamentales sobre la dificultad contramayoritaria: una defensa “general”, que justifica el control judicial de las leyes (bajo una constitución rígida) en términos universales; una crítica “general”, que rechaza el control judicial de las leyes en *cualquier* sociedad libre y democrática, y una defensa “contextual”, que considera que la justificación de un modelo robusto de justicia constitucional “depende del contexto”.<sup>3</sup> En esa oportunidad sostuve, siguiendo el clásico trabajo de Jeremy Waldron,<sup>4</sup> que las legislaturas están institucionalmente mejor equipadas y preparadas para responder al reclamo de participación en pie de igualdad en un contexto en el que estamos en desacuerdo –de manera profunda y persistente– sobre cuestiones sustantivas de justicia, y que por esa razón debíamos preferir un sistema en el que la autoridad política final recayera en el Congreso o Parlamento. Al mismo tiempo, rechacé la defensa contextual (en sus diferentes versiones) con el argumento de que no resulta verosímil que las fallas del proceso democrático en ciertos contextos –fallas que presuntamente justifican por defecto el control judicial de las leyes– vayan a ser conjuradas por la justicia constitucional, porque las mismas condiciones que desacreditan el proceso democrático son las que vuelven improbable que la justicia constitucional remedie esas disfunciones.<sup>5</sup>

Aquí no voy a volver sobre esos argumentos, que estaban sustentados, a fin de cuentas, en una teoría de la democracia que hoy no suscribo. Los años y las lecturas han hecho mella en mi pensamiento político, y hoy no me siento identificado con el autor de aquel libro. En los últimos años hemos visto, dentro de la academia, el avance lento pero incesante de la teoría deliberativa de la democracia, una teoría que ha hecho tambalear muchas de las convicciones más arraigadas sobre justificación de la legitimidad de las leyes. En aquella oportunidad mostré, de manera incipiente y tímida, cierto acercamiento con esta teoría, pero mi rechazo a un modelo robusto de control judicial de las leyes (y la consecuente defensa de un modelo débil de justicia constitucional) no estaba, en el fondo, sustentado en una teoría deliberativa de la democracia, sino en una teoría basada en el derecho a la participación en pie de igualdad, esto es, en el valor de la

<sup>3</sup> Por razones que aquí no puedo desarrollar por falta de espacio, asumimos que el control judicial de las leyes opera bajo el marco de una constitución rígida. A falta de una constitución rígida, la crítica al control judicial de las leyes no procede. Véase Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

<sup>4</sup> Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

<sup>5</sup> Linares, *op. cit.*, nota 3.

igualdad política. Al igual que Waldron, yo no defendí un sistema de supremacía legislativa con el argumento de que las Asambleas cuentan con una ventaja instrumental epistémica de cara a la protección de derechos. Más bien defendí que, en el contexto del desacuerdo, y con independencia de que exista o no una verdad sobre los derechos, debemos dar prioridad al derecho de participación en pie de igualdad, y allí residía el denominado núcleo de la crítica al control judicial de las leyes y la consecuente defensa de la autoridad de los Parlamentos o Congresos.

Dije que en las últimas décadas ha aparecido una teoría que desafía las convenciones más asentadas sobre dónde reside la legitimidad de las leyes: la teoría deliberativa de la democracia. Ahora bien, dentro de la teoría deliberativa, sobresale una corriente que, además de sostener que la legitimidad de las leyes depende en parte en el carácter democrático y deliberativo del proceso de toma de decisiones, defiende asimismo la existencia de parámetros sustantivos de justicia externos al proceso y afirma que la deliberación democrática ostenta un valor *epistémico* distintivo a la hora de discernir cuáles son esos parámetros de justicia.

En general diría que hoy simpatizo con esta teoría. Por ello en este capítulo quiero volver a interrogar mis convicciones sobre la dificultad contramayoritaria y preguntarme lo siguiente: ¿A qué nos compromete una justificación epistémica de la democracia deliberativa? Suscribir una defensa epistémica de la democracia deliberativa,<sup>6</sup> ¿nos compromete a aceptar el control judicial de las leyes, a rechazarlo, o no nos compromete a nada? Una apresurada reflexión parece apuntar a favor de la justificación de un modelo robusto de revisión judicial. Si, como se afirma, la democracia deliberativa tiene valor epistémico, y reconocemos que las cortes o tribunales tienen legitimidad democrática indirecta (por cuanto en su mayoría son elegidos indirectamente por representantes elegidos directamente por la ciudadanía), entonces tal vez lo que se pierde de representatividad democrática se compensa con lo que se gana de valor epistémico del sistema en su conjunto. En este capítulo quiero argumentar precisamente lo contrario. Voy a argumentar que si defendemos el valor epistémico de la democracia deliberativa, no podemos defender un sistema robusto de justicia constitucional.

<sup>6</sup> Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1996; Martí, J. Luis, “The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended: Reasons, Rightness and Equal Political Liberty”, en Besson, Samantha y Martí, J. Luis (eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents. National and Post-National Challenges*, London, Ashgate, 2006, pp. 25-56; y Estlund, David, M., *Democratic Authority: A Philosophical Framework*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

El artículo está dividido en cinco partes. En la primera parte, explico brevemente la concepción epistémica de la democracia deliberativa. En la segunda parte abordo los argumentos –derivados de esta última concepción– que cabría esgrimir en defensa de un modelo robusto de revisión judicial. En la tercera parte rechazo cada una de esas líneas de defensa y explico por qué la concepción epistémica de la democracia deliberativa nos compromete con una posición que rechaza un modelo robusto de revisión judicial de las leyes y defiende un modelo débil de justicia constitucional. En la cuarta parte me detengo brevemente a considerar los diseños alternativos de un modelo débil de justicia constitucional congruente con la DDE. Finalmente, expongo las conclusiones.

## I. LA CONCEPCIÓN EPISTÉMICA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

En las últimas dos décadas hemos sido testigos, dentro de la teoría de la democracia, de la emergencia de una nueva concepción de la democracia, que aquí vamos a llamar la *concepción epistémica de la democracia deliberativa* (en adelante, DDE). La DDE es una corriente dentro de la teoría deliberativa de la democracia que sostiene que la legitimidad de las leyes encuentra su justificación en el hecho de que el proceso democrático de toma de decisiones, precedido de una adecuada deliberación pública, respeta el derecho de participación en pie de igualdad al mismo tiempo que tiene un valor instrumental epistémico, es decir, muestra una tendencia (aunque modesta y siempre falible) a discernir lo que es justo y tomar decisiones correctas en el largo plazo.<sup>7</sup> En ese sentido, la DDE se distingue de las teorías *deliberativas no epistémicas* de la democracia deliberativa en que éstas últimas no conciben que de la deliberación pública pueda predicarse un valor epistémico instrumental, básicamente porque se resisten a reconocer la existencia de parámetros de justicia independientes del proceso de comunicación.<sup>8</sup>

La DDE ataca diversas concepciones de la democracia que pretenden justificar la legitimidad de las leyes con menos premisas o con premisas más débiles. David Estlund, por ejemplo, ataca aquellas concepciones que pretenden fundamentar la legitimidad de las leyes exclusivamente en la idea de

<sup>7</sup> Estlund, *op. cit.*, nota 6; Martí, J. Luis, *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Barcelona, Marcial Pons, 2006. Martí, *op. cit.*, nota 6.

<sup>8</sup> Estlund, *op. cit.*, nota 6.

equidad procedural o igualdad política, esto es, en la idea de que el proceso democrático no tiene ningún compromiso con las propuestas sustantivas que en él se introducen ni con la justicia o injusticia de los resultados, y sólo encuentra arraigo en virtudes procedimentales intrínsecas, como la igual oportunidad para influir en la toma de decisiones políticas. La DDE rechaza esta concepción –denominada *procedimentalismo equitativo*, en el lenguaje de Estlund– alegando que no es cierto que una concepción de la democracia basada exclusivamente en el derecho igual de voto se encuentre libre de parámetros sustantivos externos al proceso. En efecto, aún cuando aceptáramos que el sufragio universal (o igual derecho de voto) es lo único que justifica la legitimidad de las leyes, lo cierto es que un sistema como ese todavía tiene una virtud instrumental que implica, a fin de cuentas, el reconocimiento de parámetros sustantivos externos al proceso. El punto es que la toma de decisiones basada exclusivamente en la votación igualitaria tiene la virtud de “agregar” preferencias. Esta naturaleza “agregativa” de la toma de decisiones basada en la votación equivale a un parámetro sustantivo externo al proceso, porque privilegia rasgos sustantivos independientes del proceso de toma de decisiones (en este caso, las *preferencias* de la mayoría), aún cuando se mantenga indiferente respecto de otros rasgos sustantivos (como la identidad de los votantes). El siguiente ejemplo puede ser útil para entender esto. Tenemos dos procedimientos de toma de decisiones, uno a cargo de una sola persona (un dictador), que debe tomar una decisión después de consultar las preferencias de todos los que serán afectados por la decisión, y un proceso democrático (en el que todos votan y sale ganadora la opción mayoritaria). Si el dictador, tras la consulta, toma la decisión que es favorecida por las preferencias de la mayoría, entonces el proceso de toma de decisiones habrá “agregado” las preferencias de la mayoría, aun cuando no pueda decirse de él que es democrático. Si conceptual y fácticamente podemos distinguir la capacidad agregativa del procedimiento, de su naturaleza democrática, entonces la equidad procedimental pura que se predica del procedimiento democrático no se sostiene: lo cierto es que el procedimiento de votación igualitaria tiene una virtud instrumental, que es la de agregar preferencias, aun cuando otros procedimientos no democráticos también lo tengan. Si esto es así, entonces el procedimentalismo equitativo debe aceptar que existen parámetros sustantivos externos al procedimiento democrático, y en consecuencia la discusión relevante pasaría a ser no la de si cabe predicar o no la existencia de parámetros sustantivos externos, sino la de cuál proceso de toma de decisiones contribuye a discernir mejor, o a alcanzar, parámetros externos de justicia,

cualesquiera que sean. La DDE sostiene que ese procedimiento debe ser *democrático y deliberativo*.

La DDE también rechaza aquellas concepciones deliberativas de la democracia que fundamentan la legitimidad de las leyes en la deliberación democrática, pero no consideran que ésta tenga algún valor instrumental epistémico. Así, concepciones como las de Waldron,<sup>9</sup> o Bayón,<sup>10</sup> que defienden el valor intrínseco de la deliberación democrática pero sólo en tanto que honra –de mejor manera que el mero derecho de votar– la igual dignidad política de los participantes, resultan descartadas. También son desestimadas algunas lecturas del pensamiento de Habermas, que sostienen que el cumplimiento de las condiciones procesales de una deliberación democrática adecuada (libertad, igualdad, sinceridad, entre otras) posee un valor “constitutivo” de la verdad o validez normativa de los resultados de ese procedimiento.

Contra la concepción de Waldron –denominada *procedimentalismo deliberativo equitativo*– cabe preguntarse qué es lo que justifica que debamos preferir un procedimiento democrático *deliberativo*, a otras cualidades posibles del proceso, como la de ser divertido, excitante, fantasioso, o cualquier otro adjetivo que el lector quiera poner. La razón sólo puede residir en que la deliberación democrática agrega inteligencia a la toma de decisiones, esto es, introduce una dimensión epistémica.

La concepción de Habermas –denominada *procedimentalismo deliberativo racional*– sostiene que el proceso de comunicación racional ideal funciona como un ideal heurístico destinado a evaluar las decisiones resultantes del proceso democrático real. Un ideal que consiste en preguntarse ¿qué decisión se habría tomado si los participantes hubieran deliberado en condiciones de igualdad, sin coerciones, esgrimiendo con sinceridad argumentos genuinos, etcétera? El problema, como bien señala Estlund, es que esto equivale a postular un parámetro sustantivo externo con arreglo al cual deben evaluarse los resultados del proceso democrático real. Y si esto es así, entonces la lectura Habermasiana de la democracia deliberativa colapsa en el reconocimiento de parámetros sustantivos externos.

En resumidas cuentas, ni el procedimentalismo equitativo, ni la posición de Waldron, ni la de Habermas, se sostienen a la hora de intentar justificar la legitimidad de las leyes con prescindencia del valor epistémico instrumental de la deliberación democrática.

<sup>9</sup> Waldron, *op. cit.*, nota 4.

<sup>10</sup> Bayón, Juan Carlos, “¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 9, 2009, pp. 189-228.

¿Podría tener valor epistémico la votación sin comunicación previa? El famoso teorema de los jurados de Condorcet sostiene que sí, que si asumimos una serie de condiciones (competencia epistémica individual promedio de los individuos superior a 0,5, independencia estadística de los votantes, y dos alternativas de opción, una verdadera y otra falsa), entonces a medida que aumentamos el número de votantes la probabilidad de que la regla de la mayoría acierte con la respuesta correcta tiende a 1.<sup>11</sup> Ahora bien, el teorema fracasa como fundamento exclusivo del valor epistémico de la democracia en virtud de que las alternativas políticas, en la vida real, son susceptibles de ser divididas, cada una de ellas, en dos o más alternativas (o a la inversa, dos o más alternativas susceptibles de ser agregadas). Si dos ciegos tienen que determinar si lo que tienen enfrente es un elefante o “cualquier otro animal”, la probabilidad individual de que acierten es con toda seguridad menor a 0,5 (dado que para animales de ese tamaño existen otros candidatos, como un hipopótamo, o un rinoceronte, y los ciegos pensarán racionalmente que cada una de esas alternativas tiene una probabilidad de 0,33 de ser cierta). Dado que las políticas públicas en general invocan opciones disyuntivas, la afirmación de que los individuos poseen, en promedio, una competencia superior a 0,5 no es nada obvia. Y entonces el teorema del jurado se desmorona. Pero si en cambio al procedimiento de votación le añadimos un proceso previo de deliberación democrática, entonces tal vez las personas puedan apreciar mejor la naturaleza de las opciones en juego y enmarcar el proceso decisivo en un número realista de alternativas. La transmisión de la información inherente a la discusión contribuirá a incrementar la competencia epistémica de los participantes, y aunque el balance final no alcance a superar una competencia promedio individual superior al 0,5, de dicho mecanismo puede predicarse en todo caso que, en términos epistémicos, es mejor que un proceso de votación sin previa deliberación.

Estas son algunas de las razones en virtud de las cuales la DDE sostiene que la legitimidad de las leyes encuentra su justificación en el carácter democrático y *deliberativo epistémico* del procedimiento. Ésta es, en definitiva, la tesis central de la DDE.

<sup>11</sup> Para una explicación sencilla de cómo funciona este teorema, véase Estlund, *op. cit.*, nota 6.

## II. LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA EPISTÉMICA Y LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA

Hecha esta breve exposición de la tesis central de la DDE, ahora quiero analizar a qué nos compromete la DDE a la hora de enfrentarnos al desafío de la dificultad contramayoritaria. Si suscribimos la DDE, ¿estamos obligados a defender un sistema robusto de control judicial de las leyes? ¿A rechazarlo? ¿O más bien la DDE se muestra inconclusa frente a ese desafío?

La crítica al control judicial de las leyes resulta relativamente fácil para quienes abrazan, como Waldron, una concepción de la democracia basada en el derecho de participación en pie de igualdad, aún cuando él también reconozca el valor (no epistémico) de la deliberación democrática. Digo que es fácil porque si lo único que justifica la legitimidad de las leyes es el hecho de que éstas sean el fruto de un proceso que honra la igual dignidad política y el derecho a participar, prescindiendo del valor epistémico que la deliberación democrática pudiera tener, entonces no cabe duda que las Asambleas Legislativas se encuentran en una mejor posición comparativa a la hora de aspirar a erigirse como la autoridad final dentro de un sistema político. Y es que las Asambleas representan más voces, más perspectivas e intereses, que las que pueden representar las cortes supremas. Aún cuando los jueces de la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional fueran elegidos directamente por el pueblo, las Asambleas seguirían ostentando un mayor grado de representatividad democrática comparada.

Sin embargo, si aceptamos que la legitimidad de las leyes está basada, en parte, en el carácter epistémico del proceso democrático-deliberativo, entonces el desafío de decidir a quién concederle la autoridad final es más arduo, porque debemos ponderar las virtudes intrínsecas e instrumentales epistémicas de ambos órganos dentro del sistema democrático. Si, como suele suceder, las cortes supremas o tribunales constitucionales ostentan una legitimidad democrática indirecta (puesto que sus miembros suelen ser elegidos representantes elegidos directamente por la ciudadanía), entonces tal vez su menor grado de representatividad democrática pueda verse compensado por su mayor grado de capacidad epistémica para discernir lo que es justo, correcto, o razonable. Y entonces pasaríamos a una comparación entre dos combinaciones: el menor valor intrínseco y el (presunto) mayor valor epistémico de las cortes, vis-a-vis- el mayor valor intrínseco y el (presunto) menor valor epistémico de las Asambleas. Si resulta que el sacrificio de perder representatividad democrática redunde en una ga-

nancia en el valor epistémico instrumental del sistema democrático en su conjunto, entonces tal vez el control judicial de las leyes resulta justificado a la luz de la DDE.

Dentro del marco de la DDE podemos encontrar típicamente tres posiciones en relación con la dificultad contramayoritaria. La primera tesis se muestra inconclusa frente al desafío de la justificación del control judicial de las leyes, y sostiene que ambos sistemas pueden ser justificados razonablemente a la luz de los valores que fundan la democracia epistémica. La segunda tesis sostiene que una Corte Suprema o Tribunal Constitucional añade un valor epistémico instrumental al sistema democrático en su conjunto, un valor de tal calibre que derrota las consideraciones basadas en el derecho de participación entre iguales y la representatividad democrática. La tercera tesis justifica un modelo robusto de control judicial de las leyes sólo si es ejercido con el cometido de proteger las condiciones que hacen posible una genuina deliberación democrática. Vayamos por partes:

*1. Primera tesis: un modelo robusto de control judicial no es irrazonable si no incurre en comparaciones odiosas*

La primera versión de la DDE se muestra inconclusa en lo que concierne a la legitimidad de un sistema robusto de control judicial de las leyes. El pensamiento de David Estlund es ilustrativo de esta posición. Según Estlund, a la hora de decidir sobre la justificación de los acuerdos políticos (acuerdos que producirán ciertas leyes y políticas) algunas posiciones están descalificadas porque son irrazonables. Los argumentos y propuestas basadas en la idea de que algunas clases o razas de personas son inferiores (los argumentos de los nazis, por ejemplo), no son aceptables bajo ningún concepto y por lo tanto deben ser desestimados como justificaciones plausibles de la legitimidad. A esta idea la llama el “requisito de aceptabilidad calificado”, que viene a sentar el filtro que toda teoría política debe sortear si quiere tener éxito en la justificación de los acuerdos políticos que sustentan la legitimidad de las leyes.<sup>12</sup> Dicho requisito de “aceptabilidad calificado” incluso permite descartar aquellas perspectivas que, aún pudiendo ser verdaderas, resultan objetables para quienes esgrimen posturas y opiniones razonables (calificadas). Así, por ejemplo, las propuestas de acuerdos políticos basadas en la doctrina que dice que Cristo es el hijo de Dios y el gobierno debe tener como cometido la salvación de las almas, no es una propuesta que todas las personas razonables puedan aceptar, aun cuando pueda ser verdadera.

<sup>12</sup> *Idem.*

Pues bien, conforme a Estlund, y por razones que aquí no tengo espacio en desarrollar, sucede que la DDE cumple con el requisito de aceptabilidad calificado mejor que cualquier otra concepción alternativa de la democracia.<sup>13</sup> Ahora bien, si la legitimidad de las leyes está basada en parte en el valor epistémico del procedimiento, ¿qué sucede si existe un grupo de personas que conoce mejor que cualquier otro qué es lo que debe hacerse políticamente? ¿Por qué no delegar en ellos, los expertos, la toma de decisiones políticas, si con ello aumentamos el valor epistémico del proceso? Esta es una pregunta fundamental dentro del armazón teórico de Estlund, y la respuesta que él ofrece tiene implicaciones en la manera en que se enfrenta a la dificultad contramayoritaria. Y es que, en definitiva, aceptar el control judicial de las leyes supone admitir que hay un presunto grupo de personas expertas que conocen mejor que otros cómo deben resolverse cuestiones políticas y morales fundamentales dentro de una sociedad.

Estlund, por supuesto, se niega a aceptar el gobierno de los expertos, o –como él lo llama– *Epistocracia*. Y ello porque una justificación política satisfactoria debe ser aceptable para una amplia variedad de opiniones razonables. En este caso, cualquier intento por privilegiar a un grupo reducido de expertos (por ejemplo, concediendo más votos a aquellos que poseen educación universitaria) debería demostrar que su sabiduría o pericia para gobernar puede ser aceptada por todos los puntos de vista calificados. El problema es que cualquier intento en ese sentido fracasa, porque siempre es razonable alegar que el grupo de los expertos *presenta rasgos manifiestos u ocultos que contrarrestan los beneficios epistémicos de la supuesta mejor educación que poseen*. Siempre puede aducirse –nos dice– que el grupo de expertos o de quienes poseen cierta educación va asociado desproporcionadamente con la pertenencia a ciertas clases sociales o grupos étnicos, religiosos, o culturales, que sesgan el resultado del procedimiento en su favor. Y aún cuando estos rasgos estuvieran distribuidos proporcionalmente, siempre cabe alegar un nuevo aspecto (manifiesto o latente) que no está representado en el grupo de expertos y que distorsionaría el proceso de toma de decisiones. Según Estlund, este argumento siempre está disponible, y siempre es un argumento razonable. Y como es razonable, bloquea la idea de que el hecho de saber más o conocer mejor que otros lo que debe hacerse políticamente da derecho a tener autoridad. La epistocracia, por lo tanto, no pasa el requisito de aceptabilidad calificado porque no alcanza a ser tributaria de la aceptación del conjunto de las opiniones razonables. Fracasada la epistocracia,

<sup>13</sup> *Idem.*

entonces sólo queda replegarse por defecto a aquel acuerdo político que sí pasa el filtro del requisito de aceptabilidad calificado. Ese acuerdo es el proceso deliberativo-democrático, un acuerdo que supone condescender (por así decirlo) a la idea de honrar la igual participación en la elaboración de las leyes, pero que sigue teniendo un componente epistémico instrumental (modesto y siempre falible). Esto permite mantener todo el valor epistémico disponible al mismo tiempo que permite sortear el requisito de aceptabilidad calificado.

Ahora bien, dicho esto, Estlund sostiene que el acuerdo político democrático-deliberativo que supuestamente queda justificado, después de rechazarse la Epistocracia, incluye a todas las ramas de un gobierno democrático (cortes, legislaturas, Ejecutivo), y todas las decisiones que se derivan de ese acuerdo son democráticas y cuentan con legitimidad, así sean sentencias, leyes o decretos. Estlund reconoce que algunas cargos oficiales no son electos directamente por la ciudadanía, pero sostiene que en una democracia (si no por definición, al menos en general) cualquier funcionario público es o bien elegido o bien designado por alguien que fue elegido –o al menos por alguien con un cargo cuyo origen puede rastrearse hasta un cargo electo–. Todos tienen, en mayor o menor grado, credenciales democráticas. Aunque Estlund no lo dice, no cabe duda que este reconocimiento implica negar que el argumento contra la epistocracia (la idea de que es razonable negarse a conceder mayor autoridad a un grupo de supuestos expertos en el proceso de toma de decisiones políticas) esté automáticamente disponible contra este tipo de funcionarios indirectamente elegidos. Según Estlund, los acuerdos políticos que se desvían de la idea de igualdad política podrían quedar justificados si no encarnan comparaciones odiosas. De hecho, el sistema democrático representativo moderno cristaliza muchas desviaciones a la igualdad política: los representantes y burócratas tienen un mayor poder de influencia e impacto que el que de hecho tienen los ciudadanos comunes, los arreglos electorales a veces conceden un mayor valor, a la hora de terminar quién debe ser elegido, a los votos de ciertos distritos, y así. Por la misma razón, el control judicial de las leyes, si bien es una institución que incumple el reclamo de honrar la igual participación, podría pasar el filtro del requisito de aceptabilidad calificado (como parece desprenderse de algunos párrafos de Estlund), si resulta que no incurre en discriminaciones injustificables para cualquier perspectiva razonable.<sup>14</sup>

Con todo, hay que decir que su argumentación teórica no sustenta una defensa de un modelo robusto de control judicial de las leyes, sino que más

<sup>14</sup> *Idem.*

bien defiende la idea de que un acuerdo político que cuenta con un modelo robusto de revisión judicial podría eventualmente pasar el filtro del requisito de aceptabilidad calificado. Sin embargo, también los acuerdos políticos democráticos que no receptan el control judicial de las leyes podrían pasar ese mismo filtro. Esto queda claro cuando Estlund sugiere que algunos derechos pueden (pero nada obliga a ello) quedar atrincherados y su custodia ser confiada a procedimiento no mayoritarios. Y los derechos que pueden quedar al margen del procedimiento legislativo mayoritario no sólo incluyen las libertades políticas que conforman las condiciones básicas del proceso deliberativo-democrático (libertad de expresión, libertad de asociación, derecho de voto, libertad de formación de partidos políticos), sino también otras libertades y garantías que no conforman condiciones procesales sino límites sustantivos al proceso.<sup>15</sup>

*2. Segunda tesis: un modelo robusto de control judicial mejora el valor epistémico instrumental del sistema democrático en su conjunto*

La primera posición, digámoslo así, simplemente sostiene que un modelo robusto de justicia constitucional puede ser razonablemente aceptado, aunque los modelos débiles de control de constitucionalidad también estén disponibles. Todo depende del hecho de que el acuerdo político no incurra en comparaciones odiosas, esto es, en discriminaciones que no vengan precedidas por argumentos razonables. La segunda versión de la DDE, en cambio, no afirma que el control judicial de las leyes puede ser razonablemente aceptado por no incurrir en comparaciones odiosas, sino que sostiene una tesis más fuerte, al sostener que *mejora* el sistema democrático en su conjunto, al potenciar su valor instrumental epistémico. Esta versión en general es defendida por una activa legión de juristas y constitucionalistas que, además de afirmar la validez de parámetros externos de justicia (los derechos fundamentales constitucionales) sostienen que un Tribunal Constitucional ejerce una función crucial en la determinación y protección de los mismos. Quienes respaldan esta tesis asumen que el valor epistémico instrumental que introducen los jueces constitucionales arroja un balance positivo que compensa la pérdida de representatividad democrática que ellos mismos encarnan vis-a-vis los legisladores. Según esta tesis, los tribunales presentan ciertas ventajas potenciales en comparación con los legisladores:

<sup>15</sup> *Idem.*

a) En primer lugar, está la cuestión del tiempo disponible para reflexionar acerca de determinados asuntos. Del mismo modo que la democracia representativa se justifica por los beneficios que aporta la división del trabajo, el control de constitucionalidad supondría atribuir una especial responsabilidad en materia de derechos fundamentales a una institución que puede reflexionar acerca de éstos en una atmósfera de mayor tranquilidad intelectual.

b) En segundo lugar, los tribunales supuestamente tienen una mayor predisposición institucional a tomarse en serio los valores constitucionales. Según parece, los jueces tienen una formación especializada, están inmersos en la tradición del discurso constitucional, y su tarea apunta a la evaluación de la conducta gubernamental bajo las normas constitucionales. Los legisladores, en cambio, tienen una perspectiva menos especializada, y su enfoque predominante consiste en agregar preferencias y evaluar el apoyo popular que tiene cada propuesta política, y menos en juzgar esas propuestas a la luz de los valores y principios constitucionales.

c) En tercer lugar, está la independencia de la que gozan los jueces constitucionales. El caso es que los jueces constitucionales están protegidos por un conjunto de salvaguardias institucionales (mandato largo o vitalicio, estabilidad en el cargo, procesos de selección a cargo de múltiples agentes) destinadas a asegurar la independencia del juicio moral respecto de los órganos políticos mayoritarios. La independencia judicial no es la condición fundamental en virtud de la cual se les otorga a los jueces el poder de revisión judicial de la ley, pero es una condición necesaria que debe cumplirse para que los jueces constitucionales lleven su tarea a cabo correctamente.

Así, pues, el mayor tiempo y aislamiento de que disponen los jueces para la reflexión, el carácter especializado de su función, la cultura de los principios que está asociada a sus decisiones, y la independencia judicial, constituyen elementos clave dentro del paquete normativo que puede justificar el establecimiento de un sistema de control judicial de constitucionalidad en materia de derechos. Si bajo la DDE el sistema democrático en su conjunto es –para utilizar la terminología rawlsiana– un sistema de *justicia imperfecta*, entonces “la justicia constitucional es menos imperfecta que los legisladores en [lo que concierne a] la protección de derechos fundamentales.”<sup>16</sup> El aislamiento, el mayor tiempo de

<sup>16</sup> Ferreres, Víctor, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley: El problema de su legitimidad democrática”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *op. cit.*, nota 2, pp. 356-381.

1972

## CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

reflexión, el carácter especializado de su función, la cultura de los principios que encarnan, y la independencia judicial son características que, unidas a un sistema robusto de control judicial de las leyes, ofrecen un balance positivo en términos instrumentales epistémicos.

### *3. Tercera tesis: un modelo robusto puede quedar justificado si los jueces usan su poder para mejorar las condiciones de la DDE*

La tercera versión de la DDE sostiene que el control judicial de las leyes, a pesar de su déficit representativo, *puede* mejorar el valor epistémico instrumental del sistema democrático en su conjunto, pero *siempre que se ejerza de una manera determinada*. En particular, *siempre que se ejerza para asegurar y proteger las condiciones que aseguran una deliberación democrática genuina*. Carlos Nino es un fiel exponente de esta idea. En primer lugar, según el jurista argentino, los jueces constitucionales están encargados de asegurar las condiciones que hacen posible una genuina deliberación democrática, pudiendo vetar todas aquellas leyes (o remover aquellas situaciones de facto) que socavan de manera permanente y profunda la deliberación entre iguales. Sólo si actúan para corregir las fallas del proceso democrático-deliberativo, su autoridad para declarar inválida una ley está justificada. En segundo lugar, Nino sostiene que el proceso democrático-deliberativo carece de valor epistémico en todo lo relacionado con cuestiones de moral personal o privada. Esta convicción lo lleva a sostener que los jueces tienen buenas razones para considerar inválidas todas aquellas normas de contenido perfeccionista, es decir, aquellas que pretenden imponer, contra los planes de vida de los particulares, concepciones comprehensivas sobre el bien o la buena vida. En este sentido, los jueces quedan encargados de mantener el compromiso estatal con la neutralidad valorativa en relación con las concepciones del bien, asegurando el respeto a los ideales de virtud personal escogidos por cada individuo.<sup>17</sup>

Ahora bien, el hecho de que los jueces se hagan cargo de estas dos tareas de no implica asumir que ellos gocen de capacidades intelectuales diferentes, ni que tengan una predisposición estructural a razonar con arreglo a principios comparativamente mejor que la que tienen los legisladores. Tampoco implica defender la proposición empírica de que los jueces constitucionales tienen capacidades diferenciales en lo que con-

<sup>17</sup> Nino, *op. cit.*, nota 6.

cierne a defender la deliberación entre iguales y la autonomía privada de las personas. Los jueces en los hechos pueden comportarse de muy diferentes maneras. El punto es que si, y sólo si, se ajustan a estos dos cometidos, su función y autoridad final está justificada. Fuera de esos dos cometidos, la declaración de invalidez de una ley carece de legitimidad democrática. En resumen, Nino cree que la existencia de un modelo robusto de control judicial de las leyes *puede mejorar* el valor epistémico del proceso general de toma de decisiones políticas siempre que los jueces se limiten a velar por esos dos cometidos principales.

Es interesante ver que entre la primera y la tercera posición hay similitudes y diferencias. Así, ambas posiciones afirman que un modelo robusto de revisión judicial *puede* quedar justificado si se cumplen determinadas condiciones (en la primera, si de la evaluación del acuerdo político y del contexto en que éste se aplica puede predicarse que la justicia constitucional mejorará el valor epistémico instrumental del sistema en su conjunto; en la segunda, si los jueces ejercen la revisión judicial con el cometido de vetar leyes perfeccionistas y asegurar las condiciones que vuelven posible una genuina deliberación entre iguales). Sin embargo, mientras la primera posición sostiene que no es irrazonable que los jueces constitucionales usen su poder para proteger cualquier tipo de derecho constitucional, la tercera posición defiende la protección sólo de aquellos derechos asociados a las precondiciones del proceso democrático-deliberativo. Asimismo, mientras en la primera posición la justificación está supeditada a la valoración que se haga del sistema institucional, del contexto, y las cualidades epistémicas de los jueces en general, en la tercera posición la justificación está supeditada a la valoración que se haga del ejercicio de la revisión judicial y de los contenidos y argumentaciones de las sentencias en cada caso.

DDE	Tesis
1º Tesis	Un modelo robusto de revisión judicial no es irrazonable a menos que incurra en comparaciones odiosas
2º Tesis	Un modelo robusto de revisión judicial mejora el valor epistémico instrumental del sistema democrático en su conjunto
3º Tesis	Un modelo robusto de revisión judicial puede ser justificado si los jueces ejercen el control de constitucionalidad con el cometido de asegurar las condiciones de un proceso deliberativo-democrático

FIGURA 1.

### III. DEMOCRACIA DELIBERATIVA EPISTÉMICA Y CONSTITUCIONALISMO DÉBIL

En este apartado me propongo argumentar en contra de cada una de las tres tesis referidas. En primer lugar, diré que el mismo argumento que desacredita la propuesta epistocrática de John Stuart Mill (la epistocracia de los educados) puede ser consistentemente utilizado para rechazar la primera de las tesis, que sostiene que un modelo robusto de revisión judicial no es irrazonable si no incurre en comparaciones odiosas. En segundo lugar, defenderé –en contra de la segunda tesis– que, en comparación con los jueces, las legislaturas ostentan una superioridad epistémica en lo que concierne a la protección de derechos fundamentales, en virtud de que en ellas se avientan un mayor número de perspectivas y de que los legisladores son menos vulnerables a los sesgos cognitivos propios de los grupos reducidos con características homogéneas (*group-think bias*). En tercer lugar, y en contra de la tercera tesis, sostendré que no tenemos ninguna razón para pensar que los jueces constitucionales van a ejercer la revisión judicial con el cometido de asegurar las condiciones que hacen posible una deliberación entre iguales.

#### 1. *La epistocracia de los jueces constitucionales*

Es interesante ver cómo las objeciones que David Estlund lanza contra la propuesta de Mill de otorgar más votos a los que saben leer y escribir<sup>18</sup> se vuelve contra sí mismo y termina desbaratando la tesis de que un modelo robusto de revisión judicial puede quedar justificado. Lo interesante de la propuesta epistocrática milliana es que responde con inteligencia a dos intuiciones: a) que la deliberación es mejor cuando los participantes son numerosos (asumiendo, por razones de simplicidad, que los que deliberan son los votantes), y b) que debemos intentar que las propuestas inteligentes tengan mayor poder de influencia en la toma de decisiones. La propuesta milliana responde a la primera intuición otorgando al menos un voto a todas y cada una de los participantes. A la segunda intuición responde otorgando doble voto a aquellos que tienen una mínima educación, en aras de aprovechar el valor epistémico de la presunta mayor sabiduría de unos pocos.

<sup>18</sup> Estlund, *op. cit.*, nota 6, cap. 11.

Pues bien, según Estlund, la epistocracia de los educados de Mill es vulnerable a lo que él denomina “la objeción demográfica”. Esa objeción básicamente consiste en alegar que aquellos que poseen una mejor educación pueden exhibir elementos epistémicamente contraproducentes. Por ejemplo, es posible que las personas que buscan una mejor educación sean, en términos estadísticos, más racistas que otras, aún después de recibir la educación. Entonces, aún cuando la educación mejore su capacidad para tomar decisiones finales, de ello no se sigue que los educados estén mejor capacitados que otros para ostentar esa autoridad, dado que el racismo que exhiben puede anular la ventaja epistémica que la educación pudo haberles dado. Es importante notar que la impugnación al esquema del voto plural para los educados no necesita que todos los ciudadanos razonables suscriban la objeción demográfica. Basta con que ese argumento no sea irrazonable. Esto bloquea la propuesta de la epistocracia de los educados, aún cuando también sea razonable estar en desacuerdo y pensar que los educados son capaces de gobernar más sabiamente que otros. La razonabilidad de la *negación* de la epistocracia de los educados es decisiva para desbaratar la propuesta, ya que los acuerdos políticos –para ser legítimos– necesitan contar con la aceptación de todas las perspectivas razonables.<sup>19</sup>

Ahora bien, es interesante ver, llegados a este punto, que la objeción democrática es enteramente aplicable a la propuesta de instaurar un modelo robusto de revisión judicial. Los modelos robustos de revisión judicial, en efecto, atribuyen la última palabra institucional a un grupo reducido de jueces que, en virtud de la independencia que gozan, su aislamiento, especialización, mayor tiempo para reflexionar y mejor formación en materia de derechos fundamentales, supuestamente cuentan con mejores credenciales epistémicas para llevar a cabo esta tarea. Introduzcamos la objeción demográfica: el problema es que siempre cabe alegar (y es razonable hacer-

<sup>19</sup> *Idem*. Estlund menciona la posibilidad de corregir los rasgos del subgrupo de los más educados que resultan epistémicamente contraproducentes. Si el problema es la infrarrepresentación de ciertas razas, clases y géneros, todavía puede ser posible seleccionar un subgrupo en el que esos grupos estén adecuadamente representados (digamos, en proporción a la presencia de la población general). Esto, sin embargo, no eliminaría la objeción demográfica, porque siempre es posible *y razonable* alegar que existen rasgos empíricamente no verificables que sesgan el juicio de los más educados. Según Estlund, la idea de que la muestra demográficamente corregida de los más educados todavía puede contener desproporcionadamente muchos sesgos racistas o sexistas, u otros sesgos no verificables, no es extravagante ni descabellada, por más controvertible que pueda ser. No es menos razonable, tal vez, que aquel que presume que los educados son desproporcionadamente más liberales o conservadores (algo que tiene efectos epistémicos contraproducentes) antes de que eso pueda ser verificado de alguna manera. Y la razonabilidad de esta objeción, como dije, es decisiva para desbaratar la propuesta epistocrática de Mill.

lo) que el reducido grupo de los jueces constitucionales exhibe rasgos (algunos empíricamente verificables, otros no tanto) que sesgan el juicio de los mismos en beneficio o en perjuicio de ciertas clases o grupos. Es interesante ver, por ejemplo, que la composición de las cortes Supremas o Tribunales Constitucionales en muchos países es un ámbito reservado desproporcionadamente a los hombres, con exclusión de las mujeres. Y aún cuando las mujeres estuvieren adecuadamente representadas, todavía puede que no lo estén las minorías indígenas, o ciertas clases sociales, o las identidades regionales. Con todo, aún si no existieran rasgos empíricamente verificables, siempre sería razonable (por la misma razón que lo es frente a la propuesta epistocrática de Mill) alegar que ciertas perspectivas empíricamente no verificables están desproporcionadamente representadas en el grupo reducido de jueces. La objeción demográfica, por lo tanto, también bloquea la propuesta de un modelo robusto de revisión judicial. La propuesta de Mill otorgaba al menos un voto a todos los participantes, un elemento que aspiraba a aprovechar los beneficios epistémicos del mayor número de personas y perspectivas. Tratándose de un modelo robusto de revisión judicial, ni siquiera esa ventaja epistémica está disponible, y sólo la forma de selección de los jueces les infunde a ellos un cierto grado de representatividad del conjunto de perspectivas ciudadanas (un grado de representatividad democrática que siempre es comparativamente inferior al que encarnan las legislaturas).

El argumento, entonces, es el siguiente. Si la propuesta epistocrática de Mill es vulnerable a la “objeción demográfica” (en virtud de que siempre es razonable alegar que el grupo de los educados posee, de manera desproporcionada, rasgos epistémicamente contraproducentes), entonces esa misma objeción es aplicable a un modelo robusto de revisión judicial. Si adjudicarles más votos a quienes integran el grupo de los más educados no incurre, de manera evidente, en una comparación odiosa, pero siempre es razonable alegar que cargan con rasgos epistémicamente contraproducentes, entonces cabe esgrimir el mismo argumento contra un modelo robusto de revisión judicial. Obsérvese, en cualquier caso, que la objeción en ningún momento apela al derecho de igual participación o a la igual dignidad política para impugnar un modelo de revisión judicial. No se trata de una objeción democrática a la revisión judicial de las leyes. Más bien la objeción descansa en un argumento enteramente epistémico: la idea de que el reducido grupo de jueces no representa adecuadamente las perspectivas de todos los interesados en la decisión y de que su juicio está potencialmente sesgado a favor (o en detrimento) de ciertos grupos de la sociedad.

Por supuesto, también podrían objetarse ambos esquemas (la propuesta epistocrática de Mill y un modelo robusto de revisión judicial) apelando a la idea de que dejar que todos y cada uno de los ciudadanos tenga un solo voto es una forma de honrar su igual dignidad política, un reclamo moral que no cumple ninguno de los dos esquemas epistocráticos (al menos no en el mismo grado que las legislaturas). De hecho, esta es la objeción tradicional a la revisión judicial de las leyes, y lo es también a la propuesta de Mill. Esa sería una objeción que prescindiría del valor epistémico instrumental de los acuerdos políticos y apelaría únicamente a la noción de equidad procedural en la toma de decisiones políticas. El problema de esta objeción es que, si creemos que la democracia posee valor epistémico (como lo cree la DDE), y resulta que algunos arreglos alternativos prometen mejorar el valor instrumental del sistema en su conjunto, privilegiando a un grupo reducido de decisores finales, no podemos impugnar a esas propuestas alegando simplemente que las legislaturas respetan mejor la equidad procedural u honran mejor la igualdad política, porque la legitimidad del sistema depende de la combinación de ambas consideraciones, las basadas en la igualdad política y las basadas en el carácter instrumental epistémico. Si la autoridad final de las legislaturas estuviera enteramente basada en el valor de igualdad política que encarnan, en dicho caso nos enfrentaríamos a una elección difícil, entre dos alternativas: entre un órgano que encarna mejor la igual dignidad política de los ciudadanos, pero que exhibiría un valor epistémico instrumental inferior, y otro que haría gala de una mejor competencia epistémica pero que no honraría adecuadamente la igual dignidad política de los ciudadanos. Pero la objeción demográfica, como vimos, echa por tierra la idea de que los más educados, o los jueces constitucionales, poseen una ventaja epistémica comparativamente superior a los legisladores, y entonces la autoridad final de las legislaturas democráticas no reside, en última instancia, sólo en sus credenciales democráticas. La conclusión, por lo tanto, es que siempre es razonable impugnar un modelo robusto de revisión judicial, y entonces fracasa la primera línea de defensa (que sosténía que un modelo robusto de revisión judicial es razonable si no incurre en comparaciones odiosas, aunque también los modelos débiles sean razonables).

## *2. La superioridad epistémica de las legislaturas*

La segunda de las tesis de defensa de un modelo robusto de revisión judicial argumentaba, dentro del marco de la DDE, que los jueces constitucionales poseen una ventaja epistémica comparativamente superior a la de los legis-

ladores. Si la primera tesis sugería que era razonable sostener esa idea (aunque también lo fuese sostener que las legislaturas son epistémicamente superiores), esta segunda línea de defensa respalda, de manera más contundente, la superioridad epistémica de los jueces constitucionales. Vimos en el anterior apartado que siempre es razonable alegar que el reducido grupo de jueces constitucionales de un modelo robusto de revisión judicial puede presentar rasgos epistémicamente contraproducente. Aquí voy a hacerme cargo de esta segunda tesis más fuerte, concentrándome en los rasgos epistémicos de los jueces que presuntamente les confieren una ventaja comparativa. Según diré, aún cuando el aislamiento, la independencia judicial, el mayor tiempo de reflexión, la especialización de la función, y la cultura de principios que encarnarían, todos estos elementos cuenten a su favor, los jueces constitucionales están expuestos a un conjunto de desventajas epistémicas que redundan en un saldo epistémico negativo en comparación con las legislaturas.

En primer lugar, aún cuando el aislamiento puede ser una ventaja a la hora de decidir determinados asuntos o materias, ya que blindaría al decisor de potenciales influencias nocivas, pero también impide informarse o tomar nota de muchas perspectivas, necesidades, y enfoques alternativos sobre las cuestiones que deben decidirse. El mayor tiempo de reflexión evidentemente cuenta como una ventaja, pero no puede ser la cualidad decisiva a la hora de decidir quién debe tener la autoridad final para decidir asuntos en los que están involucrados derechos fundamentales. La cultura de principios de la que supuestamente hacen gala los jueces, por su parte, no es exclusiva de ellos. También los legisladores se preocupan por los principios y por la interpretación constitucional. Es verdad que tal vez sea razonable decir que entre los jueces y legisladores hay una diferencia de grado en este punto: aunque los legisladores muestren preocupación por los principios constitucionales, los jueces *se preocupan más*, y la atención que dispensan a los mismos es mayor. No niego que ello pueda ser así. En cualquier caso, se trata de un argumento que depende de consideraciones empíricas muy difícil de ser demostradas. Con todo, concederé esta idea en aras de mi argumento.

Finalmente, aún cuando los jueces constitucionales ejerzan una función especializada, es dudoso que el carácter especializado de su tarea pueda contar como una ventaja comparada. La especialización de funciones también es vulnerable a una serie de sesgos cognitivos, entre ellos el denominado efecto de confirmación, que consiste en que los individuos tienden a buscar y procesar información que confirma sus creencias y expectativas previas, y a ignorar o minimizar la información que contradice esas creencias y expectativas. Los jueces constitucionales, al igual que los legisladores, están sujetos a este sesgo cognitivo, lo cual les hace más propensos a aceptar argumentos que apoyan sus creencias y expectativas y más propensos a rechazar argumentos que contradicen esas creencias y expectativas.

do “*group think bias*” o “pensamiento de grupo,”<sup>20</sup> y la “polarización” de perspectivas ideológicas.<sup>21</sup> El sesgo propio del “pensamiento de grupo” aparece cuando en un grupo existe un espíritu corporativo entre sus miembros, que puede ser producido por muchos factores, como el poseer una misma identidad cultural, pertenecer a una misma clase social, o –en el caso que nos interesa– tener una misma formación educativa, entre otros. Cuanto mayor es el espíritu de cuerpo en el grupo, mayor es el peligro de que el pensamiento crítico independiente sea sustituido por una tendencia grupal a la toma de decisiones riesgosas, a la generación de una ilusión del consenso (donde el silencio es percibido como manifestación de la unanimidad), a la subestimación de evidencias contrarias a las creencias consolidadas del grupo, a la incompleta evaluación de las alternativas de decisión, a una pobre búsqueda de información, así como a un sesgo de selección en el escogimiento de evidencias y argumentos (*cherrypicking*). El espíritu de grupo que puede generar una formación educativa homogénea, por otra parte, puede ser propenso a la “polarización” de perspectivas,<sup>22</sup> un sesgo que consiste en extremar las posiciones ideológicas cuando nuestras perspectivas e ideas no son contrastadas por ideas y evidencias que las contradigan y sólo reciben la confirmación de nuestros pares, que piensan igual que nosotros. Muchos experimentos muestran, en ese sentido, que los grupos de pensamiento homogéneo, después de razonar juntos, tienden a exagerar y extremar las posiciones pre-deliberativas de sus miembros, redundando en una espiral de polarización de las mismas. No digo que todos los jueces constitucionales sean vulnerables a estos sesgos. Simplemente señalo la posibilidad de que la especialización de funciones, aún cuando pueda tener ventajas epistémicas significativas, también puede ser víctima en mayor grado de distorsiones epistémicas propias de la misma naturaleza especializada de la formación que poseen los jueces.

Aún cuando se ponga un énfasis en la competencia epistémica de los jueces constitucionales, esa idea no es nada obvia. Y es que, incluso cuando seguir las directivas de un grupo reducido de expertos en derecho constitucional y filosofía política conduce a tomar decisiones políticas correctas más frecuentemente que seguir las directivas de cualquier otra persona,

<sup>20</sup> Janis, Irving, *Victims of Groupthink*, Boston, Houghton Mifflin, 1972; Turner, Marlene, Pratkanis, Anthony, “Twenty-Five Years of Groupthink Research: Lessons in the Evaluation of a Theory”, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 73, núm. 2, 1998, pp. 105-115.

<sup>21</sup> Sunstein, Cass, “The Law of Group Polarization”, John M. Olin Law & Economics Working Paper, University of Chicago Law School, año 1999, núm. 91.

<sup>22</sup> *Idem*.

esta es una forma absurda de plantear las alternativas, porque no existe ninguna razón para pensar que las decisiones deben ser tomadas por una pocas personas expertas en derecho constitucional. Es muy plausible que las decisiones tiendan a ser mejores si esas pocas personas deliberan y decide en conjunto con otras personas, por ejemplo, con el resto de representantes políticos de la sociedad. La tesis de que “razonar juntos” conduce a decisiones mejores cuenta con buenas evidencias cuando lo que está en juego involucra conocimientos empíricos descriptivos (como los típicos exámenes que deben rendir los alumnos para pasar una asignatura),<sup>23</sup> y cuenta a favor de la superioridad epistémica de las legislaturas. El individuo más competente de un grupo ciertamente no lo hará tan bien como lo harían todos los representantes más competentes (de diversos grupos) razonando juntos, aún cuando es de esperar que ampliando el número de personas se reduzca la competencia individual promedio.

El hecho de que las Asambleas numerosas sean tan numerosas tiene arraigo, entonces, en los beneficios epistémicos que conlleva el contar con un número amplio personas y perspectivas. Naturalmente, si lleváramos esta idea a sus extremos, deberíamos preguntarnos por qué en vez de 200 legisladores no tenemos, en cambio, 2000 o 5000 representantes políticos deliberando juntos. Los límites de la práctica no hacen imposible, en ningún modo obvio, que podamos contar con una asamblea legislativa de 5000 personas. Entonces se necesita algo más para explicar por qué una asamblea como esa no es una buena idea. La idea de que la calidad de la deliberación (su valor epistémico) empeora pasado un cierto umbral en el

<sup>23</sup> Las pruebas empíricas de esta tesis se remontan al trabajo de Galton, Francis, “Vox Populi”, *Nature*, vol. 74, 1907, pp. 450 y 451. Otra prueba empírica interesante, aunque matizada, fue aportada por Thorndike, Robert, “The Effect of Discussion upon the Correctness of Group Decisions: When the Factor of Majority Influence Is Allowed For”, *Journal of Social Psychology*, vol. 9, núm. 3, 1938, pp. 343-362. En una muestra de 200 personas, se formaron grupos de seis, cinco y cuatro miembros. Se les pidió a cada individuo que responda diversas preguntas con una respuesta correcta. Luego se pidió a los grupos que deliberaran y tomaran una decisión grupal (por mayoría). El experimento demostró que cuando la mayoría de los individuos del grupo había respondido, en el examen individual, la respuesta correcta, en el examen grupal un 79% de los grupos terminó decidiéndose por la respuesta correcta. Cuando la mayoría de los individuos del grupo había respondido, en el examen individual, la opción incorrecta, un 56% de los grupos terminó decidiéndose por la respuesta incorrecta. El experimento demuestra que, aunque la verdad desempeña algún papel (79% es mayor a 56%), también la mayoría ejerce una influencia importante en las decisiones grupales. Con todo, la competencia promedio del grupo fue levemente superior a la competencia promedio que tenía cada persona antes de deliberar y votar en grupo (66% de aciertos grupales, frente a 62% de aciertos individuales).

número participantes parece una respuesta adecuada. Es el balance entre el número de perspectivas representadas, junto con la viabilidad práctica de una deliberación adecuada, (además de, por supuesto, la aspiración de honrar en cierto grado la igual dignidad política de los ciudadanos) lo que explica por qué las Asambleas no están conformadas por miles de representantes pero tampoco por un grupo reducido de veinte legisladores.

En resumidas cuentas, las legislaturas cuentan, respecto de las cortes, con una ventaja epistémica. La primera es el número. Existen más legisladores en una típica legislatura nacional que jueces en un típico tribunal constitucional o cortes supremas. Es cierto que si sumamos a todos los jueces del sistema judicial la comparación redundaría en ventaja de los jueces, pero esa agregación sería puramente conceptual, mientras que los legisladores nacionales de hecho trabajan y razonan en conjunto como parte de una institución integrada que vota y decide cuestiones comunes.

Segundo, las legislaturas son más representativas que las cortes, y la representación produce conocimiento. La relación representativa dota a los legisladores de información sobre las condiciones locales y los juicios sociales y preferencias que los jueces no alcanzan a captar. A pesar de que la representación puede introducir distorsiones e injerencias que reducen la competencia epistémica, los jueces tampoco son inmunes a los sesgos.

Tercero, y crucial, una legislatura moderna es más diversa que la judicatura, especialmente en términos profesionales. La diversidad profesional reduce el “pensamiento de grupo” y la tendencia a la polarización de perspectivas, y ambas cosas configuran una fuente importante de fuerza epistémica.

La segunda línea de defensa se enfoca de manera miope en una supuesta superior competencia epistémica de los jueces, haciendo hincapié en el mayor tiempo de reflexión, la especialización de funciones, la cultura de principios que encarnan, olvidando que todos estos rasgos –además de ser vulnerables a cierto tipo de sesgos y de que no todos son exclusivos de los jueces– son sólo algunas de las variables que afectan al rendimiento epistémico, junto con el número y la diversidad. Una institución más numerosa y más diversa, como una Legislatura, puede fácilmente superar a un grupo minúsculo y menos diverso de jueces constitucionales ultra-competentes en materia de interpretación constitucional.

*3. La falsa promesa de que los jueces constitucionales ejercerán su poder para asegurar la DDE*

Finalmente, tenemos la última línea de defensa de un modelo robusto de revisión judicial, que dice que la autoridad final de los jueces constitucionales está justificada si, y sólo sí, éstos utilizan su poder para promover las condiciones que infunden valor epistémico de las decisiones políticas, vetando todas las leyes que socavan esas condiciones, así como las inspiradas por ideales perfeccionistas de virtud personal (habida cuenta que sobre estas cuestiones de moral privada la democracia no tiene valor epistémico).

El problema es que una defensa de un modelo robusto de revisión judicial *condicionada a un modo particular de ejercicio del mismo* no alcanza a justificar una propuesta o un esquema de organización institucional. Lo único que justifica es *una forma de usar* la revisión judicial asumiendo que los jueces trabajan en el marco de ese esquema de organización institucional. Para justificar, además, el modelo de organización institucional, la defensa condicionada debería ir acompañada de una afirmación fáctica que ofrezca razones y evidencias que sustenten la idea de que los jueces propenderán a usar la revisión judicial de conformidad con los cometidos señalados como apropiados por la DDE. Pero no existen razones y evidencias de peso que sustenten esa idea. Basta con mirar los manuales de derecho constitucional, las teorías de la argumentación jurídica que se enseñan en las facultades de derecho, los cursos que se enseñan en las escuelas de jueces, y los argumentos de una muestra representativa de sentencias. Salvando alguna excepción notable, difícilmente pueda encontrarse en todos esos ámbitos una preocupación manifiesta por convertir a los jueces constitucionales en motores de la DDE. Es obvio, desde la DDE, que no hay buenas razones para que las legislaturas impongan ideales de virtud personal a los particulares, ni decidan sobre cuestiones relacionadas con el ámbito de la moral personal, pero ¿qué razones existen, entonces, para autorizar al respecto la intervención del poder judicial?<sup>24</sup> Si las deliberaciones que se producen en las legislaturas no tienen valor epistémico respecto de estas cuestiones, entonces tampoco lo tienen los jueces. Eso significaría otorgarle una legitimidad “por defecto” que carece de fundamentación. Del mismo modo, es loable la aspiración normativa de custodiar las bases institucionales de la discusión

<sup>24</sup> Gargarella, Roberto, “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El ‘constitucionalismo’ popular frente a la teoría de Nino”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *op. cit.*, nota 2, pp. 381-403.

democrática, pero ¿qué razones hay para pensar que los jueces van a adoptar una posición normativa semejante (sobre todo cuando uno ve que la ideología judicial dominante está moldeada, al menos en parte, por la pertenencia de los jueces a grupos más o menos definidos en materia de clase social, raza o género)?

Esta última línea de defensa incurre, en definitiva, en una falacia muy común en quienes aspiran a justificar diseños institucionales, y es el pensamiento ilusorio o “*wishful thinking*”, que consiste en querer que algo suceda para pensar que sucederá. El pensamiento ilusorio, además de ser un sesgo cognitivo y una forma incorrecta de tomar decisiones, supone incurrir en una falacia lógica: de desear que algo sea verdadero o falso se infiere que algo es verdadero o falso. De querer que los jueces constitucionales, bajo un modelo robusto de revisión judicial, usen el poder para promover la DDE no se sigue que es verdad que lo ejerzan de ese modo. Luego, un modelo robusto de revisión judicial no está justificado.

La conclusión, entonces, es que las razones que justifican la concepción epistémica de la democracia deliberativa no justifican, en ningún caso, el establecimiento de un modelo robusto de control judicial de las leyes, y ello en virtud de la superioridad epistémica de las legislaturas y de la objeción demográfica que siempre es razonable esgrimir para bloquear cualquier propuesta epistocrática. Por supuesto, las legislaturas también honran la igual dignidad política de los ciudadanos de un modo en que las cortes no lo hacen. Pero dado que la DDE debe ponderar ambas consideraciones por igual a la hora de justificar los arreglos políticos, es importante ver que no es la igualdad política la base exclusiva de la autoridad final de las legislaturas.

#### IV. CONSTITUCIONALISMO DÉBIL E INGENIERÍA INSTITUCIONAL

Con todo, la superioridad epistémica de las legislaturas no necesariamente justifica la abolición de todo tipo de control judicial de constitucionalidad de la ley. Algunos esquemas alternativos que, aún cuando reservan algún papel a los tribunales en el control de constitucionalidad, confieren la autoridad final a las legislaturas, resultan por lo tanto preferibles si existen razones para pensar que promueven o son propensos a promover un diálogo democrático entre diferentes ramas de gobierno. Con todo, la autoridad final de las legislaturas es un aspecto crucial, porque ella está sustentada, en

última instancia, en el número y en la diversidad de perspectivas que los legisladores representan.

En otro lugar he examinado con detalle las posibilidades del diálogo democrático interinstitucional en diversos esquemas de control de constitucionalidad de la ley.<sup>25</sup> En esa oportunidad, examiné el esquema canadiense de la cláusula “*notwithstanding*”, las declaraciones de incompatibilidad del sistema del Reino Unido después de la *Human Rights Act* (2000), y el diseño institucional de Israel, que combina una *constitución flexible* con la facultad judicial de declarar inválida una ley. Por razones de espacio aquí no voy a volver a tratar estos diseños institucionales, y me bastará con decir que todos ellos son congruentes con la idea de asegurar la autoridad final de las legislaturas. Sin embargo, no todos ellos propician un genuino diálogo interinstitucional, y todos tienen defectos que vale la pena considerar a la hora de optar por uno u otro a la luz de los presupuestos de la DDE. El sistema canadiense, según dije, permite que la Legislatura pueda prescindir de los argumentos de derechos a la hora de imponer sus preferencias, una opción que no se condice con un genuino diálogo.<sup>26</sup> El sistema inglés, por su parte, no obliga al Legislador a responder con argumentos a las declaraciones de incompatibilidad que emiten los jueces frente a casos judiciales concretos. El sistema de Israel, finalmente, obliga al Congreso a “constitucionalizar” cualquier respuesta a una decisión judicial, lo que tiene el peligro de ir transformando, poco a poco, una constitución de principios en una constitución “de detalle”. Si creemos que es bueno que las constituciones formulen los principios básicos que, en materia de derechos fundamentales deben gobernar una sociedad, y que las constituciones sirvan como plataforma o guía para la deliberación, deberíamos entonces desconfiar del sistema Israelí.

<sup>25</sup> Linares, Sebastián, “El diálogo democrático entre las Cortes y las instituciones representativas”, *Revista mexicana de sociología*, vol. 70, núm. 3, 2008, pp. 487- 539.

<sup>26</sup> No obstante, en la práctica la cláusula “*notwithstanding*” nunca ha sido utilizada por el Congreso federal canadiense. En los hechos lo que suele verse es una suerte de diálogo entre tribunales y Congreso que discurre por otros canales. En efecto, lo normal es que después de una declaración judicial de inconstitucionalidad el Congreso vuelva a insistir aprobando una ley que, aunque no sea idéntica a la declarada inválida, sí reintroduzca algunos puntos. En una segunda lectura judicial, los jueces constitucionales canadienses suelen deferir a la voluntad del Legislador en el intento de conjurar la amenaza de que, en una última movida legislativa, se eche mano de la cláusula “No obstante”. Webber, G., “Dialectic Dialogue under the Canadian Charter”, artículo presentado en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Québec, Montreal, el 3 de mayo de 2005.

Creo que, en este terreno, todavía hay espacio para la ingeniería institucional. En otro lugar he propuesto un modelo de diseño institucional que, según creo, asegura la autoridad final de las legislaturas y ofrece posibilidades interesantes para el diálogo entre ramas de gobierno, aún cuando no garantice una genuina deliberación democrática. Mi propuesta delinea un esquema en el cual los jueces inferiores a la Corte Suprema (o Tribunal Constitucional) pueden pronunciar únicamente declaraciones de incompatibilidad (respecto de las leyes contemporáneas). En segundo lugar, el esquema autoriza a las cortes a declarar la invalidez de una ley o acto normativo. Un sistema como éste permite que las declaraciones de incompatibilidad de los jueces inferiores funcionen como un mecanismo de alerta, que le advertiría al Congreso que si el caso llega al alto tribunal, la decisión política tiene probabilidades de ser vetada. Con este esquema, el Congreso tiene tiempo para ensayar otras políticas alternativas, o comenzar a articular una defensa razonada de la política cuestionada. Además, bajo este sistema el Congreso *tiene incentivos para contestar*, porque sabe que, de no obrar responsablemente el alto tribunal puede terminar vetando la decisión política. Junto a ello, la Corte debería tener recursos a su disposición para mitigar las confrontaciones con el Congreso. En ese sentido, las declaraciones de inconstitucionalidad “con plazo de espera” o efecto retardado (esto es, sentencias que producen efectos invalidatorios después de transcurrido un cierto plazo) parecen sumamente apropiadas. Finalmente, y para salvar la autoridad final de las legislaturas, cabe pensar que, en el supuesto de que la Corte opte por invalidar la norma, el Congreso pueda echar mano de una suerte de cláusula “override” para hacer valer su postura. Según creo, la invocación de esa cláusula debería cumplir con ciertos recaudos. Así, cabría estipular la obligación del Congreso de responder públicamente, en una audiencia pública, a todos los argumentos vertidos por la Corte Suprema, incluso a los argumentos basados en derechos. Después de esta audiencia, una vez oídas todas las posturas, el Parlamento podría volver a debatir la cuestión y someterla a votación. Finalmente, cabría estipular que el uso de esta suerte de cláusula *override* tenga efectos temporales, es decir, cabría pensar que la decisión del Congreso que revalida una norma (previamente declarada inconstitucional por la Corte) tenga vigencia hasta la formación de una nueva Legislatura electa, que estaría obligada a ratificar la decisión del Congreso anterior. Un sistema como éste, ciertamente, no garantiza en absoluto el surgimiento de un genuino diálogo, pero ofrece incentivos para que la deliberación sea más *probable*, a la par que deposita la última palabra institucional en el Congreso.

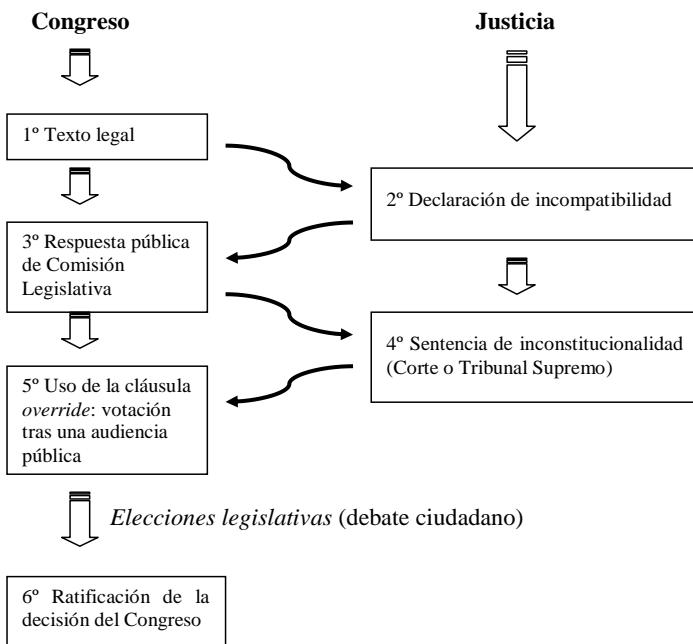


Figura 2. Propuesta de justicia constitucional<sup>27</sup>

Ahora bien, si la razón para depositar la autoridad final en las legislaturas (y no en los jueces) es epistémica y descansa en el número y la diversidad de perspectivas que las asambleas congregan, entonces tal vez exponiendo a los jueces constitucionales a un grupo más amplio de perspectivas diversas, antes de decidir sobre la constitucionalidad de una ley, podría salvar los defectos epistémicos de los que adolecen. Esta es la idea que está detrás de la propuesta de constituir “jurados constitucionales” seleccionando por azar una muestra de ciudadanos, a los que se encargaría la tarea de emitir un juicio de constitucionalidad de la ley, sea en un caso judicial concreto (en un sistema difuso como el americano) o bajo un sistema de control abstracto de constitucionalidad. Dicho juicio, dependiendo del diseño que quiera dársele, podría ser final y vinculante (como las

<sup>27</sup> Linares, *op. cit.*, nota 25.

propuestas de Spector<sup>28</sup> y Ghosh,<sup>29</sup>) o más bien de naturaleza consultiva, es decir, no vinculante, para las cortes, las cuales seguirían ostentando el poder de revisión judicial.

Un sistema de jurados final y vinculante incrementaría el número y la diversidad de perspectivas, pero perdería las supuestas ventajas epistémicas especiales que los jueces constitucionales pueden aportar. Resulta dudoso ver cómo esta propuesta puede mejorar en algún sentido un modelo de constitucionalismo débil que, como el sistema canadiense, o el británico, asegura la autoridad final de las legislaturas. Un sistema de jurados constitucional “consultivo” sería, en cambio, un esquema interesante de cara a mejorar el valor epistémico de la justicia constitucional, un esquema que añadiría a las supuestas ventajas de los jueces constitucionales (su especialización, formación educativa, tiempo de reflexión, cultura de principios, e independencia judicial) los ingredientes epistémicos de los que teóricamente carecen: la exposición a un mayor número y diversidad de perspectivas. Esto volvería más arduo el problema de resolver qué órgano merece la autoridad final a la luz de los presupuestos de la DDE. Los ingredientes epistémicos que ganarían los jueces constitucionales con esa suerte de “jurado constitucional” consultivo podrían sustentar razones para alegar que, bajo este hipotético esquema, los jueces superarían en valor epistémico instrumental a las legislaturas. De lo cual se seguiría que sería controvertido seguir manteniendo la superioridad epistémica de éstas últimas. Con toda seguridad las legislaturas seguirán encarnando una mayor igualdad política, pero la igualdad política es sólo un valor que habría que ponderarse junto con el valor instrumental de otro arreglo alternativo del que cabe presumir que no incurre en comparaciones odiosas.

## V. CONCLUSIONES

La concepción epistémica de la democracia deliberativa no justifica un modelo robusto de control judicial de las leyes. Las razones para sustentar esta posición radican, primero, en que siempre es razonable esgrimir la objeción de que un grupo reducido de jueces constitucionales puede exhibir sesgos manifiestos o latentes que distorsionan su capacidad de juicio

<sup>28</sup> Spector, Horacio, “Judicial Review, Rights, and Democracy”, *Law and Philosophy*, vol. 22, núm. 3-4, 2003, pp. 285–334. Spector, Horacio, “The Right to a Constitutional Jury”, *Legisprudence*, vol. 3, núm. 1, 2009, pp. 111-123.

<sup>29</sup>Ghosh, Eric, “Deliberative Democracy and the Countermajoritarian Difficulty: Considering Constitutional Juries”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, núm. 2, 2010, pp. 327-359.

moral. Segundo, en que hay buenas razones para sustentar la idea de que las legislaturas son superiores en términos epistémicos a los jueces, debido al número y a la diversidad de perspectivas que permiten representar y ventilar en el proceso legislativo. Tercero, porque aún cuando tengamos una buena teoría normativa de cómo los jueces constitucionales debieran comportarse para preservar la DDE, no tenemos buenas razones fácticas para aventurar que los jueces vayan a comportarse así en los hechos.

La democracia deliberativa epistémica justifica, en cambio, los modelos propios del constitucionalismo débil, puesto que éstos aseguran la autoridad final de las legislaturas en materia de interpretación constitucional. Con todo, los modelos institucionales existentes asociados al constitucionalismo débil (el sistema canadiense, el británico, el israelí) resultan defectuosos a la hora de aspirar a lograr un genuino diálogo democrático entre ramas de gobierno. Por ello todavía hay margen para la ingeniería y la imaginación institucional. En este artículo he propuesto un modelo que intenta honrar la superioridad epistémica de las legislaturas al mismo tiempo que pretende hacer posible o facilitar el diálogo entre ramas de gobierno. También he considerado la idea de instaurar “jurados constitucionales consultivos” de cara a subsanar los defectos epistémicos de los que padecen los jueces constitucionales en comparación con las legislaturas. Ambas propuestas, a mi modo de ver, deberían ser ensayadas si queremos mantenernos fieles a nuestros compromisos con la deliberación democrática.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BAYÓN, Juan Carlos, “¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 9, 2008.
- \_\_\_\_\_, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, México, Editorial Trotta, 2010.
- BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a. ed., New Haven, CT, Yale University Press, 1986.
- ESTLUND, David, M., *Democratic Authority: A Philosophical Framework*, Princeton, Princeton University Press, 2008.
- FERRERES, Víctor, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley: El problema de su legitimidad democrática”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, México, Editorial Trotta, 2010.

- GALTON, Francis, “Vox Populi”, *Nature*, vol. 74, 1907.
- GARGARELLA, Roberto, “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El “constitucionalismo popular” frente a la teoría de Nino”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, México, Editorial Trotta, 2010.
- GHOSH, Eric, “Deliberative Democracy and the Countermajoritarian Difficulty: Considering Constitutional Juries”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, núm. 2, 2010.
- HART, Paul, "Preventing Groupthink Revisited: Evaluating and Reforming Groups in Government", *Organization Behavior and Human Development Processes*, vol. 73, núm. 2-3, 1973.
- HOGG, P. W., BUSHELL A., y WRIGHT, W., “The Charter Dialogue Revisited -or Much Ado about Metaphors”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, núm. 1, 2007.
- JANIS, Irving, *Victims of Groupthink*, Boston, Houghton Mifflin, 1972.
- LINARES, Sebastián, “El diálogo democrático entre las Cortes y las instituciones representativas”, *Revista mexicana de sociología*, vol. 70, núm. 3, 2008.
- \_\_\_\_\_, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- MARTÍ, J. Luis, *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Barcelona, Marcial Pons, 2006.
- \_\_\_\_\_, “The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended: Reasons, Rightness and Equal Political Liberty”, en Besson, Samantha y Martí, J. Luis (eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents. National and Post-National Challenges*, London, Ashgate, 2006.
- NINO, Carlos Santiago, “On the Exercise of Judicial Review in Argentina”, en Stotzky, Irwin (ed.), *Transition to Democracy in Latin America. The Role of the Judiciary*, Boulder, Colorado, Westview Press.
- \_\_\_\_\_, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1996.
- SAGER, Lawrence, *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*, New Haven, Yale University Press, 2004.
- SPECTOR, Horacio, “Judicial Review, Rights, and Democracy”, *Law and Philosophy*, vol. 22, núm. 3-4, 2003.
- \_\_\_\_\_, “The Right to a Constitutional Jury”, *Legisprudence*, año 2009, vol. 3, núm. 1.
- SUNSTEIN, Cass, “The Law of Group Polarization”, John M. Olin Law & Economics Working Paper, University of Chicago Law School, año 1999, núm. 91.

1990

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

- THORNDIKE, Robert, "The Effect of Discussion upon the Correctness of Group Decisions: When the Factor of Majority Influence Is Allowed For", *Journal of Social Psychology*, vol. 9, núm. 3, 1938.
- TURNER, Marlene; PRATKANIS, Anthony, "Twenty-Five Years of Group-think Research: Lessons in the Evaluation of a Theory", *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 73, núm. 2.
- WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
- \_\_\_\_\_, "The Core of the Case against Judicial Review", *Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6, 2006.
- WEBBER, G., "Dialectic Dialogue under the Canadian Charter", artículo presentado en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Québec, Montreal, el 3 de mayo de 2005.
- ZURN, Christopher, "Judicial Review, Constitutional Juries and Civic Constitutional Fora: Rights, Democracy and Law", *A Journal of Social & Political Theory*, vol. 58, núm. 127, 2011.