

CAPÍTULO TERCERO

TEORÍAS DE LA DEMOCRACIA. EL CASO *BONILLA* Y LA JURISPRUDENCIA SOBRE VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

I. INTRODUCCIÓN

En pocas ocasiones, los jueces constitucionales hacen explícita la teoría de la democracia que los guía para resolver las controversias que se les presentan. En este capítulo abordaré algunos asuntos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que se sostienen en dos concepciones distintas de la democracia: la sustantiva y la deliberativa. En el primero, el conocido como el caso *Bonilla*, la concepción sustantiva que fundamenta la resolución es inadecuada, por lo que sugiero debió haberse optado por una visión procedimental. En el segundo grupo de sentencias, la teoría deliberativa es idónea para comprender y justificar la declaratoria de inconstitucionalidad por vicios en el procedimiento legislativo. En ambos supuestos, las concepciones democráticas son indispensables para la argumentación de las sentencias.

Los jueces constitucionales se suelen acercar a las teorías de la democracia cuando se cuestionan la legitimidad del control judicial de la ley, particularmente, ante la objeción —contramayoritaria— que se ha hecho a la potestad que tienen los jueces de anular o desaplicar las normas emitidas por los congresos popularmente electos por considerarlas contrarias a la Constitución.¹ Una de las respuestas frente a esta objeción es restringir las funciones de la justicia constitucional; por ejemplo, John Hart Ely busca establecer los limitados supuestos en los que el control judicial está justificado, los que son menos sustantivos y más procedimentales.² Es cierto que esta no

¹ Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Nueva York, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1962.

² Ely, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

es una contradicción, pues, sin ninguna duda, el constitucionalismo puede pensarse más allá de los tribunales.

Por otro lado, en un tiempo más reciente, las concepciones deliberativas de la democracia han buscado guiar el ejercicio de la justicia constitucional hacia un ideal normativo, por ejemplo, promover y garantizar las condiciones de una participación y deliberación popular robusta. Estas teorías, influidas por las concepciones de la democracia deliberativa de Jürgen Habermas o Carlos Nino, proponen guiar a los tribunales constitucionales en sus funciones como sedes de diálogo, interlocutores de otros actores, promotores y garantes de la deliberación.³ De esta manera, la teoría de la democracia deliberativa no tiene como fin únicamente hacerle frente a la objeción contramayoritaria —la que solo puede salvarse con un diseño institucional distinto que no le atribuye al poder judicial la última palabra sobre la interpretación de la Constitución—, sino tiene un cometido más amplio. En otras palabras, la deliberación entre iguales es un principio normativo para el diseño de la justicia constitucional y para la actuación de los jueces.

En este trabajo no me propongo defender algunas de estas teorías como el “mejor” ideal para la justicia constitucional, cosa que ya he hecho en otro libro.⁴ En esta ocasión mi cometido es más modesto. Mi objetivo es mostrar que algunas sentencias de la Suprema Corte se sustentan en una teoría —más o menos sofisticada— de la democracia, que en ciertas ocasiones se hace explícita y en otras no. En cualquier supuesto, es útil y necesario conocerlas para argumentar y resolver conflictos que se presentan cotidianamente ante los tribunales constitucionales, ya sea una concepción procedimental, sustantiva o deliberativa, etcétera.

Este capítulo se divide en cuatro apartados. En el primero describiré brevemente las teorías que encomiendan a los jueces la protección del procedimiento democrático previsto en la Constitución, conocidas como la garantía judicial del proceso político. Argumentaré que, si bien estas teorías no son ideales normativos idóneos para los tribunales de América Latina, sí son parcialmente útiles para explicar y justificar algunas resoluciones como el caso *Bonilla*. En el segundo apartado haré un análisis del citado caso a la luz de las teorías del proceso político. En tercer lugar, haré una reflexión sobre las sentencias en las que se han invalidado normas por vicios en el procedimiento legislativo siguiendo una concepción deliberativa de la democracia. Por último, daré una conclusión.

³ Niembro Ortega, Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

⁴ *Idem*.

II. LA GARANTÍA JUDICIAL DEL PROCESO POLÍTICO

Es una teoría del control judicial que se guía por una concepción procedimental de la democracia.⁵ Fue impulsada por la aportación de John Hart Ely en su libro *Democracy and Distrust*, y recientemente ha sido retomada por Stephen Gardbaum⁶ con el objetivo de ampliar los alcances de la teoría que Ely propuso hace 40 años. Gardbaum extiende el tipo de fallas que los jueces u otras instancias deben revisar, así como los tipos de control judicial que estas demandan.⁷

Si recordamos, la teoría de Ely busca garantizar la participación democrática de las minorías sociales y fortalecer el sistema representativo, como un desarrollo de la nota al pie número 4 del caso *Carolene Products*.⁸ Al tratarse de una teoría del control judicial de constitucionalidad de las leyes, su preocupación principal es compatibilizar dicha potestad judicial con la democracia. En otras palabras, no es una teoría que piense a la justicia constitucional en toda su extensión, sino en la tensión que existe entre la potestad de los jueces de anular o inaplicar leyes y el autogobierno colectivo.

Ely quería evitar que los jueces impusieran sus valores morales, pues la democracia implica que los representantes gobiernan con el consentimiento de los ciudadanos.⁹ Para él, el papel de la Suprema Corte era resguardar el procedimiento democrático previsto en la Constitución, cuidando que los canales de comunicación y participación permanecieran abiertos para todos los que pudieran ser afectados por la decisión, así como defender minorías sociales que sistemáticamente fueran perjudicadas por los prejuicios de las mayorías.¹⁰ Su teoría buscaba evitar decisiones como *Lochner vs. New York* o *Roe vs. Wade*,¹¹ pues aun cuando compartía la resolución de *Roe*, no correspondía a los jueces imponer sus visiones morales o económicas.

De acuerdo con esta perspectiva, el control judicial debe estar limitado a la garantía de unos cuantos principios o estructuras democráticas

⁵ Saffon, Maria Paula y Urbinati, Nadia, "Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty", *Political Theory*, vol. 41, núm. 2, 2013.

⁶ Gardbaum, Stephen, "Comparative Political Process Theory", *International Journal of Constitutional Law*, núm. 18, 2020.

⁷ Ely, John Hart, *op. cit.*, pp. 92 y 100.

⁸ *United States vs. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

⁹ Ely, John Hart, *op. cit.*, pp. 4-7, 44 y 73.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 74, 76, 87 y 100.

¹¹ *Lochner vs. New York*, 198 U.S. 45 (1905) y *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

y así respetar un espacio amplio para la deliberación y la participación popular.¹² De esta manera, las teorías del proceso político son alternativas a las teorías enfocadas en la protección de los derechos fundamentales o a las teorías que propugnan por quitar la Constitución de las manos de los tribunales.¹³

Otras visiones del control judicial que se preocupan por el buen funcionamiento del proceso político son las desarrolladas por Michael Klarman, quien defiende una visión mayoritaria del control judicial, pues los jueces deben impedir el atrincheramiento de los representantes populares en el poder; la teoría de Samuel Issacharoff y Richard H. Pildes, quienes abogan por que, en los casos que involucran la regulación de la política, la Suprema Corte impida que los partidos políticos dominantes cierren las instituciones políticas impidiendo la competencia;¹⁴ o la teoría de Gardbaum, para quien el control judicial debe resguardar los procesos y estructuras de la democracia representativa. En pocas palabras, las teorías de la garantía judicial del proceso político encomiendan a la justicia constitucional el resguardo de los procesos y estructuras del sistema representativo.

Desde mi punto de vista, las teorías del proceso político son insuficientes para explicar y guiar a la justicia constitucional en América Latina por dos razones. Por un lado, porque los males que aquejan a las democracias latinoamericanas, como las profundas desigualdades económicas, políticas y sociales, la concentración del poder, los altos niveles corrupción, etc., no se reducen al cierre de los canales de acceso al poder o a la discriminación sistemática en contra de grupos hacia los que existen prejuicios sociales. Es cierto que estos últimos también son males que aquejan a las democracias en América Latina y, por tanto, son tareas que deben formar parte de la agenda de la justicia constitucional; sin embargo, no pueden ser las únicas.

Por otro lado, el diseño institucional y las tareas que tiene encomendada la justicia constitucional en Latinoamérica¹⁵ hacen imposible que las teorías del proceso político informen su cometido, particularmente, dadas

¹² Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012, pp. 181 y 205.

¹³ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1999.

¹⁴ Issacharoff, Samuel y Pildes, Richard H., "Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process", *Stanford Law Review*, vol. 50, núm. 3, 1998, pp. 644 y 648.

¹⁵ Pou Giménez, Francisca, "Supreme and Constitutional Courts: Directions in Constitutional Justice", en Sieder, Rachel; Ansolabehere, Karina y Alfonso, Tatiana (coords.), *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*, Nueva York, Routledge, 2019.

las amplias atribuciones que tienen los tribunales constitucionales, que les obligan a resolver una extensa variedad de casos sobre temas como el combate a la corrupción, conflictos competenciales verticales y horizontales, protección de derechos sociales, disputas partidistas, garantía del sistema representativo, protección de minorías sociales, etc. Por ello, como lo señala Klarman, al hablar del control judicial mayoritario, las teorías del proceso político deben ser pensadas como complementarias a otras teorías del control judicial.¹⁶ Lo mismo sucede con la propuesta de Gardbaum, quien reconoce explícitamente que su teoría no debe ser el modo exclusivo o principal de control judicial.¹⁷ De hecho, el modelo de garantía judicial del proceso político derivado de la nota al pie número 4 del caso *Carolene Products* no fue pensado como un desarrollo acabado de la teoría de la interpretación.¹⁸

El cuestionamiento anterior a las teorías del proceso político podría contestarse señalando que su propuesta implica necesariamente una reducción de las tareas actualmente encomendadas a la justicia constitucional en muchas constituciones modernas.¹⁹ Es decir, en defensa de la garantía del proceso político podría decirse que, para su aplicación correcta, las materias del conocimiento de la justicia constitucional deben reducirse o modificarse, por ejemplo, quitando del ámbito de competencia de los tribunales constitucionales la resolución de conflictos sobre derechos sociales o contra la corrupción, por mencionar algunos. Ahora bien, en tanto esas materias le son atribuidas a la justicia constitucional o ella misma expande sus competencias,²⁰ creo que nuestras teorías deben ser pensadas para informar la actuación total de los tribunales o reconocer que la garantía judicial del proceso político solo es complementaria de otras propuestas. Lo que me resulta difícil de aceptar es que las teorías del proceso político sean suficientes para guiar la actuación de tribunales constitucionales, como los latinoamericanos, que tienen encomendadas una amplia gama de materias para su resolución y deben hacer frente a retos importantísimos que les plantea la realidad social.

¹⁶ Klarman, Michael J., “Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem”, *Georgetown Law Review*, vol. 85, 1996-1997, p. 501; Gardbaum, Stephen, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷ Gardbaum, Stephen, *op. cit.*, p. 40.

¹⁸ Klarman, Michael J., “The puzzling resistance to political process theory”, *Virginia Law Review*, vol. 77, núm. 4, 1991, p. 749.

¹⁹ Landau, David, “Substitute and complement theories of judicial review”, *Indiana Law Journal*, vol. 92, núm. 4, 2017, p. 1311.

²⁰ Klarman, Michael J., “Majoritarian Judicial Review...”, *cit.*, p. 550.

Es posible que, en países como Estados Unidos, la teoría del proceso político de Ely²¹ no genere una tensión con sus compromisos constitucionales, pues el control judicial no está previsto en su texto constitucional y mucho menos se prevén procedimientos específicos para cuestionar la constitucionalidad de leyes o actos de autoridades administrativas, como sí sucede en algunas constituciones de América Latina. Además, es una Constitución que no prevé derechos económicos y sociales o la aplicación horizontal de los derechos humanos, por mencionar algunas diferencias. Es decir, es posible entender la teoría de Ely porque tiene como presupuesto una Constitución como la estadounidense, la que no es un impedimento para que el día de mañana, si así lo decide la Suprema Corte, esta deje de conocer de materias que al día de hoy sí considera cuestiones justiciables. Ahora bien, este mismo presupuesto no se da en las constituciones latinoamericanas, porque muchas de ellas contienen un compromiso transformador y posliberal,²² de acuerdo con el cual el Estado tiene encomendado el cambio social y deberes positivos para lograrlo.²³

Por estas razones, la pregunta es en qué medida debemos inspirarnos en teorías de la garantía judicial del proceso político como la de Ely, ante las grandes diferencias de contexto de la región latinoamericana,²⁴ las distintas atribuciones que tienen nuestros tribunales constitucionales y el mandato transformador de muchas constituciones latinoamericanas. Más aún cuando la teoría del proceso político de Ely asumía que en Estados

²¹ Ely, John Hart, *op. cit.*, pp. 92 y 100.

²² Farinacci-Fernós, Jorge M., "Post-Liberal Constitutionalism", *Tulsa Law Review*, vol. 54, núm. 1, 2018; Bogdandy, Armin von, "El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisprudencial extraordinario", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 19, 2019.

²³ Klare, Karl, "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, núm. 1, 1998; Grote, Rainer, "The Mexican Constitution of 1917. An early example of radical Transformative Constitutionalism", en Bogdandy, Armin von et al. (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The emergence of a New Ius Commune*, Nueva York, Oxford University Press, 2017; Davis, Dennis M., "Transformation and the Democratic Case for Judicial Review: The South African Experience", *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 5, núm. 1, 2007, p. 46.

²⁴ Gargarella, Roberto, "Cinco movimientos de un debate inacabado. Sobre la justicia constitucional de la democracia deliberativa de Roberto Niembro", en Niembro Ortega, Roberto (autor), *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, cit.; Gargarella, Roberto, "La revisión judicial para las democracias latinoamericanas", en Niembro Ortega, Roberto y Verdugo, Sergio (eds.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, México, SCJN, 2019. Una pregunta que surge de este llamado a la contextualización latinoamericana del papel de la justicia es el anuncio sobre un papel más protagónico para los jueces constitucionales.

Unidos la competencia política y la representación funcionaban relativamente bien.²⁵

III. LA UTILIDAD PARCIAL PARA AMÉRICA LATINA DE LA GARANTÍA JUDICIAL DEL PROCESO POLÍTICO. EL CASO *BONILLA*

En el apartado anterior argumenté que las teorías del proceso político son insuficientes para dar cuenta de las atribuciones que tienen los tribunales constitucionales en la región latinoamericana y los retos que tienen ante sí. Ahora quiero ejemplificar cuál es la utilidad *parcial* que sí tienen para países como México, particularmente para pensar en nuevos diseños institucionales o resolver asuntos en los que está de por medio la garantía de los principios y estructuras del sistema representativo. En efecto, la idea de que solucionando o aminorando los problemas de exclusión de voces de la esfera pública permitirá que los intereses de los excluidos sean tomados en cuenta por los órganos representativos y sus problemas sean atendidos sigue siendo muy potente.

La utilidad de la garantía del proceso político es evidente a la luz de asuntos, entre otros, en los que quienes gobiernan modifican las reglas que regulan el proceso electoral en su beneficio, dificultando o impidiendo el acceso al poder de otros grupos. De acuerdo con las teorías de la garantía judicial del proceso político, este es un caso idóneo para el control judicial, incluso aplicando un escrutinio más riguroso, es decir, las cortes deberían analizar con mayor cautela la decisión de quienes detentan el poder de cambiar las reglas del juego para perpetuarse en el mismo, dificultando la entrada de quienes están afuera (segundo párr. de la nota al pie 4 de *Carolene Products*).

De hecho, no podemos pasar por alto la relevancia que la teoría sobre la garantía judicial del proceso político tiene en el actual contexto mexicano. Al menos discursivamente, una de las transformaciones sustanciales que prometió el cambio de régimen derivado de las elecciones de 2018 radica en una apuesta por la democracia participativa.²⁶ En este sentido, como argu-

²⁵ Parker, Richard Davies, “The Past of Constitutional Theory-And its Future”, *Ohio State Law Review*, vol. 42, 1981, p. 241.

²⁶ Véase Linares, Sebastián, *Democracia participativa epistémica*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

menté en otro artículo,²⁷ garantizar el acceso y correcto funcionamiento de los mecanismos de participación —entre ellos las elecciones— y del sistema representativo es sumamente pertinente.

Además, contamos con una Suprema Corte consolidada que puede hacerse cargo de esas tareas, pues dejó atrás la etapa de dependencia y sumisión al poder ejecutivo que caracterizó su actuar durante el autoritarismo.²⁸ En efecto, gracias a la reforma de 1994 y a la alternancia en la presidencia en el 2000, se fortalecieron sus funciones y su independencia para dar paso a la judicialización de los conflictos políticos²⁹ y, posteriormente, con la reforma de derechos humanos de 2011, a una agenda preocupada por su protección.³⁰ Sin embargo, hasta el momento no se ha conceptualizado la posibilidad de que, en algunos casos, la Corte funcione como una institución que protege los intereses de la mayoría de los ciudadanos, aun cuando anule la decisión de sus representantes.

Al resolver el caso *Bonilla*, un supuesto idóneo para la aplicación de las teorías del proceso político, la Suprema Corte consideró vulnerados los principios de certeza electoral y seguridad jurídica, los derechos a votar y ser votado como expresiones de la participación política, la prohibición de reelección de los gobernadores y la prohibición de retroactividad de la ley, mientras que las referencias a la democracia son breves:³¹

Así, el modelo de la democracia representativa está basado en la designación de los representantes a través de elecciones libres y periódicas, por medio de

²⁷ Niembro Ortega, Roberto, “John Hart Ely in the Mexican Supreme Court”, en prensa.

²⁸ Domingo, Pilar, “Judicial Independence: The Politics of the Supreme Court in Mexico”, *Journal of Latin American Studies*, vol. 32, núm. 3, octubre de 2000. Véase Mijangos y González, Pablo, *Historia mínima de la Suprema Corte de México*, México, El Colegio de México, 2019, p. 142.

²⁹ Zaldívar, Arturo, “La justicia constitucional en México. Balance y retos”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002, p. 423; Magaloni, Beatriz, “Enforcing the Autocratic Political Order and the Role of Courts: The Case of Mexico”, en Ginsburg, Tom y Moustafa, Tamir (eds.), *Rule by Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; Pozas Loyo, Andrea y Ríos Figueroa, Julio, “The Transformations of the Role of the Mexican Supreme Court”, en Castagnola, Andrea y López Noriega, Saul (eds.), *Judicial Politics in Mexico. The Supreme Court and the Transition to Democracy*, Nueva York, Routledge, 2016.

³⁰ Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011; Pou Giménez, Francisca, “The Constitution of Mexico”, en Hübner Mendes, Conrado y Gargarella, Roberto (eds.), *The Oxford Handbook of Latin American Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, en prensa.

³¹ SCJN, acción de inconstitucionalidad 112/2019 y sus acumuladas, p. 172.

las cuales se ejerce la soberanía. Ese modelo no exigía el control judicial de las cuestiones político-electorales y, por ende, tampoco la aplicación coercitiva de los límites constitucionales y legales por esa vía en la resolución de los conflictos surgidos en ese ámbito.

En cambio, la democracia constitucional, propia del Estado de derecho, también parte del principio de representación popular; *pero establece límites infranqueables para las mayorías y para los titulares de los órganos públicos, como son los derechos humanos y las reglas constitucionales en que se fundamenta el proceso electoral* y, además, sujeta las cuestiones político-electorales al control jurídico en sede jurisdiccional.

Como se desprende de la transcripción anterior, la Suprema Corte se guía por una concepción sustantiva de la democracia que impone límites infranqueables a las mayorías que le corresponde garantizar. En el caso *Bonilla*, la discusión sobre las concepciones de la democracia habría permitido identificar esta decisión como una sentencia mayoritaria que defiende la participación democrática y no como una sentencia contramayoritaria que “establece límites infranqueables para las mayorías”. En efecto, una de las instancias por excelencia de la participación popular es el voto que se ejerce después de un largo periodo de contienda, que permite a los ciudadanos conocer y debatir sobre los programas de los partidos políticos bajo ciertas reglas establecidas con anterioridad.³² Así, lo que hizo la Suprema Corte fue defender la decisión de la mayoría de los ciudadanos que el 2 de junio de 2019 votó por elegir al gobernador por un periodo de dos años, frente a la mayoría de representantes populares que decidieron, sin legitimidad democrática para ese propósito, ampliar el plazo de su mandato a cinco años.

Asimismo, la decisión de garantizar que el desempeño del mandato fuera solo por dos años, como lo habían consentido los electores el día de la elección, protegió la legitimidad del sistema democrático en su conjunto, que asegura constitucionalmente a quienes perdieron en la elección de 2019 la posibilidad de que el día de mañana puedan convertirse en mayoría.³³ En efecto, de haberse validado la prórroga del mandato hecha por los repre-

³² Como señala Nino, el procedimiento democrático no es una actividad espontánea, sino un producto de reglas. Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto Saba, España, Gedisa, 2003, p. 273. Por su parte, Stephen Holmes señala que no hay una decisión colectiva fuera de los procedimientos e instituciones previamente establecidos. Holmes, Stephen, *Passions & Constraint On the theory of liberal democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1995, p. 9.

³³ Saffon, Maria Paula y Urbinati, Nadia, *op. cit.*, p. 16.

sentantes, se habría puesto en jaque a la democracia, que exige contar con elecciones periódicas en las fechas establecidas.³⁴

De hecho, las violaciones a los derechos de participación de votar y ser votados que la Suprema Corte considera fundadas se entienden mejor desde una concepción procedimental y participativa de la democracia, a la que refiere sucintamente en la sentencia.³⁵ Por ello, la distinción de la Corte entre democracia representativa y democracia constitucional no resulta del todo satisfactoria. Desde otro punto de vista, el énfasis se hubiera puesto en la primacía que tiene la participación frente a la representación, cuando se trata de los límites temporales consentidos por el electorado. Por esta razón son fundamentales las teorías del proceso político que obligan a los jueces a abordar con profundidad las implicaciones democráticas de sus decisiones y rehuir la incomodidad que genera la democracia al análisis legal.³⁶

Finalmente, hay otro aspecto democrático relevante de la sentencia del caso *Bonilla*. Previo a la ampliación del periodo de la gubernatura por el órgano reformador de la Constitución de Baja California, la decisión se sometió a la votación de una pretendida consulta popular sin seguir las reglas previstas para tal efecto. El resultado de la consulta fue a favor de la ampliación; sin embargo, fue una decisión que, además de no seguir las reglas establecidas para que se llevara a cabo, no derivó de un procedimiento previo de deliberación robusta por parte de la ciudadanía. En otras palabras, en este supuesto, la consulta popular fue una medida que buscó una legitimación instantánea basada en opiniones ciudadanas no deliberadas,³⁷ a diferencia del proceso electoral que durante meses involucró a los ciudadanos en la disputa de distintos programas de gobierno. De hecho, no hay que perder de vista que el plazo de dos años previsto en el artículo octavo transitorio anterior a la reforma que fue declarada inconstitucional se había publicado el 17 de octubre de 2014, ajustándose a la reforma del artículo

³⁴ Issacharoff, Samuel, *Fragile Democracies*, Nueva York, Cambridge University Press, 2015, p. 3.

³⁵ En la p. 202 de la acción de inconstitucionalidad 112/2019 y acumuladas dice: “El Tribunal Pleno consideró que la norma suprema ha optado por una democracia participativa, en igualdad y libertad. Es decir, por un gobierno de la mayoría limitado por la Constitución, lo que ha dado lugar a un modelo democrático participativo y constitucional, pero igualmente liberal y social”.

³⁶ Mangaberia Unger, Roberto, *What Should Legal Analysis Become?*, Gran Bretaña, Verso, 1996, p. 72.

³⁷ Kuo, Ming-Sung, “Against instantaneous democracy”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, núm. 2, abril de 2019, pp. 554-575.

116 de la Constitución federal de 10 de febrero de 2014, que prevé la obligación de los estados de hacer concurrir, por lo menos, una elección local con las elecciones federales. Es decir, el plazo previsto de dos años de la gubernatura bajo el cual se llevaron a cabo las elecciones fue establecido desde 2014, después de una reforma a la Constitución federal y una reforma a la Constitución local. Así, con su sentencia, la Corte no solo protegió una decisión mayoritaria, sino una elección hecha después de un proceso de deliberación de largo plazo.

IV. LA CONCEPCIÓN DELIBERATIVA DE LA DEMOCRACIA Y LA JURISPRUDENCIA SOBRE VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Como vimos en el apartado anterior, en el caso *Bonilla*, la Suprema Corte se guía por una concepción sustantiva de la democracia para resolverlo, siendo que la más indicada era una visión procedimental y participativa. Ahora toca analizar los casos en los que la Corte utiliza una concepción deliberativa de la democracia. Así como en el segundo capítulo de este libro analicé cómo la Suprema Corte enriqueció la deliberación democrática en el caso *Marihuana*, ahora me detendré en analizar las contribuciones que puede hacer al procedimiento parlamentario.

Desde 2005, la Suprema Corte ha construido una jurisprudencia que garantiza la deliberación y el cumplimiento de las reglas procedimentales de los parlamentos respecto a la participación de minorías, trámites legislativos de carácter urgente y reglas de votación, entre otras.³⁸ Ha señalado que el propósito de esta jurisprudencia es garantizar la participación de las minorías en el procedimiento legislativo de forma que sus voces puedan ser escuchadas al momento de la toma de decisiones y que estas sean consideradas a través de un proceso deliberativo.

Algunos de los vicios que han llevado a la Corte a declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas son: la falta de conocimiento de las iniciativas legislativas previo al momento de la deliberación y votación, o la falta de justificación de la urgencia de los trámites parlamentarios que impiden a todas las fuerzas políticas participar en pie de igualdad en las

³⁸ Tesis P. XLIX/200, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 709.

discusiones;³⁹ la obstaculización a las fuerzas políticas para conocer el contenido y alcance de las iniciativas por saltarse su lectura sin justificación, o por no circularse oportunamente en los comités.⁴⁰ Otros casos conciernen al incumplimiento de las reglas de votación previstas en leyes orgánicas de los poderes legislativos, cuando se impide el respeto de los principios de publicidad y participación necesarios para crear, modificar o derogar la legislación, así como del principio de certeza jurídica ante las dudas generadas por las votaciones.⁴¹ Asimismo, la Corte ha considerado que se violan los principios de legalidad, seguridad jurídica y deliberación democrática en los casos en que los dictámenes de los comités no fueron distribuidos entre los representantes populares, se cambia el lugar de las sesiones o los votos no son correctamente contados, lo que impide que las minorías y mayorías se puedan expresar o defender sus posiciones.⁴²

De igual manera, la Corte ha señalado que la violación puede derivarse tanto de los preceptos constitucionales como de las leyes o reglamentos que regulan el procedimiento legislativo, siempre y cuando estas impliquen la violación de un principio constitucional, y ha compatibilizado la economía en el procedimiento y los medios de sanación de los vicios, pues no todas las violaciones conllevan necesariamente la inconstitucionalidad, sino depende de la trascendencia que puede tener en la norma, etc. Así, ha argumentado que se tiene que compatibilizar la economía procesal con la equidad en la deliberación parlamentaria. De acuerdo con el principio de economía procesal, las normas no se deben invalidar por una violación procedimental cuando no sea tan grave como para modificar la voluntad de la legislatura. Por su parte, según el principio de equidad, los vicios procedimentales no deben ser considerados irrelevantes.⁴³

Esta jurisprudencia y su aplicación a lo largo de 15 años solo puede entenderse a la luz de la concepción deliberativa de la democracia, que atribuye a la justicia constitucional la facultad de contribuir y garantizar la deliberación parlamentaria. A continuación, explico a detalle en qué pueden consistir este tipo de contribuciones.

³⁹ SCJN, acción de inconstitucionalidad 52/2006 y sus acumuladas 53/2006 y 54/2006, resuelta el 4 de enero de 2007.

⁴⁰ SCJN, acción de inconstitucionalidad 107/2008 y sus acumuladas 108/2008 y 109/2008, resuelta el 20 de noviembre de 2008.

⁴¹ SCJN, acción de inconstitucionalidad 19/2010, resuelta el 25 de octubre 2010.

⁴² SCJN, acción de inconstitucionalidad 53/2015 y sus acumuladas 57/2015, 59/2015, 61/2015, 62/2015 y 63/2015, resuelta el 5 de octubre de 2015.

⁴³ *Idem*.

A. *Hacer que legislen*

Pudiera parecer que esta es una cuestión obvia, pues una de las funciones principales de los parlamentos es legislar; sin embargo, esto no siempre sucede así. Como sabemos, un buen número de leyes son elaboradas por funcionarios de la Administración que no son elegidos ni sujetos a un proceso de reelección, y solo son controlados eventualmente por funcionarios que sí lo son. De hecho, en tiempos recientes, Philip Pettit ha abogado por la despolitización de la democracia mediante la conformación de comisiones de expertos que eviten que las decisiones parlamentarias sean guiadas por pasiones populares, cuestiones de moralidad o intereses de fracciones, con el fin de blindar la deliberación y que las decisiones sean tomadas por razones compartidas.⁴⁴

En México tenemos un buen ejemplo de ello: el Consejo Rector del Pacto por México. El Pacto por México fue una agenda política que se fijaron las tres principales fuerzas políticas del país al inicio del sexenio del presidente Enrique Peña Nieto —recalco: las tres principales, mas no todas las fuerzas representadas en el Congreso—. Por su parte, el Consejo Rector era un grupo de parlamentarios, representantes de los partidos y del Gobierno que redactaron distintas iniciativas de ley que finalmente fueron aprobadas sin mayor discusión por el Congreso.

Es decir, el Consejo sirvió para vaciar de sentido la función que tiene un Parlamento en una democracia, pues aun cuando pudiera aceptarse que las propuestas legislativas se hubiesen originado en el Consejo, es ineludible que sean discutidas por los representantes populares.⁴⁵ Efectivamente, el Parlamento debe ser un espacio en el que todas las fuerzas políticas que han sido electas por los ciudadanos⁴⁶ —y no solo unas cuantas— puedan deliberar siguiendo ciertas pautas y decidir a través de la regla de la mayoría sobre la forma más adecuada de cumplir con los principios y reglas establecidos en la Constitución. Ahora bien, la diferencia con el Consejo Rector es que en el Congreso solo participan aquellos que fueron electos y funcionan de acuerdo con normas establecidas para el procedimiento de discusión y votación, en el que las minorías pueden hacer valer su punto de vista, aun

⁴⁴ Pettit, Philip, “Depoliticizing Democracy”, *Ratio Juris*, vol. 17, núm. 1, 2004, pp. 54 y 59.

⁴⁵ Véase Manin, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 191.

⁴⁶ Que sean las personas electas las que legislen refleja nuestro compromiso democrático. Waldron, Jeremy, “Principles of legislation”, en Bauman, Richard W. y Kahana, Tsvi (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006, p. 25.

cuando su voz no sea la que al final obtenga el mayor número de votos. En efecto, el número de parlamentarios, el sistema de mayorías y representación proporcional, las reglas del debate, etc., tienen como fin que todos los diferentes intereses que existen en una sociedad plural —por una cuestión de respeto y con el objetivo de obtener mejores resultados— se vean plenamente representados; es decir, tengan voz y voto, y sean directamente confrontados.⁴⁷ Además, se trata de discusiones que son públicas, lo que permite al ciudadano conocer la posición de cada uno de los partidos y así tener mayor información a la hora de emitir su voto en la próxima elección. Desde este punto de vista, el establecimiento y cumplimiento de las reglas procedimentales no es una cuestión baladí.⁴⁸

Así, los procedimientos parlamentarios previstos constitucional y legalmente pretenden garantizar el carácter democrático de las decisiones adoptadas, por lo que su cumplimiento es una condición necesaria para su validez jurídica. Ciertamente, los votos deben expresarse después del cumplimiento de los procedimientos previstos en la Constitución, en las leyes y en los reglamentos respectivos.

De hecho, se dispuso que la soberanía fuera ejercida regularmente por nuestros representantes, también previmos procedimientos constitucionales y legales para que la representación popular pudiera tomar decisiones. En un país regido por los desacuerdos profundos sobre la mejor forma de convivir, estos procedimientos constituyen la única forma legítima de tomar decisiones para seguir adelante a pesar de nuestros desacuerdos. Esos procedimientos tienen como fin que las decisiones sean tomadas de forma más reflexiva, en los que se puedan manifestar todos los intereses afectados y todas las voces puedan ser escuchadas.⁴⁹

En otras palabras, para la validez constitucional de la aprobación de leyes o reformas constitucionales no basta con la aprobación mayoritaria de la decisión, sino que es necesario el cumplimiento de los procedimientos de participación y deliberación previstos para ello. La deliberación en sede parlamentaria es tan significativa que hay quienes dicen que el poder legislativo es el poder deliberante.⁵⁰ No podemos olvidar que los procedimientos parlamentarios tienen como fin institucionalizar ese punto de encuentro

⁴⁷ Waldron, Jeremy, “Principles of legislation”, *cit.*, p. 26; “Legislating with integrity”, *Fordham Law Review*, vol. 72, 2003, p. 383.

⁴⁸ Waldron, Jeremy “Principles of legislation”, *cit.*, p. 18.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 20.

⁵⁰ Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, Granada, Comares, 2003, p. 514.

para el debate, como condición de una práctica política democrática que permita a los individuos identificarse con ella. Imponer decisiones a través de negociaciones cerradas a la ciudadanía e ignorando las voces disidentes implica romper con esa finalidad y con la legitimidad que se espera tenga un sistema democrático. Más aún, empuja a la crispación e impide el entendimiento entre ciudadanos que tienen que convivir todos los días.

Sin duda, el cumplimiento de los procesos deliberativos previstos en la Constitución tiene como objeto garantizar que: 1) se puedan escuchar a todas las voces y se tengan en cuenta todos los intereses afectados; 2) la ciudadanía conozca las razones por las cuales se tomó la decisión y, por tanto, pueda adherirse y eventualmente ejercer su derecho al voto de manera libre e informada; 3) los representantes cumplan con su papel como agentes que sirven para procesar y tramitar de manera detenida y transparente la información, y 4) las minorías parlamentarias puedan hacer valer sus intereses, puntos de vista y objeciones.

Si estos postulados significan algo, entonces las decisiones deben tomarse atendiendo a los intereses y preferencias de los gobernados a través de los procedimientos establecidos para tal efecto. Esto tiene aún mayor calado en cuanto a reformas constitucionales se refiere, pues el establecimiento de procedimientos más exigentes para la reforma de la Constitución, comparados con los necesarios para la aprobación de leyes ordinarias, tiene como fin asegurar una expresión de la voluntad popular más integral y deliberada.⁵¹ Solo en la medida del cumplimiento de los procedimientos establecidos es que los representantes populares pueden ejercer la soberanía de la que somos titulares.

En esta tesitura, el juez constitucional debe garantizar una deliberación parlamentaria efectiva, representativa y democrática, pública, libre y en condiciones de igualdad.

B. *Garantizar una deliberación parlamentaria efectiva, representativa y democrática, pública, libre y en condiciones de igualdad*

a) *Deliberación efectiva*

Como hemos dicho, el sistema representativo puede servir como un instrumento para filtrar, refinar y mediar el proceso de formación de la vo-

⁵¹ Requejo, Paloma, *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 49.

luntad política, aliviando los problemas de inmediatez en la toma de decisiones. Además, puede valer para despersonalizar los reclamos y opiniones, permitiendo la mezcla y asociación de los ciudadanos. Sin embargo, esto no puede lograrse si los procedimientos no son cumplidos y la representación es ejercida solamente como un mecanismo de decisión, en el que la mayoría gana y las minorías parlamentarias, así como la ciudadanía en general, se ve privada de su derecho a participar y deliberar. Por ello es que los representantes deben cumplir con los procedimientos y entablar un diálogo continuo con la ciudadanía.

En esta tesitura, la primera tarea de los jueces es verificar que haya existido una efectiva deliberación parlamentaria,⁵² por cuanto esta puede ayudar a tomar decisiones imparciales, pues sirve para comprender de qué modo otras personas evalúan ciertas opciones; obliga a una persona a modificar su argumento a fin de volverlo aceptable para otras; sirve para la educación de la gente, y ayuda a cada participante a clarificar y purificar su propia posición, descubriendo los errores fácticos y lógicos de su razonamiento.⁵³

De hecho, cuando los procedimientos se convierten en una mera fachada y a través del control de las cúpulas partidarias se vacían de contenido, se configura un fraude a la Constitución. En efecto, para que una reforma legal o constitucional sea democrática —y, por tanto, constitucional—, no basta con que se reúnan los números de votos necesarios para la aprobación de las reformas, sino que es necesaria la discusión. Decisión y discusión que deben ser públicas,⁵⁴ salvo circunstancias excepcionales.

b) Deliberación representativa y democrática

En teoría, que el debate parlamentario sea representativo se logra a través de la elección de representantes que provean un espectro lo más amplio posible de perspectivas de interpretación expectables, incluyendo la comprensión que de sí y del mundo tienen los grupos marginales.⁵⁵

⁵² Ferreres Comella, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 40.

⁵³ Gargarella, Roberto, “Representación plena, deliberación e imparcialidad”, en Elser, John (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 323-325 y 334.

⁵⁴ Waldron, Jeremy, “Principles of legislation”, *cit.*, p. 22.

⁵⁵ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2008, p. 251.

Ahora bien, una cosa es que la mayoría de voces cuenten con representantes y otra es que estos actúen siendo sensibles con los intereses que dicen representar. Esto es, que los representantes sirvan para comunicar al cuerpo legislativo y deliberar sobre los intereses de quienes los eligieron.⁵⁶ En teoría, el voto y la celebración de elecciones recurrentes son medios para lograr que la deliberación sea efectivamente representativa; sin embargo, muchas veces estos mecanismos no son suficientes.

Así, puede suceder que, aun cuando teóricamente ciertos intereses tengan representantes en el Congreso, estos no sean representados. De hecho, los parlamentos tienden cada vez más a comportarse solo como un poder del Estado —que gobierna—, olvidando su función representativa.⁵⁷ Esto puede deberse, por ejemplo, al control que los partidos políticos ejercen sobre los representantes.⁵⁸

Esta no es una coincidencia. El sistema representativo vigente en muchas democracias contemporáneas fue diseñado con el objetivo de separar a los representantes y a los representados, es decir, a la clase dirigente y a la ciudadanía, teniendo como consecuencia que los sistemas políticos sean más permeables a las influencias de los grupos de interés que a la voluntad de las mayorías.⁵⁹

⁵⁶ Waldron, Jeremy, “Principles of legislation”, *cit.*, p. 28. Esta afirmación tiene varias complicaciones. La primera es que, en algunos casos, los representados no tienen ningún interés o conocimiento del tema. Fenichel Pitkin, Hanna, *The Concept of Representation*, California, University of California Press, 1967, p. 163. En segundo término, la pregunta es si los intereses de quienes los eligieron son objetivos o se refieren a las opiniones de la gente. *Ibidem*, p. 197. Tercero ¿los parlamentarios deben ser sensibles a los intereses de quienes los eligieron o una vez electos deben velar por el interés de la nación? Vega, Pedro de, “Significado de la representación política”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 44, marzo-abril de 1985, p. 29. Cuarto, cómo ser sensibles a la opinión pública si está en constante conformación y cambio. Post, Robert, “First Lecture: A short history of representation and discursive democracy”, *Citizens divided. Campaign Finance Reform and the Constitution*, Massachusetts, Harvard University Press, 2014, p. 35-37. Finalmente, está la dificultad estructural de que los grupos sociales suelen estar conformados por minorías diferentes que no tienen posiciones uniformes. Gargarella, Roberto, “Representación plena, deliberación e imparcialidad”, *cit.*, p. 335.

⁵⁷ Garrorena, Ángel, *Representación política y constitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 49 y 95. Como explica García Roca siguiendo a Krielle, la representación es una adjudicación de *competencia* que se completa con una *responsabilidad* que tiene el representante de actuar en interés de los representados. García Roca, Javier, *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 55 y 56.

⁵⁸ Garrorena, Ángel, *op. cit.*, pp. 66-71. Sobre el mandato *de facto* que tienen los partidos sobre los representantes véase Habermas, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, trad. de Thomas Burger, Massachusetts, MIT Press, p. 205.

⁵⁹ Gargarella, Roberto, “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”, *Isonomía*, núm. 2, 1995, p. 89.

Ahora bien, si el ideal es que los representantes permanezcan “permeables, sensibles y abiertos a incitaciones, a temas e intervenciones, a informaciones y razones que les afluyen de un espacio público que se estructura a su vez discursivamente”,⁶⁰ la justicia constitucional debe ser garante de los canales de comunicación entre representantes y representados, como: la libertad de expresión y el derecho a la protesta; la celebración de elecciones periódicas; un sistema de partidos que compiten con base en principios; la conformación de una opinión pública; así como de la efectividad de mecanismos de democracia directa como las iniciativas populares, los referendums y la revocación de mandato.⁶¹

Por otro lado, para que la representación sea democrática, no basta con que los representantes sean sensibles a los intereses de la ciudadanía y a la opinión pública, sino que las minorías parlamentarias puedan ser escuchadas y sus argumentos debatidos,⁶² es decir, se preste igual atención y respeto tanto a las minorías como a las mayorías,⁶³ lo que se traduce en respetar sus derechos al debate, a la información, a la investigación y a la inclusión de asuntos en el orden del día de las sesiones de la Cámara.⁶⁴

⁶⁰ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, *cit.*, pp. 251 y 252. Aquí se defiende una concepción dependiente de la representación según la cual los intereses relevantes para el representante son dependientes de las preferencias de los representados discutidas en la esfera pública, por lo que los representantes deben ser sensibles a ellos. Cabe aclarar que la actividad representativa siempre necesita de un cierto margen de discrecionalidad o independencia para poder ser deliberativa. Martí, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 223, 224 y 227. En mi opinión, la discusión radica en los mecanismos de comunicación que se establezcan entre representantes y representados.

⁶¹ Post, Robert, *op. cit.*, pp. 8, 13, 20, 21, 22 y 36. Sobre la libertad de expresión y las elecciones como canales de comunicación también véase Manin, Bernard, *op. cit.*, pp. 170 y 175.

⁶² Waldron, Jeremy, “Legislating with integrity”, *cit.*, p. 383.

⁶³ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, trad. de Magdalena Holguín, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 125. En el mismo sentido, García Roca, quién además nos recuerda que una minoría son tanto los grupos como cada uno de los parlamentarios individualmente considerados. García Roca, Javier, *op. cit.*, p. 120 y 291. Para Ekkehart Stein, el problema constitucional más importante del Parlamento consiste en la protección de minorías. Ekkehart, Stein, *Derecho Político*, trad. de Fernando Sainz Moreno, Madrid, Aguilar, 1973, p. 53. En el mismo sentido, Torres Muro, Ignacio, “Actos internos de las cámaras y recurso de amparo. Un comentario al auto del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 1984”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año IV, núm. 12, 1984, p. 167. También Requejo, Paloma, *op. cit.*, pp. 27 y 28.

⁶⁴ Aragón Reyes, Manuel, “Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio”, en Orozco Henríquez, J. Jesús (comp.), *Democracia y Representación en el umbral del Siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho*

c) *Deliberación pública*

Por su parte, el requisito constitucional de deliberación pública (la publicidad se traduce en permitir la asistencia de las personas y los medios de comunicación a las sesiones del pleno o de las comisiones, así como la publicación de los debates) es un elemento indispensable para que la ciudadanía pueda formar una opinión pública⁶⁵ y ejerza de manera libre e informada su derecho al voto, o sea, que los representantes puedan ser supervisados.⁶⁶ De hecho, una de las razones por las que se exige a los representantes deliberar en un foro público tiene como objetivo que los ciudadanos podamos conocer el proceso de deliberación y las razones por las cuales tomaron cierta decisión, con el fin de poder exigirles responsabilidad antes, durante y después de las elecciones;⁶⁷ ya sea porque no deliberaron, no tomaron en cuenta nuestros intereses, se basaron en intereses sectoriales, etcétera.

Así, la transparencia de las deliberaciones es un elemento indispensable para que pueda ejercerse el voto de manera libre e informada,⁶⁸ lo que no es cosa menor. No podemos olvidar que las elecciones solo pueden servir como mecanismo de comunicación con los representantes y de rendición de cuentas —entre otros— si los ciudadanos conocen las razones por las cuales sus representantes tomaron o dejaron de tomar una decisión. Cuando este tipo de control no puede hacerse valer porque los representantes deliberaron en la oscuridad o no dieron razones de sus decisiones es que los intereses sectoriales o de ciertos grupos pasan a ejercer una tremenda influencia en las políticas públicas, es decir, se dejan de lado las razones recíprocas y universales que pueden justificar la imposición de la fuerza en un sistema democrático.

Electoral, México, IJ-UNAM, 1999, pp. 21 y 22. También véase Torres Muro, Ignacio, “Los derechos de los parlamentarios”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 257-281.

⁶⁵ Manin, Bernard, *op. cit.*, p. 167.

⁶⁶ De acuerdo con Habermas, el principio de supervisión del poder es una contribución del modelo liberal de la esfera pública. Habermas, Jürgen, “The Public Sphere: An Encyclopedia Article (1964)”, en Gripsrud, Jostein *et al.* (eds.), *The Idea of Public Sphere*, Maryland, Lexington Book, 2010, p. 117.

⁶⁷ En el mismo sentido, Waldron, Jeremy, “Principles of legislation”, *cit.*, p. 22. También Hauriou, Maurice, *op. cit.*, p. 516; Vega, Pedro de, “El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 43, 1985, p. 49.

⁶⁸ Vega, Pedro de, “El principio de publicidad parlamentaria...”, *cit.*, pp. 49 y 50.

d) Deliberación libre y en condiciones de igualdad

Asimismo, los tribunales pueden ayudar a garantizar que la deliberación parlamentaria sea libre y en condiciones de igualdad con el fin de dar un tratamiento racional a las cuestiones políticas.⁶⁹

Una discusión libre implica estar informado sobre lo que se va a debatir y significa que los miembros de la asamblea puedan renunciar a su cargo cuando así lo deseen,⁷⁰ así como poder hacer uso de la palabra, discutir y votar la determinación que les parezca más razonable; lo que se opone, por ejemplo, al mandato imperativo.⁷¹

La inexistencia de mandato imperativo no solo se refleja frente a los electores, sino también frente a los partidos políticos y los grupos parlamentarios, pues una cosa es que los partidos políticos presenten una candidatura y otra muy distinta que los representantes representen a los partidos políticos; o que sea conveniente por razones prácticas tener órganos directivos y estructurar el Parlamento en torno a grupos antes que a individuos, a que eso se traduzca en vaciar de contenido el libre mandato parlamentario.⁷²

Ahora bien, la garantía judicial del libre ejercicio del cargo parlamentario frente a los partidos políticos es una tarea delicada, en la medida en que estos también pueden servir como canal de comunicación entre representantes y representados, si es que incentivan al parlamentario individual a orientarse por los programas de campaña.⁷³ De hecho, esa fue una de las funciones de los partidos en sus inicios.⁷⁴ El problema aparece cuando los partidos se convierten en asociaciones enfocadas en mantener el poder y a

⁶⁹ Es que, como dice Habermas, la dominación política debe su fuerza legitimadora a un procedimiento democrático que tiene como fin garantizar un tratamiento racional de las cuestiones políticas. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit., p. 238.

⁷⁰ García Roca, Javier, *op. cit.*, p. 121.

⁷¹ Hauriou, Maurice, *op. cit.*, pp. 516 y 517. En el mismo sentido, García Roca, Javier, *op. cit.*, p. 123. También Biglino, Paloma, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, CEPC, 1991, pp. 82 y 83. Sobre las instrucciones y la prohibición de mandato imperativo véase Manin, Bernard, *op. cit.*, pp. 163-167.

⁷² García Roca, Javier, *op. cit.*, pp. 64, 123, 253 y 254. Sobre el papel de los grupos parlamentarios véase García-Escudero Márquez, Piedad, "El parlamentario individual en un Parlamento de grupos: la participación en la función legislativa", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 205-242.

⁷³ Se trata de orientarse por los programas, no de seguirlos a rajatabla, pues también eso sería contrario a la posibilidad de deliberar y de atender a las circunstancias particulares que se van presentando. Manin, Bernard, *op. cit.*, pp. 213 y 221.

⁷⁴ Vega, Pedro de, "Significado constitucional de la representación política", cit., pp. 35-37; Manin, Bernard, *op. cit.*, p. 196.

través de la disciplina partidaria someten al parlamentario individual a los designios del partido y no a los programas electorales.⁷⁵

Por su parte, el derecho del representante a ser tratado de manera igual deriva del derecho que tienen sus representados a ser tratados de esa forma.⁷⁶ La igualdad se debe reflejar tanto en la ley como en su aplicación y proyectarse sobre las relaciones entre mayorías y minorías, pudiendo implicar tanto deberes negativos como acciones positivas.⁷⁷

V. CONCLUSIÓN

La utilidad de conocer las concepciones de la democracia rebasa por mucho la objeción contramayoritaria que se ha hecho a la potestad del poder judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Como he buscado demostrar, algunos de los casos resueltos cotidianamente por la Suprema Corte se sustentan en una u otra concepción democrática, ya sea que se haga o no explícita en las sentencias. En mi opinión, es importante que los jueces debatan abiertamente sobre su concepción de la democracia, algo que es poco habitual. Esto es así por dos razones: por un lado, dado el enfoque prevaleciente de los jueces constitucionales de pensar todos los temas en términos de derechos individuales,⁷⁸ dejando de lado las implicaciones para el sistema democrático y, por el otro, un debate abierto nos permite saber qué entienden los jueces por democracia, dándole sentido a una de las funciones principales que se le ha atribuido a la justicia constitucional, como es su defensa.⁷⁹

⁷⁵ *Idem*. Sobre la disciplina partidaria véase también Post, Robert, *op. cit.*, p. 24.

⁷⁶ Waldron, Jeremy, "Principles of legislation", *cit.*, p. 30.

⁷⁷ García Roca, Javier, *op. cit.*, pp. 335, 343 y 345.

⁷⁸ Issacharoff, Samuel y Pildes, Richard H., *op. cit.*, p. 648.

⁷⁹ Barak, Aharon, *The judge in democracy*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2006.