

UNA JUSTIFICACIÓN *MAYORITARIA* DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD: LA REPRESENTACIÓN ARGUMENTATIVA EN LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Ana Micaela ALTERIO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La representación argumentativa*. III. *Reflexiones en relación con la democracia deliberativa*. IV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Entre las mayores satisfacciones que nos da la vida académica se cuenta encontrarse con personas de la talla de Rodolfo Vázquez abriendo el camino en la lucha por las mismas causas morales que una enarbola. La admiración, el respeto y el agradecimiento por todas las “armas” que nos va prestando para defender una sociedad más justa e igualitaria son infinitos. Pero sobre todo el desafío al que nos enfrenta cuando de elegir “tácticas y estrategias” se trata, nos obliga a pensar y repensar nuestras propuestas y argumentos una y otra vez para estar a la altura. En ese ejercicio me encuentro al escribir este artículo, consciente de las discrepancias que el profesor tendrá con algunas de estas ideas, pero confiada en que las preocupaciones que las inspiran son justo homenaje a las que él ha dedicado gran parte de su labor.

El profesor Vázquez ha estudiado con atención el constitucionalismo, adscribiéndose —diría yo— a la corriente llamada neoconstitucional¹ caracterizada en teoría por una afiliación al *principialismo*, anclado en el objetivismo moral y en lo institucional a la defensa de un constitucionalismo “fuerte” determinado por el establecimiento de un “coto vedado” de dere-

* Instituto Tecnológico Autónomo de México.

¹ Véase Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 381-402.

chos² y un control de constitucionalidad de las leyes con supremacía judicial.³ Consecuente con su pensar riguroso, el profesor no ha dejado de lado las objeciones democráticas que tales arreglos “contramayoritarios” despiertan a la crítica.⁴ De allí sus trabajos intentando ofrecer una justificación de la justicia constitucional y del papel de la judicatura⁵ en una democracia deliberativa y con valor epistémico.⁶

En este artículo quisiera hacer algunas reflexiones que problematizan su adhesión a la idea *alexynana* de “representación argumentativa” como justificación del control judicial de constitucionalidad en una democracia.⁷ Vale antes apuntar que esta noción para Alexy viene a justificar el control judicial de constitucionalidad en su vertiente *procedimental*, mientras que en lo *sustantivo*, dicho control se justificaría sobre la base de la teoría de los principios, que no trataré aquí.⁸ Con respecto a la posición de Vázquez también encontramos diferentes justificaciones para el control de constitucionalidad.⁹ Una primera justificación estaría relacionada con el propio valor epistémico de la democracia y, siguiendo a Nino, daría a la judicatura el papel de custodia de la autonomía personal. Una segunda justificación estaría en la función de los jueces y juezas de ser controladoras del mismo procedi-

² Tomando la expresión de Garzón Valdés, véase Vázquez, Rodolfo, “Democracia y derechos humanos”, *La Universidad y los derechos humanos en América Latina*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-Unión de Universidades de América Latina, 1992, p. 136.

³ Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 185 y ss. Entendiendo por “supremacía judicial” al diseño institucional según el cual los y las juezas tienen la última palabra cuando se trata de interpretar la Constitución, determinando en sus decisiones el significado de la Constitución para todas las personas. Kramer, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 125.

⁴ Véase Vázquez, Rodolfo, “Constitucionalidad y procedimiento democrático”, *Theoría*, México, núm. 3, marzo de 1996.

⁵ Véase Vázquez, Rodolfo, “Jueces y filosofía”, en Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *Homenaje a Jesús Ángel Arroyo Moreno*, México, Themis, 2014.

⁶ Vázquez, Rodolfo, “Constitucionalidad y...”, *cit.*, p. 89.

⁷ Este argumento es tomado en sus trabajos citados. Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad...*, *cit.*, pp. 188 y ss.; *id.*, “Justicia constitucional...”, *cit.*, pp. 399 y ss., entre otros.

⁸ Alexy, Robert, “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”, en Henao, Juan Carlos (ed.), *Diálogos constitucionales con el mundo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 50. Cada una de estas justificaciones respondería a una cuestión diferente respectivamente: la cuestión institucional, que se pregunta si es o no compatible con la democracia que a un tribunal constitucional le sean otorgados poderes para intentar conseguir la mejor respuesta posible (vertiente procedimental) y la cuestión metodológica o de tipo teórico-argumentativo que se pregunta si tiene sentido, en casos de desacuerdo, intentar encontrar esa respuesta (vertiente sustantiva).

⁹ Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad...*, *cit.*, pp. 186 y ss.

miento democrático “a la Ely”,¹⁰ y el último argumento justificatorio sería el compartido con Alexy de la representación argumentativa que trataré aquí.

Estas tres justificaciones que toma Vázquez apuntan a cuestiones y problemas muy diferentes. Muy sintéticamente podría decirse que el primer argumento se yergue como un límite a las decisiones de las mayorías que proscriben interferir con la libre elección de los individuos de ideales de excelencia humana y de planes de vida basados en ellos.¹¹ Puesto que la validez de los ideales personales no depende de la satisfacción de la exigencia de imparcialidad, una decisión colectiva no contribuye a acrecentar el valor epistémico de la solución que se alcanza. Así, la judicatura no tiene razones para observar una norma jurídica de origen democrático que esté fundada en ideales personales, debe por el contrario, descalificar las normas de índole *perfeccionista*.¹²

La segunda justificación —también utilizada por Nino— se basa en la concepción dialógica de la democracia, que maximizará su capacidad epistémica si se cumplen algunas condiciones. Los y las juezas son quienes estarían obligadas a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que dan valor a las decisiones tomadas por el procedimiento democrático.¹³ Este argumento nos enfrenta al problema de determinar cuáles serían esas condiciones o derechos *a priori* que las juezas deberían garantizar y, con éste, a la paradoja de las “precondiciones” de la democracia.¹⁴ En ambos casos tenemos un intento de justificación de decisiones “contramayoritarias”,¹⁵ es

¹⁰ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. de Magdalena Holguín, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997, especialmente cap. IV, pp. 97-131.

¹¹ Véase Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 278.

¹² Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y Debates*, Madrid, núm. 29, 1991, p. 130. Vázquez, al igual que Nino, insiste en distinguir entre una moral privada o autorreferente y la moral intersubjetiva, calificando de *perfeccionistas* aquellas decisiones que interfieren con la primera y que serían propias de regímenes totalitarios. *Id.*, “¿Es éticamente justificable penalizar la posesión de drogas para consumo personal?”, en Vázquez, Rodolfo (coord.), *¿Qué hacer con las drogas?*, México, Colegio de Bioética-ITAM-Fontamara, 2010, pp. 62 y 63.

¹³ Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad...*, *cit.*, p. 187. Algunas condiciones son: “la amplitud de participación de las afectadas por las decisiones o medidas que se discuten; la libertad para expresarse en el debate y en la discusión; la igualdad de condiciones con que se participa; la exigencia de justificación de las propuestas, etcétera”.

¹⁴ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *cit.*, p. 396. El tratamiento de Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos...”, *cit.*, p. 127; *id.*, *La Constitución...*, *cit.*, p. 194.

¹⁵ En palabras de Bickel: “...cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, tuerce la voluntad de los representantes

decir se intenta dar argumentos en favor de fallos de los tribunales que van en contra de decisiones democráticas que en principio reflejan a la mayoría.

El último argumento en cambio aborda un problema diferente. Al sostener que la judicatura ostenta una representación argumentativa, tanto Vázquez como Alexy intentan reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia considerando que aquél constituye también una forma de representación del pueblo.¹⁶ Aquí entonces no se trata de salvar una actuación contramayoritaria por parte de los y las juezas, sino de justificar la función judicial como representativa de las mayorías. En otras palabras, se trataría de garantizar el verdadero carácter mayoritario (y democrático) de las decisiones judiciales que no se habría visto reflejado en las que tomaron los poderes políticos.¹⁷ En este caso, se justificaría el control para todos los derechos constitucionales, no sólo aquellos relevantes para el proceso democrático.¹⁸

En este trabajo propongo dilucidar qué tipo de “representación” sería la que estarían ejerciendo los y las juezas en su papel de representantes argumentativos del pueblo y si este papel es realmente compatible con la idea de democracia deliberativa que asume el profesor Vázquez en sus construcciones.

II. LA REPRESENTACIÓN ARGUMENTATIVA

Según Alexy —en una concepción compartida por Vázquez— un esquema democrático que comprenda exclusivamente un sistema de toma

del pueblo real de aquí y ahora... ella ejerce control no en nombre de la mayoría preva-
lente sino en su contra”. Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and
the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962, p. 675. Vázquez, Rodolfo, *Entre la
libertad...*, *cit.*, p. 186.

¹⁶ Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Ibáñez,
Perfecto Andrés y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, 2006, p. 13.

¹⁷ Sobre la distinción en el accionar de los jueces véase Barroso, Luis Roberto, “La razón
sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales”, en Gargarella,
Roberto y Niembro, Roberto (coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un
homenaje a Mark Tushnet*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016; donde
el autor explica: “la jurisdicción constitucional por supremas cortes o tribunales constitucio-
nales en el mundo envuelve dos tipos de actuación: la contramayoritaria y la representativa”,
entendiendo por actuación contramayoritaria la invalidación de actos del Poder Legislativo
y Ejecutivo; y por actuación representativa, la toma de decisiones por parte de los tribunales
que reflejan la voluntad mayoritaria a través de argumentos sólidos y correctos que las per-
sonas racionales son capaces de aceptar, es decir, se trata de una actuación que se inclina en
favor de las posiciones mayoritarias de la sociedad.

¹⁸ Alexy, Robert, “Control judicial...”, *cit.*, p. 61.

de decisiones basado en los conceptos de elecciones y de regla de la mayoría sería un modelo puramente “decisionista” de democracia y, por tanto, inadecuado. Un modelo adecuado, en cambio, debe incluir no sólo decisión sino también “argumentación”, tornándose una democracia deliberativa.¹⁹

En palabras de Alexy: “La democracia deliberativa es un intento de institucionalizar tanto como sea posible el discurso como un medio para la toma de decisiones públicas”. Por esta razón, la relación entre el pueblo y el Parlamento no se circunscribe solamente a las elecciones y los votos, sino también a los argumentos esgrimidos en sustento de las decisiones. Así, “la representación del pueblo por el Parlamento es, al mismo tiempo, volitiva o decisional, y argumentativa o discursiva”.²⁰ Y continúa, con respecto al tribunal constitucional *la representación del pueblo es puramente argumentativa*.²¹

Ahora bien, la definición que da Alexy sobre la representación no es muy acorde con la doctrina mayoritaria y más bien desentona con los principios de la representación en sí.²² No es este el lugar para hacer un desarrollo sobre las múltiples teorías de la representación, baste con señalar que la vinculación entre representación y democracia ha sido (y es aún) problemática y requiere de justificación. Y si bien es cierto que a esta altura ya ha adquirido un estatus de institución democrática, este carácter se debe a su relación con el comportamiento electoral y como mecanismo para determinar la responsabilidad gubernamental, dos aspectos que no se encuentran en la representación argumentativa *alexynana*.²³

¹⁹ Alexy, Robert, “Ponderación, control...”, *cit.*, p. 14; Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad...*, *cit.*, p. 188.

²⁰ Alexy, Robert, “Control judicial...”, *cit.*, p. 62.

²¹ Alexy, Robert, “Ponderación, control...”, *cit.*, p. 14.

²² Al menos en sentido moderno, pues hay concepciones “orgánicas” de la representación que responden a otros principios, viendo a la representación “as a transcription of a pre-or nonpolitical identity”. Urbinati, Nadia, “Representation as Advocacy. A Study of Democratic Deliberation”, *Political Theory*, 28 (6), diciembre de 2000, pp. 775 y 776. En esa concepción, atribuible a Schmitt, lo representativo sería precisamente el elemento no-democrático en la democracia, pues viene a ser necesariamente la expresión de unidad y no de división, véase Greppi, Andrea, *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Madrid, Trotta, 2012, p. 49.

²³ Véase Urbinati, Nadia, *Representative Democracy. Principles & Genealogy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2006, pp. 17 y ss.; Bernard, *The Principles of Representative Government*, Nueva York, Cambridge University Press, 2002; *id. et al.*, “Elections and Representation”, en Przeworski, Adam *et al.* (eds.), *Democracy, Accountability and Representation*, UK, Cambridge University Press, 2003, pp. 29-54, donde claramente afirman: “The claim connecting democracy and representation is that under democracy government are representative be-

Para el autor alemán la representación consiste en una relación entre dos partes: representado y representante. Esa relación tendría una dimensión volitiva o decisional (que representa el lado real) y otra dimensión argumentativa o discursiva (que representa el lado ideal de la representación).²⁴ Así, un concepto “adecuado” de representación debe referirse a ciertos “valores ideales”,²⁵ por lo que no se agota en una procuración mediante poderes (como según él propone Kelsen) y es más que una transformación de las representadas en algo existente (como mantendría Schmitt). A su criterio, la representación incluye elementos de ambas ideas pero estos elementos no agotarían el concepto.²⁶ “La representación expresa necesariamente una pretensión de corrección. Por lo tanto, un concepto de representación bien

cause they are elected... then government will act in the best interest of the people”, p. 29. Luego los autores explican sucintamente dos concepciones de la representación: como mandato, según la cual las elecciones sirven para elegir las políticas y los políticos; y como responsabilidad, según la cual las elecciones sirven para responsabilizar a los gobernantes por el resultado de sus acciones pasadas. Pitkin, Hanna, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1972, p. 209, podría resumirse diciendo “representing here means acting in the interest of the represented, in a manner responsive to them”.

²⁴ Alexy, Robert, “Control judicial...”, *cit.*, pp. 61-63.

²⁵ Una visión similar podría encontrarse en James Mill, que basándose en Rousseau planteaba la representación como reflejo de lo que la gente tenía en común, o sea, su potencial para alcanzar el bien común. Estos autores presumían una identificación axiomática entre la libertad política y la unidad del cuerpo político. En el caso de James Mill, la representación trabajaba como un *simplificador* de intereses y un *asimilador* de sujetos: se asumía que los industriales promovían los intereses de los demás promoviendo los suyos propios, los intereses de las mujeres se incluían dentro de los de sus maridos y padres, los de los trabajadores dentro de los de los empresarios, etcétera. El modelo de James Mill socavaba la representación uniéndola a verdades objetivas en lugar de a opiniones. Pero a diferencia de Rousseau, el “pueblo soberano” era la mayoría en el Parlamento. Urbinati, Nadia, “Representation as...”, *cit.*, p. 769. En el caso de Alexy, podríamos decir que ocurre otra traslación que diferencia su teoría de la de estos autores, cual es que el pueblo soberano se encarna en los tribunales. También es fácil encontrar similitudes con la teoría de la representación de Burke, para quien lo que se representa son intereses que tienen una realidad objetiva, impersonal e independiente (*unattached*) de las personas. Esta representación “virtual” está encarnada en una “aristocracia natural” de quien importa su capacidad para el razonamiento práctico, donde razonamiento no es sólo una cuestión intelectual sino que está íntimamente ligado con la moralidad y con lo correcto. En este sentido la representación puede existir sin elecciones. Véase Pitkin, Hanna, *The Concept...*, *cit.*, pp. 169, 173 y ss.

²⁶ Lo que puede ser difícil de conciliar. Como adelanté, Schmitt tiene en vistas una idea de representación que proviene de la representación eclesial medieval en la figura del papa como cabeza visible de una unidad: la iglesia católica. Así, en su versión secular, el *fürher* es la representación del pueblo como unidad orgánica. Esta idea en su radicalidad es un ejemplo de la incompatibilidad entre la idea de representación como técnica para lograr la unidad (mística) de la comunidad y la representación política democrática. Urbinati, Nadia, *ibidem*, p. 22.

definido deberá contener una dimensión ideal que relacione la decisión con el discurso”. En suma, la representación se definiría como la conexión de dimensiones normativas, fácticas e ideales.²⁷

Esta idea de representación de Alexy sería aplicable tanto al Parlamento como a los tribunales. Pero en el caso del Tribunal Constitucional, la idea de una representación *puramente argumentativa* genera más problemas. Como bien enfatiza Kumm: si no hay un vínculo volitivo/decisional entre el pueblo y los tribunales constitucionales, difícilmente pueda considerarse a éstos instituciones representativas. En tal sentido, la representación argumentativa sería compatible con la de un consejo de justicia hereditario de reyes filósofos.²⁸ Kumm, sin embargo, rescata la naturaleza representativa de los tribunales mediante un “vínculo electoral indirecto”, pues son los y las representantes elegidas de manera directa las que eligen a los miembros del tribunal. Y, más allá de eso, los y las juezas al interior del tribunal toman sus decisiones por medio del procedimiento mayoritario.²⁹ Esto haría que haya al menos una forma débil de representación volitiva.³⁰

Pero para Alexy ese no es el punto decisivo, pues la independencia de la magistratura requiere que el pueblo no tenga posibilidad de ejercer control al votar para que abandonen su cargo. Lo mismo encontramos en Vázquez, quien ve en la independencia judicial (como garantía de que los y las juezas procedan libres de presiones extrañas y sean independientes de toda autoridad) una condición *sine qua non* para la consolidación de un Estado democrático de derecho.³¹ Así entonces, se debe caracterizar la representación del pueblo por un tribunal como *esencialmente* argumentativa, es decir, para los tribunales la dimensión ideal es la dominante.³²

²⁷ Alexy, Robert, “Ponderación, control...”, *cit.*, p. 15.

²⁸ Kumm, Matías, “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review”, en Klatt, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 206.

²⁹ No encuentro relación alguna entre el procedimiento de decisión por mayoría al interior de un tribunal y el vínculo electoral indirecto que mantendría la representatividad de los mismos, presentada por Kumm aquí.

³⁰ *Ibidem*, p. 207. Que por lo demás, explica el autor, históricamente se encuentra en otras instituciones democráticas como la Presidencia y el Senado de los Estados Unidos de América, que eran considerados instituciones representativas a pesar de que —hasta el temprano siglo XX— fueron elegidos mediante colegios electorales y legislaturas estatales respectivamente. En este sentido vale agregar que la idea misma de representación política implica la intermediación o la idea de acción política “indirecta”. Urbinati, Nadia, “Representation as...”, *cit.*, p. 758.

³¹ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *cit.*, pp. 385 y ss.

³² Alexy, Robert, “Control judicial...”, *cit.*, pp. 62 y 63.

Con esta explicación, resulta aún más difícil ver la parte “representativa” del control de constitucionalidad, al menos en el sentido de representación política que se suele asociar a la democracia. Más bien parece un argumento forzado para tratar de salvar la objeción democrática que sigue estando presente. Y creo que Alexy también lo nota, por lo que ensaya otros dos argumentos adicionales para salvar dicha objeción. Por un lado nos dice que el control de constitucionalidad como argumento o discurso no es ilimitado (1). Por otro lado, que el control de constitucionalidad en tanto representación está conectado con lo que la gente “realmente piensa” (2).³³ Veamos.

1) Alexy nos explica que los argumentos constitucionales se pueden distinguir unos de otros, en la medida en que sean buenos, malos, mejores o peores. Así, el control de constitucionalidad no admite todo, sino que se basa en una argumentación racional y por tanto objetiva.³⁴ Ciertamente —concede el autor— la teoría del discurso racional que da sustento a la argumentación no excluye el desacuerdo razonable; sin embargo, excluye la idea de que todos los desacuerdos son razonables.³⁵ Y en todo caso —según Alexy— el control judicial es un proceso de aproximación hacia la corrección o la verdad, “[e]s nuestro mejor medio para acercarnos a lo que es discursivamente necesario”.³⁶ Esta justificación creo que casa bien con la que el profesor Vázquez nos ofrece de la “legitimidad de ejercicio” de los tribunales frente a una legitimidad de origen (en tanto electos) que puedan tener los otros poderes.³⁷

2) Ahora bien, sigue Alexy, “La existencia de argumentos buenos o plausibles es suficiente para la deliberación y la reflexión, pero no para la representación. Para esto, no sólo es necesario que los tribunales sostengan que dichos argumentos son argumentos del pueblo, sino que, además, *un número suficiente de personas acepte, por lo menos a largo plazo, estos argumentos como razones de*

³³ Alexy, Robert, “Ponderación, control...”, *cit.*, p. 16.

³⁴ Este argumento entra en combinación con otro que Alexy llama de la “discrecionalidad” y que viene a decir que en los casos de “empate” o “punto muerto”, o sea, en los que no sea claro qué argumento es mejor o en los que falte certeza empírica o normativa, debe darse deferencia al Legislativo. En otras palabras, el Parlamento es libre para decidir lo que desee. Alexy, Robert, “Control judicial...”, *cit.*, p. 56.

³⁵ *Ibidem*, p. 63. Lo que ocurre es que ante estas diferencias de apreciación, el que tiene la última palabra es el Tribunal Constitucional, que según Alexy controla los límites de la competencia del Legislativo, sobre unos parámetros que aunque el autor diga que son objetivos, no dejan de ser controvertidos.

³⁶ *Ibidem*, p. 64.

³⁷ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *cit.*, pp. 389, 400 y 401.

corrección”.³⁸ Así para el profesor alemán, el nivel ideal de la argumentación y corrección, se conecta con el nivel *real* de la aceptación actual.³⁹

Ese nivel real —antes obviado—⁴⁰ se trasladaría de la elección a la aceptación, es decir, a una especie de convalidación *ex post facto* que reuniría dos condiciones fundamentales a fin de ser una verdadera representación argumentativa: primero, la existencia de argumentos correctos o razonables, y segundo, la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos o razonables, por la mera razón de que son correctos o razonables. Así, concluye Alexy, el control de constitucionalidad sólo puede tener éxito si los argumentos presentados por el tribunal constitucional son razonables, y si un número suficiente de miembros de la comunidad son capaces de ejercitar sus capacidades racionales y deseen hacerlo.⁴¹ Por lo que: “si la razón justifica el constitucionalismo democrático, como pienso que lo hace, entonces el control judicial se justifica como uno de sus elementos necesarios”.⁴²

Más problemas se encuentran aquí. Por empezar con el primer argumento, difícilmente pueda salvarse el hecho del desacuerdo. Por más que Alexy admita que su teoría sirve sólo para excluir los desacuerdos *no razonables* y Vázquez nos invite a no exagerar el ámbito de los desacuerdos,⁴³ ninguno nos da una razón de por qué ante la presencia de éstos, tengan que ser los y las juezas las que tengan la última palabra, ni por qué ellas serían los que más se acercarían a la verdad o corrección.⁴⁴

³⁸ Alexy, Robert, “Ponderación, control...”, *cit.*, p. 17, las cursivas me pertenecen.

³⁹ Alexy, Robert, “Control judicial...”, *cit.*, p. 64. Aquí nuevamente nos viene a la mente Burke. Ya anuncié que para este autor los intereses a representar son completamente independientes de los deseos o las opiniones de los y las representadas. De allí que, por un lado, una representante inteligente y honesta puede identificarlos, y por el otro, las representadas eventualmente los aceptarán. Si se dan el tiempo y la posibilidad de deliberar suficientes, cualquier persona razonablemente inteligente y no prejuiciosa coincidirá con éstos. Pitkin, Hanna, *The Concept...*, *cit.*, p. 180.

⁴⁰ Pues como se dijo, Alexy habla de una representación *puramente argumentativa*, donde la dimensión ideal es dominante. Aunque aquí dice que esa dimensión ideal no es suficiente para que haya representación.

⁴¹ Alexy, Robert, “Control judicial...”, *cit.*, p. 64; *id.*, “Ponderación, control...”, *cit.*, p. 17.

⁴² Alexy, Robert, “Control...”, *ibidem*, p. 64.

⁴³ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional”, *cit.*, p. 398.

⁴⁴ Para Alexy, los argumentos del tribunal como razones de corrección son los argumentos correctos o razonables que tienen ese carácter porque derivan de un procedimiento en el que se cumplen las reglas y las formas de la argumentación, pero que no pueden producir ninguna certeza definitiva, por lo que son provisionales y refutables. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2a. ed.,

Es que aun cuando los tribunales sean deferentes a las legislaturas en muchos casos (en aplicación de la tesis de la discrecionalidad), en definitiva serán los propios tribunales los que decidan ese grado de deferencia.⁴⁵ Sin contar con que, de acuerdo con las propias tesis de la teoría discursiva que ambos autores sostienen, una participación incluyente e igualitaria es condición básica para alcanzar soluciones más correctas.

Es importante resaltar que la noción de representación vinculada a la deliberación tiene poco que ver con esta búsqueda de corrección *alexiana*. Como enseña Manin, si se indaga en los orígenes de la vinculación entre representación y deliberación, se encuentra que la idea era que estén presentes, antes de tomar una decisión, la pluralidad que implicaba la sociedad moderna. De esta manera, a diferencia de la democracia directa que presuponía sociedades pequeñas y homogéneas, la democracia representativa se ligó a la aceptación de esa diversidad social.⁴⁶ La representación se proponía como técnica que permitía el establecimiento de un gobierno emanado de la gente en su heterogeneidad. Mientras la deliberación se justificó como forma de transparentar los diferentes puntos de vista pero sin remplazar a la decisión que se tomaba por consenso mayoritario, donde todas las voluntades valían lo mismo.⁴⁷ Así representación y deliberación se vinculan al desacuerdo y a la libertad de expresión. Estos son los elementos que, por lo demás, dan sentido a la votación, que presume la evaluación y discriminación entre opiniones articuladas.⁴⁸ Así se establece un *continuum* entre parti-

trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 36-38, 137, 177, 201, 238, 264, 278 y 279.

⁴⁵ Como señala Kumm, “*Disagreement over a particular issue is reasonable, if and only if it falls within the domain of discretion defined as the result of balancing the relevant substantive and procedural principles*. This means that it is not possible to define the domain of reasonable disagreement in some abstract way”, Kumm, Mattias, “Alexy’s Theory...”, *cit.*, pp. 211 y 212. Las cursivas en el original.

⁴⁶ Explica Manin, en sus orígenes la idea del gobierno representativo estaba justificado como “government by discussion”. Con sus palabras: “The link between representation and discussion can be understood only by introducing the intermediary notion of assembly”. Manin, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Nueva York, Cambridge University Press, 2002, p. 184.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 186 y ss. Vale aclarar que esta concepción que se origina en Siéyès no tomaba ese consenso como universal y menos aún como expresión de alguna verdad, p. 189. En palabras de Manin: “The principle of representative government must therefore be formulated as follows: no proposal can acquire the force of public decision unless it has obtained the consent of the majority after having been subjected to trial by discussion. It is the consent of the majority, and not debate, that makes the law”, p. 190.

⁴⁸ Urbinati, Nadia, “Representation as ...”, *cit.*, p. 765.

cipación y representación, que es imposible de establecer en la concepción argumentativa.

Para romper este *continuum* de forma “justificada” Alexy esgrime un argumento “formal”, que es tangencial y que remite a un argumento que ya esbozara Dworkin en sus primeros trabajos, cual es el *nemo iudex in sua causa* o lo que es lo mismo, “nadie puede ser juez de su propia causa”.⁴⁹ Así, dice distinguir el problema de la última instancia del problema del control: “Si no hay revisión judicial de constitucionalidad, no hay control del Poder Judicial con respecto a la cuestión de si —al seguir sus propias evaluaciones de los requisitos de los derechos constitucionales— [el Legislativo] ha violado estos derechos”. En efecto, que la última instancia no tenga a su vez un control sobre sí, no significa que no se puedan controlar instancias que no son definitivas.⁵⁰

Pero la cuestión así planteada, en términos dicotómicos, es una falacia.⁵¹ Se pueden articular distintas formas de control, incluso la de los tribunales, sin tener que sacrificar el autogobierno ni caer en respuestas objetivistas. Por un lado, piénsese en las ideas que propusieron los radicales cuando discutían con los liberales en ocasión de la redacción de la Constitución estadounidense de 1776.⁵² Ante la necesidad de establecer controles, tanto frente al peligro de que los legisladores tomaran decisiones “precipitadas,

⁴⁹ Dworkin perfiló este argumento. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 2002, p. 223. Según él, “hacer que la mayoría sea juez en su propia causa parece incongruente e injusto”. El argumento fue rebatido por Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006. pp. 1400 y ss., aunque creo que no de manera satisfactoria. Es que si bien es cierto —como afirma Waldron— que los derechos de los y las juezas de las cortes supremas también se ven afectadas por las decisiones que ellas mismas toman, eso no quiere decir que la decisión que juzgan —la ley— haya sido expedida por ellas. En suma, se trata de evaluar una de las posibles interpretaciones de esos derechos que hizo la mayoría parlamentaria. Un desarrollo de esta crítica en Niembro Ortega, Roberto, “El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano”, *Foro, Nueva Época*, vol. 16, núm. 2, 2013, pp.11-56.

⁵⁰ Alexy, Robert, “Control judicial...”, *cit.*, p. 58.

⁵¹ Con esto me refiero a la afirmación de Alexy de que “La inseguridad relativa a los resultados que tiene el discurso iusfundamental, conduce a la necesidad de una decisión iusfundamental autoritativa. Si la mayoría parlamentaria no ha de auto-controlarse, lo que significaría ser juez en su causa propia, *queda sólo la posibilidad de un control por parte del Tribunal Constitucional*, cualquiera que sea su forma”. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 509, la cursiva me pertenece. Lo que implica no considerar ninguna otra alternativa como posible.

⁵² Para este punto sigo a Gargarella, Roberto, “La lectura mayoritaria del Estado de derecho”, en Melero, Mariano (coord.), *Democracia, deliberación y diferencia*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2007, pp. 17-35.

repentinias e impulsivas”, cuanto sobre los funcionarios públicos mismos para evitar la expansión constante de poder; los radicales favorecieron los controles externos o exógenos, es decir, aquellos provenientes de la masa del pueblo.⁵³ Así propiciaron la publicidad de los actos del Legislativo y sus motivaciones, la apertura en sus discusiones, el acercar a la ciudadanía a sus representantes y una variedad de mecanismos institucionales que no viene al caso traer aquí.

Por otro lado, incluso manteniendo un control judicial, se puede pensar en sistemas débiles donde la última palabra no quede en manos de esos mismos tribunales.⁵⁴ Así cabría la posibilidad institucional de que el Parlamento por medio de sus representantes responda a las sentencias, revisando las razones que las sustentan y fomentando un diálogo inter-orgánico (*ongoing discussion*) mucho más acorde con los principios que los autores estudiados parecen sostener.⁵⁵

En realidad, lo que tanto Alexy como Vázquez propician es el control constitucional con supremacía judicial sobre el poder representativo; en esa lógica, el tipo de representación argumentativa que proponen es más problemática aún, pues expulsa el elemento de control que tiene ínsita toda representación. Como ya apunté *supra*, el que la representación esté vinculada a las elecciones, hace que cumpla una función de control sobre la actividad

⁵³ Algo que, en muchos casos, venía acompañado de una fuerte sospecha del propósito real y el efecto de los mecanismos contramayoritarios. Gargarella cita a Samuel Williams de Vermont, quien expuso claramente esta postura. Afirmó: “la seguridad del pueblo no se deriva de la aplicación bella e ideal del sistema de frenos y contrapesos, y de los poderes mecánicos entre las diferentes partes del gobierno, sino de la responsabilidad y dependencia de cada parte del gobierno, sobre el pueblo”. El principal mal a remediar era entonces “la tiranía de la minoría”. Así Vermont explicaba: “[T]an pronto como el poder delegado se aleja de las manos del poder constituyente... la tiranía se establece en algún grado”.

⁵⁴ Incluso Alexy ensaya una solución prometedora al decir: “Ante tal estado de cosas [refiriéndose a la dificultad de llegar a respuestas correctas en casos controvertidos], el discurso en varios niveles entre el Tribunal Constitucional, el legislador, la opinión pública y la ciencia, y en el que la decisión aquí esbozada no habrá de ser la última palabra, resulta más adecuado para el problema que la decisión de una mayoría simple en el Parlamento, pues éste decidiría como juez en su propia causa”. Alexy, Robert, “Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 47. Lamentablemente, esta propuesta no se desarrolla y pierde fuerza si se considera el resto de las formulaciones de Alexy.

⁵⁵ Incluso se podría fomentar una combinación de controles endógenos y exógenos. En el mismo sentido Elías Díaz, admitiendo la necesidad ineludible de controles para la existencia de un Estado de derecho nos propone que “la fiscalización (a la Administración) se realice desde la ley y, además, que la voluntad popular —el electorado— aparezca como fuente primaria de legislación y como último y decisivo órgano de control político”, en Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 3a. ed., Madrid, Taurus, 1998, p. 108.

pasada de los y las representantes, pudiéndoseles “premiar o castigar” por medio del voto. Al desvincular la representación de la voluntad popular, se deja a los tribunales sin ninguna instancia de control por sus actos y se menosprecia la importancia que puede tener continuar el procedimiento discursivo con posterioridad a la sentencia.

Esto hace mucho ruido en el pensamiento de Vázquez, pues parte importante de sus reflexiones han ido dirigidas a establecer responsabilidad en el servicio público (dentro de éste, los y las juezas) para evitar la corrupción. Con sus palabras, la ecuación básica de la corrupción sería: “monopolio de la decisión pública + discrecionalidad de la decisión pública – responsabilidad”.⁵⁶ Esto haría *ad initio* peligroso el lugar institucional pensado para la judicatura. Si por responsabilidad se entiende “una actitud esencialmente dialógica”⁵⁷ en la que quien toma la decisión debe rendir cuentas de sus acciones ante la ciudadanía y luego se quita cualquier medio institucional de control a esa ciudadanía⁵⁸ (o sus representantes electos), no se ve cómo es que la judicatura puede participar de ese diálogo que propone Vázquez.

Volveré ahora a considerar el segundo argumento presentado por Alexy y seguido por Vázquez. La idea de una aceptación popular *ex post facto* como elemento *real* de la representación complica aún más las cosas. Ninguno de los autores da un parámetro efectivo de comprobación de esa aceptación, sino que más bien dan por sentado que ocurrirá. Así, no nos dicen qué número de personas tendrían que aceptar los argumentos del tribunal como razones de corrección para que la representación se diera de modo “suficiente” (y con ésta, la justificación del control de constitucionalidad). Vázquez incluso agudiza los problemas de este argumento pues en su reconstrucción ya no es “el pueblo” el sujeto idóneo para la aceptación racional y razonable de la argumentación judicial, sino “una ciudadanía activa que incluye a los responsables de los medios de comunicación y, por supuesto, a

⁵⁶ Aunque sobre el punto tome los desarrollos de Klitgaard, *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema de fin de siglo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1988. Citado en Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad...*, cit., pp. 200 y ss.

⁵⁷ Camps, Victoria, *Virtudes públicas*, Madrid, Espasa Calpe, 1990, p. 66; Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad...*, cit., pp. 203-205.

⁵⁸ Vale resaltar que cuando pienso en medios institucionales de control, no sólo estoy pensando en el voto. Se puede, como adelanté, pensar en propuestas dialógicas que no quiten la parte de decisión a la ciudadanía, ni tampoco a la judicatura, sino que los coloque en una situación de diálogo igualitario. Estas propuestas han sido elaboradas por el llamado *new commonwealth model of constitutionalism*, véase Gardbaum, Stephen, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001, pp. 707-760.

la comunidad académica y universitaria...”,⁵⁹ por lo que a la pregunta sobre el “número” de personas que eventualmente acepten, se agrega la calidad de las mismas (¿quienes aceptan o no?).

Tampoco nos dicen qué plazo tendríamos que esperar para que esa aceptación fuera efectiva. Alexy alega que aunque sea debe darse en el “largo plazo”, pero por mientras ¿qué sucede? ¿Estaría el control de constitucionalidad justificado o no? Y, en todo caso, si hay razones de corrección para aceptar las decisiones de los tribunales (lo que implica que se cumplió con el procedimiento deliberativo), ¿por qué sería necesario que un número suficiente de personas las aceptaran? Y por el contrario, si a la postre esa aceptación no se da. ¿Cómo podríamos saberlo? ¿Y si la gente “acepta” las decisiones del tribunal no por razones de corrección sino por inercia, o porque no cuenta con mecanismos efectivos para hacer valer su desacuerdo?⁶⁰

Como se puede ver, muchas cosas quedan en el aire. Supongo que la idea ante decisiones judiciales impopulares, no aceptadas o incorrectas, es que la gente se movilice de tal forma que logre una reforma constitucional. Pues como dice Alexy:

⁵⁹ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *cit.*, p. 400; *id.*, “Justicia constitucional, derechos humanos y el argumento contramayoritario”, en Vázquez, Rodolfo (ed.), *Normas, razones y derechos. Filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 237-256.

⁶⁰ Otros defensores del control judicial de constitucionalidad han intentado minimizar la objeción democrática por el camino de demostrar, empíricamente, que a la postre “el pueblo” termina avalando/legitimando las decisiones judiciales. Así, Barry Friedman con su teoría del “constitucionalismo popular mediado” desarrolla un estudio por el que pretende probar la tendencia congruente que existiría entre decisiones judiciales y opiniones mayoritarias, más el respaldo popular que existiría hacia la práctica del control judicial, incluso ante casos en donde la opinión pública fuera contraria a la decisión de la Suprema Corte estadounidense. Véase Friedman, Barry, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Nueva York, Farrar-Straus and Giroux, 2009; *id.*, “Mediated Popular Constitutionalism”, *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003. Una idea que también ha recibido numerosas críticas, véase Gargarella, Roberto, “Acerca de Barry Friedman y el «constitucionalismo popular mediado»”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, núm. 1, 2005, pp. 161-167. De cualquier modo y a pesar de las similitudes, no es este el camino que toma Alexy, que en ningún momento pretende demostrar su tesis empíricamente y aunque así pudiera, no encuentra allí el fundamento para su posición. De hecho afirma que “Las valoraciones de la colectividad no se pueden determinar con exactitud en muchos casos. Incluso con la ayuda de los métodos de las ciencias sociales aparecen con frecuencia valoraciones que no son lo suficientemente concretas como para poder servir como fundamento de la decisión”. Por lo que concluye: “se debe exigir un modelo que, por un lado, permita tener en cuenta las convicciones extendidas y los resultados de las discusiones jurídicas precedentes y, por otro lado, deje espacio a los criterios de lo correcto”. Alexy, Robert, *Teoría de la... cit.*, p. 31.

[q]uien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales —esto es, en la práctica, quien logre que sea la adoptada por el Tribunal Constitucional Federal—, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo *habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política*, de modo que habrá convertido en insuficiente una mayoría parlamentaria simple y tan sólo el propio Tribunal Constitucional Federal o bien la mayoría de los dos tercios exigida para la reforma constitucional por el artículo 79.2 LF podrán alterar un tal estado de cosas.⁶¹

Pero la dificultad y los costes de “alterar un tal estado de cosas” que decidió el Tribunal a través de una reforma constitucional, más bien hacen pensar que su posición será la que primará por defecto, independientemente de su corrección o la aceptación que pudiera lograr.

En definitiva considero que todos estos problemas surgen porque se intentan incorporar dos parámetros diferentes de legitimidad en una misma fórmula: la corrección moral y la aprobación popular; siendo que naturalmente se encuentran en tensión. Importa que las decisiones sean “correctas”, con las dificultades epistémicas y metodológicas que ello conlleva; y que sean tomadas por las personas afectadas atendiendo al procedimiento para lograrlo, en este caso, a la aceptación popular suficiente aunque sea a largo plazo.⁶² Pero sin terminar de considerar que puede darse la una y no la otra; en ese caso, se tendrá que buscar un procedimiento para resolverlo, sin hacer de cuenta que el problema no existe.

Los autores en estudio son más que conscientes de este problema. Alexy lo plantea claramente cuando analiza la relación entre derechos humanos y democracia. En efecto, explica que existen tres formas de contemplar esta relación: una *forma ingenua*, según la cual no existen conflictos. Una *concepción idealista* (o modelo *rousseauiano*) que reconoce el conflicto pero considera que la reconciliación no se halla en este mundo, sino en el ideal de una sociedad bien ordenada, donde tanto el pueblo como sus representantes políticos, no están en absoluto interesados por lesionar los derechos fundamentales de ciudadana alguna por medio de decisiones parlamentarias mayoritarias, sino todo lo contrario. Este modelo resulta inalcanzable según el autor. Por esta razón, considera correcta sólo la *concepción realista*, según la cual la relación entre derechos humanos y la democracia se caracteriza por dos constataciones opuestas: 1) Los derechos fundamentales son profunda-

⁶¹ Alexy, Robert, “Los derechos...”, *cit.*, pp. 36 y 37. La cursiva es mía.

⁶² Suponiendo que este parámetro logra dar en el blanco de la legitimidad democrática.

mente democráticos. 2) Los derechos fundamentales son profundamente antidemocráticos; la cuestión será cómo hallar una vía media entre ambas posiciones.⁶³

Su vía intermedia es la representación argumentativa, pero, insisto, esta vía no resuelve de ninguna manera la objeción democrática. Claramente no lo hace en los casos en donde las decisiones judiciales no son aceptadas por la población, ni siquiera en el largo plazo —tornando las decisiones no representativas—. En tal sentido, ni tomando prestada la idea de Dworkin de que es dable esperar que “[las] decisiones verdaderamente impopulares [de los tribunales resulten] erosionadas por la renuncia de la adhesión pública”,⁶⁴ se justifica que mientras tanto tengan la autoridad final para anular acciones del Parlamento. Pero tampoco la resuelve en los casos en que se comprobara la aceptación posterior de las personas, pues deja a la ciudadanía en un papel de mera ratificadora de decisiones tomadas por otros, que podría darse también en caso de que las decisiones las tomara una dictadora benevolente, un consejo de reyes filósofos, etcétera.

Lo que en el fondo avala las justificaciones de Alexy y Vázquez del control judicial es una idea más profunda que diferencia lo *argumentativo* (como jurídico) de lo *político*. Así, según Alexy, lo argumentativo estaría en el campo de la “reconciliación”, pues representaría “aquello que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple legislador no pueda decidir sobre ello”.⁶⁵

Sobre esto, además de llamar la atención de que en la cita se encuentran dos ideas distintas que no se siguen una de otra: la una, que existan condiciones de cooperación social justa compartidas por las ciudadanas racionales y, la otra, que tengan que ser sacadas del ámbito de decisión del Legislativo. Me interesa cuestionar la diferenciación misma entre estas supuestas condiciones *jurídicas* y lo *político*, donde parece que sí valdría el pluralismo y por ello el desacuerdo. Es que si bien se admite cierta “relación”

⁶³ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

⁶⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos...*, *cit.*; Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, núm. 6, abril de 1997, p. 66.

⁶⁵ Alexy, Robert, “Derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 40. Pero, como apunta García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, p. 116, la viabilidad (legitimidad) de una concepción como esta en el plano político depende de la posibilidad de establecer alguna instancia de objetividad (semántica y ética) que permita fiscalizar las decisiones jurisdiccionales. En Vázquez esta idea se puede encontrar en sus múltiples referencias a las ideas de “coto vedado” de Garzón Valdés o del “ámbito de lo indecible” de Luigi Ferrajoli.

entre ambos terrenos, se postula que el derecho constitucional, materia de argumentación y racionalidad, trata sobre los límites de la política. Esto haría pensar que la representación argumentativa no es representación política, y por tanto, no entiendo en qué punto seguiría siendo representación democrática.⁶⁶

En conclusión, frente a la tensión que genera el control judicial de constitucionalidad con la democracia, se sacrifica esta última en pro de una solución sustancialista, atada a la corrección moral que se supone se encuentra en manos de los tribunales. De allí en más, no se encuentran mayores justificaciones, dado que la idea de representación argumentativa está lejos de ser una idea con bases sólidas y no explica por qué no podrían encontrarse soluciones correctas y aceptables en el marco de la representación política del Parlamento, que sí es electa, responsable y que se da por sentado es democrática, máxime cuando es el foro que más se compadecería con la teoría del discurso de la que se parte.

III. REFLEXIONES EN RELACIÓN CON LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Problematizada la concepción de la representación argumentativa en sí misma como una justificación sólida para el control judicial de constitucionalidad de las leyes, me gustaría realizar algunas reflexiones sobre la relación de esa concepción con las otras justificaciones que ofrece el profesor Vázquez y con la noción de democracia deliberativa que sostiene.

Como se sabe, Vázquez se adhiere en gran medida a la concepción de democracia deliberativa con valor epistémico de Nino. En esa lógica encuadran sin fricciones las primeras dos justificaciones que nos da para el control judicial de constitucionalidad que, vale recordar, coinciden con las que excepcionalmente aceptara Nino.⁶⁷ Pero no ocurre lo mismo con la idea de representación argumentativa de Alexy. Permítaseme explicarlo.

En la teoría de la democracia de Nino, la representación es vista en el mejor de los casos como “un mal necesario”.⁶⁸ En efecto, explica que para

⁶⁶ A no ser que se tomara una concepción orgánica de representación, que creo incompatible con los postulados discursivos de los autores.

⁶⁷ Nino agrega una tercera justificación para el control judicial de constitucionalidad que tiene que ver con la protección de la constitución como resultado de la acción colectiva y que se relaciona con la eficacia de las decisiones democráticas. Véase Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos...”, *cit.*, pp. 131 y ss. Esta justificación ha sido muy criticada por la doctrina por inconsistente, por lo que es lógico que Vázquez no la haya tomado para sí.

⁶⁸ Nino, Carlos Santiago, *La Constitución...*, *cit.*, p. 184.

“las concepciones deliberativas de la democracia, la existencia de un reducido grupo de individuos que toma decisiones que afectan al grupo en su totalidad implica un hiato en el proceso de deliberación”. En otras palabras: “[l]a mediación a través de representantes es una de las distorsiones principales de la democracia que la alejan del valor epistémico máximo dado en la discusión moral ideal”.⁶⁹

Al modo de ver de Nino, las y los representantes en general pertenecen a sectores bien definidos de la sociedad y, si bien pueden contar con mayor conocimiento técnico, pueden carecer de la experiencia referida a modos de vida que determinan otras preferencias.⁷⁰ Por eso el iusfilósofo argentino considera que la intermediación en la discusión y decisión que implica la representación, debilita la conciencia y la consideración de los intereses de la gente involucrada en diferentes conflictos, algo crucial para la imparcialidad; por lo que “resulta imperativo buscar formas de democracia directa bajo la concepción deliberativa de democracia”.⁷¹

Según se puede apreciar, en la noción deliberativa de Nino, el valor a preservar es la inclusión y participación en la discusión y toma de decisiones como un modo de garantizar la imparcialidad y el valor epistémico de la democracia, para la cual el control de constitucionalidad —que no tiene el fundamento epistémico correcto— es excepcional.⁷² En cambio, para Alexy, basta con que los presuntos valores compartidos por la sociedad (postura que asume la convergencia) sean encarnados por la judicatura para que ésta, mediante unos argumentos que reflejen correctamente aquellos valores, tenga legitimidad democrática deliberativa a través de la “representación argumentativa”, incluso por encima del Parlamento. En otras palabras, para este tipo de legitimidad democrática no importaría la inclusión y participación en la deliberación ni en la toma de decisiones (cuestión que contradice las propias reglas del discurso que, por otro lado, Alexy propicia),⁷³ sino únicamente

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 204 y 205.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 184. Sin contar con que la intermediación siempre conlleva la posibilidad de que el representante anteponga sus propios intereses a los de los representados.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 185-205. Reafirmando: “la democracia directa debe ser obligatoria siempre que sea posible”. Esta idea también es muy criticada, no sólo por negar la esencialidad de la representación para las democracias modernas, sino por no dar cuenta del vínculo existente entre representación y deliberación (un vínculo no sólo necesario, sino también deseable —normativo—); Urbinati, Nadia, “Representation as...”, *cit.*, pp. 758-786, donde afirma “A deliberative form of politics favors representation”, p. 761.

⁷² Aunque Nino no lleva este razonamiento a sus últimas consecuencias, en tanto termina aceptando el control judicial de constitucionalidad casi como regla.

⁷³ Recordemos que la primera regla del procedimiento del discurso (que es de tipo monológico) es que “Todo hablante puede participar en el discurso”, de donde se sigue que

los contenidos de esa discusión y decisión (las razones) que se den dentro de un foro reducido, como es el Tribunal Constitucional. Un contenido que, por lo demás, no debería ser contestado.

Dicho esto tiene sentido que en Alexy las justificaciones al control judicial de las leyes sean el sustantivo y el de la representación argumentativa. No es necesario nada más, pues por estos conductos se puede controlar cualquier decisión con base en su contenido, incluso sin una norma constitucional que avale el fallo judicial.⁷⁴ No sucede lo mismo con Nino, ya que al otorgarle un valor epistémico a las decisiones democráticas bajo ciertas condiciones, el poder revertir esas decisiones (aceptando en su lugar otras “contramayoritarias”) tiene que estar más que justificado (en términos epistémicos) y ser excepcional. De ahí que esta combinación de argumentos que realiza Vázquez resulte difícil de comprender.

En lo que sí coinciden los tres autores es en el tipo de postura que asumen en un debate aún más amplio respecto de la democracia deliberativa y para la cual quisiera, por último, mencionar algunos reparos.⁷⁵ En esta disputa algunos proponen una concepción de la deliberación que tiene reminiscencias a un diálogo platónico en el que a las interlocutoras se les permite sostener ideas “incorrectas” siempre que renuncien a las pasiones que impiden la consecución de la verdad. Ellos toman la deliberación en razón de los resultados, que esperan reduzcan las diferencias corrigiendo las interpretaciones “distorsionadas” del bien público. A este modelo, en el que podríamos encontrar a Alexy pero también a Nino y Vázquez, se lo conoce como el modelo del “consenso” (*consensus model of deliberative democracy*).⁷⁶

“Todos pueden cuestionar cualquier aserción. Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso. Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades”. Así se intenta lograr la imparcialidad de la argumentación práctica y con ello el de la formación práctica de juicios que en ella se basa. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 137 y 138. Esto es parte de la definición de Alexy del discurso ideal (que es la idea regulativa para los discursos reales), donde se encuentra la participación ilimitada en aras de producir una completa claridad lingüístico-conceptual y la capacidad y disposición completa para el cambio de roles, entre otros, como rasgos fundamentales. Véase Alexy, Robert, “Postfacio”, *Teoría de la... cit.*, pp. 300 y ss.

⁷⁴ Aquí no es determinante la supremacía constitucional en contradicción con la norma impugnada, pues lo que se prioriza son los derechos fundamentales en tanto derechos humanos y morales: “la justificación del control judicial de constitucionalidad no está limitada... a una apelación a la estructura jerárquica del derecho positivo. Más allá de esto, la justificación del control judicial de constitucionalidad se puede basar en razones morales”. Alexy, Robert, “Control judicial...”, *cit.*, p. 59.

⁷⁵ Sigo en este punto a Urbinati, Nadia, “Representation...”, *cit.*, pp. 773 y ss.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 773.

Otras teóricas, en cambio, no tienen problemas con la persistencia de las diferencias porque las ven como necesarias para que la deliberación suceda. Ellas rechazan el “vicio” racionalista, rechazando la dicotomía entre razón y voluntad. Así ponen énfasis en el momento crítico del proceso más que en un consenso racional sobre la definición final del bien común.⁷⁷ A este modelo, en el que podríamos claramente enmarcar a Waldron, Urbinati y, según esta última autora, a la teoría de la democracia representativa de John S. Mill, se lo llama modelo agonista de la democracia deliberativa (*agonistic model*).⁷⁸

Si se toma el primer modelo, el procedimiento por el que se llegue al resultado “correcto” pierde un poco de relevancia y por tanto puede preferirse un procedimiento *menos* democrático o no-democrático en tanto garantice (si es que lo hace) dichos resultados. Una concepción como ésta tiene otros problemas, aunque me interesa destacar entre ellos la posibilidad de que la gente pierda su interés o lealtad al sistema democrático de toma de decisiones (en definitiva, la judicatura puede revertir sus resultados), que finalmente no representa sus intereses.⁷⁹

Si nos decantamos por el modelo llamado agonista, las *visiones u opiniones individuales sobre el bien común* son consideradas moneda corriente de la política y, en consecuencia, se convierte a la votación en la culminación natural de la deliberación.⁸⁰ Así es como Waldron insiste en que en política es probable que se presenten una diversidad de opiniones imparciales sobre

⁷⁷ Dentro de este modelo, el bien común es sólo un ideal regulativo. Así, no se puede encontrar antes del debate público, ni tiene una ubicación definitiva, precisamente porque no puede ser definido de una vez y para todos.

⁷⁸ Urbinati, “Representation...”, *cit.*, p. 774. Se podría decir que también para los autores que estudiamos el resultado correcto es un ideal regulativo, de hecho Alexy así lo expresa, pero las consecuencias de su teoría y el identificar lo correcto con la objetividad de lo moralmente correcto, hacen que sea contradictorio con esta postura agonista y más bien se enmarque en la consensual primera.

⁷⁹ Sobre el punto expresa Urbinati: “accustoming people to seek solutions through open discussion strengthens their loyalty to democratic procedures, because these procedures are responsible for the rivalry that people come to value”. Por el contrario: “deliberators who are exclusively rationalizers are not deliberators—even if they produce rational justifications”. *Ibidem*, pp. 775 y 776.

⁸⁰ En este sentido Greppi, Andrea, “Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia”, *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, marzo-agosto 2013, pp. 42-72, dice: “Sólo tiene sentido acudir al método democrático cuando nos enfrentamos a decisiones sobre las que existe diversidad de opiniones e intereses, y cuando carecemos de un método objetivamente cierto para componer las diferencias. Únicamente deliberamos sobre aquello que podría ser de otra manera y votamos sobre aquello en lo que discrepamos”.

la justicia y el bien y que el consenso no sea esperable.⁸¹ En ese contexto la representación de esas diferencias tiene sentido y no una representación independiente de ellas.

La democracia así vista es un circuito cerrado sin referencias externas, por lo que puede generar decisiones correctas y otras que no lo sean, pero en cualquier caso protege la igual libertad si los procedimientos son seguidos por todas las personas. Para esta postura, que comparto, el objeto de la democracia es entonces la opinión y no la verdad. Es que apelar a la verdad no contribuye a la acomodación y el compromiso, por lo que en contextos de pluralismo no transitorio, fomenta la intolerancia e incluso la violencia.⁸² En suma, un modelo epistémico de democracia como el que sostienen Vázquez, Nino o Alexy, apareja el peligro de fomentar principios aristocráticos basados en criterios de competencia,⁸³ o lo que se conoce como “elitismo epistémico”, y pareciera que en el fondo ese es el único fundamento que tiene el control judicial de constitucionalidad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”, Henao, Juan Carlos (ed.), *Diálogos constitucionales con el mundo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

———, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2a. ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

———, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en IBÁÑEZ, Perfecto Andrés y ALEXY, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, 2006.

———, *El concepto y la validez del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 2004.

———, “Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

———, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁸¹ Waldron, Jeremy, “Deliberación, desacuerdo y votación”, en Hongju Koh, Harold y Slye, Ronald C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 259.

⁸² Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, *Political Theory*, 41 (3), 2013, pp. 447 y 448.

⁸³ *Ibidem*, p. 449.

- BARROSO, Luis Roberto, “La razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales”, en GARGARELLA, Roberto y NIEMBRO, Roberto (coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas 2016.
- BICKEL, Alexander, *The least dangerous branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 3a. ed., Madrid, Taurus, 1998.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 2002.
- ELY, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. de Magdalena Holguín, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997.
- FRIEDMAN, Barry, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Nueva York, Farrar-Straus and Giroux, 2009.
- , “Mediated Popular Constitutionalism”, *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.
- GARDBAUM, Stephen, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001.
- GARGARELLA, Roberto, “La lectura mayoritaria del Estado de derecho”, en MELERO, Mariano (coord.), *Democracia, deliberación y diferencia*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2007.
- , “Acerca de Barry Friedman y el «constitucionalismo popular mediado»”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, núm. 1, 2005.
- , “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, núm. 6, abril de 1997.
- GREPPI, Andrea, “Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia”, *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, marzo-agosto de 2013.
- , *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Madrid, Trotta, 2012.
- KRAMER, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

- KUMM, Mattias, “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review”, en KLATT, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- MANIN, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Nueva York, Cambridge University Press, 2002.
- *et al.*, “Elections and Representation”, en PRZEWORSKI, Adam *et al.* (eds.), *Democracy, Accountability and Representation*, UK, Cambridge University Press, 2003.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto, “El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano”, *Foro, Nueva Época*, México, vol. 16, núm. 2, 2013.
- NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- , “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y Debates*, Madrid, núm. 29, 1991.
- PITKIN, Hanna, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1972.
- SAFFON, María Paula y URBINATI, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, *Political Theory*, 41 (3), 2013.
- URBINATI, Nadia, *Representative democracy. Principles & Genealogy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2006.
- , “Representation as Advocacy. A Study of Democratic Deliberation”, *Political Theory*, 28 (6), diciembre de 2000.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, “Jueces y filosofía”, en Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *Homenaje a Jesús Ángel Arroyo Moreno*, México, Themis, 2014.
- , “Justicia constitucional, derechos humanos y el argumento contramayoritario”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (ed.) *Normas, razones y derechos. Filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 2011.
- , “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.
- (coord.), *¿Qué hacer con las drogas?*, México, Colegio de Bioética-ITAM-Fontamara, 2010.
- , *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 2006.
- , “Constitucionalidad y procedimiento democrático”, *Theoría*, México, co, núm. 3, marzo de 1996.

- , “Democracia y derechos humanos”, *La Universidad y los derechos humanos en América Latina*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-Unión de Universidades de América Latina, 1992.
- WALDRON, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006.
- , “Deliberación, desacuerdo y votación”, en HONGJU KOH, Harold y SLYE, Ronald C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004.