Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

XI

UN SISTEMA DEMOCRÁTICO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Horacio SPECTOR*

SUMARIO: I. *El problema del control judicial de constitucionalidad.* II. *El control de constitucionalidad como un derecho dialógico.* III. *El jurado constitucional.* IV. *Conclusiones.*

I. EL PROBLEMA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Podemos considerar al control judicial de constitucionalidad como un modo de restringir el poder de las mayorías al darles a las minorías el poder de impedir o demorar un cambio legislativo, o como una violación al principio una persona-un voto (es decir, igual libertad política) al darles a los miembros de una corte o tribunal constitucional un voto súper calificado para resolver cuestiones constitucionales. En cualquier caso, el control constitucional no-democrático es una institución desconcertante. En un trabajo anterior he sostenido que el mejor argumento a favor del control judicial no es instrumental, sino procedimental, sobre la base de las ideas de derechos y poderes morales.[1] En este trabajo voy a volver sólo sucintamente a mi argumento anterior, pues mi objetivo central es mostrar una nueva posibilidad institucional de establecer el control de constitucionalidad que, sorprendentemente, ha pasado inadvertida en los debates recientes. En efecto, voy a argumentar

* El capítulo X es una versión ligeramente revisada del artículo que fue publicado en la *Revista Argentina de Teoría Jurídica* (2003). Traducción de Catalina Pastoriza.

[1] Horacio Spector, "Judicial Review, Rights, and Democracy", *Law and Philosophy*, vol. 22, 2003, pp. 285-334. Gran parte de la postura que presenté ahí está expuesta como el "right-to-a-hearing conception of judicial review" en Yuval Eylon y Alon Harel, "The Right to Judicial Review", *Virginia Law Review*, vol. 92, 991-1022 (véase además, el capítulo de Alon Harel y Tsvi Kahana, en este volumen)

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

que un sistema *híbrido* o *bimodal* que mantenga el régimen de revisión judicial (concentrado o difuso, abstracto o concreto) existente contemporáneamente en una mayoría de países, pero que al mismo tiempo incluya un mecanismo democrático de control constitucional es preferible a un sistema judicial puro en el que control de constitucionalidad está exclusivamente en manos de un órgano no democrático.

El control constitucional es un asunto complejo porque abarca disputas de diferentes tipos. Hay dos tipos básicos de disputas constitucionales: *disputas sobre poderes* y *disputas sobre derechos* (Fig. 1). Las disputas sobre poderes incluyen disputas verticales y horizontales. Las disputas verticales pueden surgir en las repúblicas federales donde las diferentes competencias son asignadas al gobierno federal y/o a los gobiernos locales. Gran parte del control judicial en los Estados Unidos está relacionado con las disputas verticales.[2] Las disputas horizontales (*Organstreit*) son conflictos entre departamentos u órganos que se encuentran en el mismo nivel de gobierno y reclaman por los mismos poderes exclusivos; por ejemplo, los conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.[3] Las disputas sobre derechos involucran demandas de los titulares de derechos hacia el gobierno. Es útil diferenciar dos subtipos de disputas sobre derechos de acuerdo con la diferente función que le corresponde al derecho. En la teoría constitucional contemporánea se encuentra generalmente aceptado que los derechos protegen a los ciudadanos pertenecientes a grupos o categorías minoritarias de las decisiones adoptadas por las mayorías ordinarias. Las políticas adoptadas por las mayorías en el poder pueden violar los derechos de las minorías que carecen de influencia política suficiente. Dado que las instituciones democráticas generalmente son incapaces de contrarrestar las preferencias mayoritarias, se considera que los derechos adjudicados y ejecutados por jueces no-electos cumplen el necesario rol de contrarrestar las preferencias mayoritarias, aunque su efectividad práctica continua siendo un asunto empírico controversial. Sin embargo, las disputas sobre derechos pueden ser de otra clase. A veces los derechos protegen a los ciudadanos, incluso a los que pertenecen a grupos o categorías mayoritarias, de la toma de decisiones representativa. Estas disputas surgen cuando un gobierno representativo viola los derechos de los ciudadanos de distintos grupos, incluso los de los grupos mayoritarios. Dado que los fracasos gubernamentales pueden perjudicar a la representación en distintos grados, incluso al punto que grupos de interés bien orga-

[2] Martin Shapiro, "Juridicalization of Politics in the United States", *International Political Science Review*, vol. 15, núm. 2, 1993, pp. 101-112.

[3] Ver: Pasquale Pasquino, "Neutral Power in Constitucional Democracy", inédito.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

nizados o elites privilegiadas pueden distorsionar seriamente la representación democrática, los derechos también son necesarios para contrarrestar esos fracasos y rectificar la toma de decisiones representativa. Más que un problema de mayoría/minorías, las disputas que derivan de una toma de decisiones representativa indiferente a los intereses de los electores involucran un típico problema principal-agente. En estas disputas, los derechos protegen los intereses del principal, es decir, el pueblo. Por lo tanto, no es el carácter democrático de estas decisiones lo que causa estas disputas, sino su carácter no-democrático.

CLASIFICACIÓN DE DISPUTAS CONSTITUCIONALES
1. *Disputas sobre poderes*
a. Conflictos verticales (federalismo)
b. Conflictos horizontales (división de poderes)
2. *Disputas sobre derechos*
a. Reclamos de minorías hacia las mayorías
b. Reclamos de ciudadanos hacia sus representantes

Fig. 1: Clasificación de disputas constitucionales

En este trabajo, sostengo que los ciudadanos deberían tener el *derecho opcional* a que sus reclamos relacionados con derechos sean resueltos por un *jurado constitucional*. Al igual que una corte constitucional, un jurado constitucional puede decidir cuestiones de interpretación constitucional. Muestro que las credenciales democráticas de los jurados constitucionales derivan del antiguo *graphe paranom* y su semejanza con el tipo de anulación de jurado defendida por Thomas Hobbes y Lysander Spooner. El jurado constitucional respeta tanto a los derechos morales procedimentales como la igual libertad política. Concedo que en las disputas sobre derechos del tipo a (por ejemplo, disputas sobre los derechos de los homosexuales) un jurado constitucional puede ser inefectivo, dependiendo de los sentimientos mayoritarios existentes, y que una institución no-mayoritaria sigue siendo una alternativa viable. Sin embargo, sostengo que un jurado constitucional es la institución más efectiva para proteger los derechos en la disputas del tipo b, en particular en países donde los jueces son deferentes a los representantes políticos, o en los casos en que los jueces y los representantes tienen intereses

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

y preocupaciones compartidas. Asimismo, un jurado constitucional es una opción útil cuando los ciudadanos tienen que defender sus derechos frente a grupos corporativos que pueden ejercer influencia sobre la judicatura, de una u otra forma.

Como en mi propuesta los ciudadanos tienen una opción y no una obligación de recurrir a un jurado constitucional, ellos usarán tal opción cuando anticipen que el beneficio esperado del jurado, en términos de la protección de sus derechos constitucionales, es mayor al beneficio esperado de un tribunal. Por consiguiente, no es necesario que una reforma constitucional restrinja el derecho opcional a convocar a un jurado constitucional a un tipo particular de disputas. Antes bien, sería conveniente que la opción sea otorgada en forma general con el fin de que la discrecionalidad en la determinación de si un caso pertenece al tipo especificado no termine desnaturalizando todo el sentido de la institución.

II. El control de constitucionalidad como un derecho dialógico

Además de su contenido sustantivo, los derechos morales incluyen derechos procedimentales dentro de una comunidad deliberativa. En efecto, el titular de un derecho tiene el poder moral de reclamar por el respeto de sus derechos y quejarse por su violación. La idea de poder en este contexto significa que si el titular del derecho realiza un reclamo o una demanda, él está realizando un reclamo válido o una demanda válida, de lo que se siguen ciertas consecuencias morales. Es decir, si alguien defiende sus derechos por medio de un reclamo válido, esto implica que tiene el derecho de participar en una práctica institucional que atienda el agravio y otorgue una respuesta razonada e imparcial.

Los derechos morales incluyen esencialmente poderes morales para expresar agravios y esto se conecta con la idea de dignidad humana. En ese sentido, Joel Feinberg sostiene que "tener derechos nos permite 'ponernos de pie como hombres', de ver a los otros a los ojos y sentirnos de alguna manera fundamental a la par de cualquiera".[4] Como es obvio, hay una semejanza notable entre el ideal de los titulares de los derechos poseyendo poderes para expresar agravios y el ideal republicano de libertad. En efecto, Philip Pettit sostiene que la no-dominación requiere que se reconozca

[4] Joel Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, Princeton, Princeton University Press, 1980, p. 151

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

a los ciudadanos el poder de impugnar medidas colectivas.[5] Dado que la tradición republicana inglesa influenció al constitucionalismo americano hay una superposición conceptual entre la libertad republicana y el poder del pueblo de cuestionar ejercicios arbitrarios de poder. De hecho, las declaraciones de derechos consagran típicamente inmunidades hohfeldianas asociadas a unos poderes jurídicos para cuestionar ejercicios de poder arbitrarios del legislativo.

Los poderes morales incluidos en la dimensión procedimental de los derechos morales tienen dos facetas: una *faceta de reclamo* y una *faceta de respuesta*. En primer lugar, los derechos morales les dan a los individuos el poder de expresar sus reclamos y demandas sobre violaciones de derechos. La expresión de agravios tiene dos características: los titulares de derecho deben expresar sus reclamos (a) de buena fe y (b) mediante su propia voz. Rawls correctamente dice que "un reclamo es una protesta dirigida a otros de buena fe".[6] La buena fe implica que el reclamante suscribe él mismo el principio universal en cuya virtud hace el reclamo. Por ejemplo, las protestas estratégicamente dirigidas para obtener beneficios económicos o ganar poder político deben ser excluidas. La "condición mediante su propia voz" significa que la representación política en el legislativo no agota los poderes contenidos en los derechos morales, dado que esos poderes otorgan a los individuos la capacidad de expresar sus agravios de modo personal, sin el riesgo de partidismo y distorsiones asociados con la representación parlamentaria. Puesto que el poder de expresar agravios implica el derecho de participación directa y personal, puede ser visto como un mecanismo populista dentro de un contexto democrático que es en líneas generales representativo.

En segundo lugar, cuando los titulares de derecho denuncian que sus derechos han sido violados les corresponde recibir una respuesta razonada e imparcial. Esto es, los derechos morales imponen sobre otros el deber de dar una respuesta. Esta respuesta tiene dos aspectos diferentes: *discursivo* y *conductual*. Desde un punto de vista discursivo, el procedimiento moral para emitir una sentencia sobre violaciones de derechos debe asegurar una respuesta razonada e imparcial. El procedimiento para dar una respuesta debe contemplar todos los argumentos morales ofrecidos por el titular del derecho y debe estar basado en razones morales. Por supuesto, los argumentos y razones morales están basados en principios universales que pueden

[5] Philip Pettit, *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 160-167.

[6] John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999, p. 190.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

ser razonablemente aceptados por todos. La imparcialidad asegura que el árbitro debe tratar al demandante y al supuesto violador en igualdad de condiciones, es decir, sobre la base de principios universales aceptables por todos. Desde un punto de vista conductual, la respuesta debe ser capaz de rectificar la violación. En suma, cuando los individuos defienden sus derechos reclamando por las violaciones, ellos activan un procedimiento en el que pueden participar de modo directo y sin intermediación, y que eventualmente debe resultar en una decisión fundada en razones imparciales.

¿Cuál es la relación entre los poderes morales de expresar agravios y el procedimiento judicial? El vínculo entre derechos procedimentales y procedimientos institucionales no es ni lógico ni instrumental. No es lógico porque los derechos morales no pueden implicar derechos jurídicos, aunque sólo sea porque los derechos jurídicos presuponen el funcionamiento de agencias públicas como los tribunales. No es instrumental porque los derechos procedimentales no están destinados a alcanzar ciertos resultados particulares, al margen de la existencia de procedimientos que respeten esos derechos. La mejor forma de pensar el vínculo entre los derechos procedimentales y los procedimientos judiciales es mediante conceptos no formales como encarnación o incorporación.[7] Por ejemplo, uno puede pensar que el proceso judicial, por sus rasgos deliberativos, incorpora derechos procedimentales dialógicos de manera tal que el tribunal constitucional es el lugar adecuado para respetar los poderes morales asociados a esos derechos. El punto fundamental es que los derechos procedimentales morales están para ser implementados al incorporarlos dentro de los procedimientos legales. Al contrario de los derechos morales sustantivos, los derechos morales procedimentales no tienen un criterio de justicia sustantivo o relacionado con cierto resultado que vaya más allá de la realización de los procedimientos relevantes. Por ejemplo, el derecho procedimental de X a un debido proceso no significa que X deba obtener otra cosa que no sea el ejercicio efectivo de las reglas del debido proceso. En el lenguaje de Rawls, los derechos procedimentales constituyen un sistema de *justicia procedimental pura* porque no hay ningún estándar independiente para elegir un resultado correcto.[8] Por lo tanto, la encarnación o incorporación institucional es el único modo concebible de implementación que estos derechos permiten.

[7] Rawls utiliza la misma noción cuando sostiene que la justicia como equidad, contrario al utilitarismo, "incorpora los ideales de justicia, como es comúnmente entendida, de modo más directo en sus primeros principios", *ibid*, 138.

[8] *Ibid*, 75.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Los derechos morales fijados en la constitución incluyen los poderes morales de expresar agravios en contra de partes privadas o agencias del gobierno que presuntamente violaron esos derechos. El ejercicio de buena fe de estos poderes morales impone sobre los presuntos transgresores, razonablemente, el deber de responder al titular del derecho. Una vez que uno acepta que los derechos morales incluyen tales derechos procedimentales, es razonable establecer un arreglo institucional que permita a los titulares de derechos expresar sus agravios mediante su propia voz, y que les asegure una respuesta deliberada e imparcial. El control judicial por un tribunal colegiado incorpora adecuadamente estos derechos procedimentales porque el demandante tiene el derecho procedimental a presentar su caso ante el tribunal, y el tribunal está obligado a escuchar su caso y llegar a una decisión de modo imparcial y deliberativo. Sin embargo, una cosa es decir que el control por un tribunal colegiado incorpora adecuadamente estos derechos procedimentales, y otra cosa muy distinta es decir que éste es el único arreglo posible para encarnar aquellos derechos. No es el único arreglo posible, y hay razones para explorar alternativas porque, como ya he dicho, el control constitucional es perjudicial a la igual libertad política, aún si las restricciones que impone a la regla de la mayoría son formalmente aplicadas a todos por igual. En la próxima sección voy a explorar un modo alternativo de incorporar los derechos morales procedimentales comprendidos en los derechos constitucionales sustantivos.

III. El jurado constitucional

El jurado constitucional está inspirado en el *graphe paranom*, y el *graphe nomon me epitedeion theinai*, que eran dos tipos de demandas judiciales públicas establecidas en Atenas para cuestionar, respectivamente, decretos recientes o leyes propuestas como *paranomos* ("contrarios a la ley") ante un tribunal del pueblo (jurado).[9] Estos procedimientos, que debían ser iniciados por ciudadanos particulares, estaban destinados a proteger a los ciudadanos de sus propios exabruptos de pasión y, por lo tanto, destinados a estabilizar la democracia popular ateniense.[10] Aunque en sentido estricto el cuestionamiento era uno de ilegalidad, Mogens Hansen sostiene que las acciones eran por violaciones de

[9] Mogens Herman Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, *Structure, Principles, and Ideology*, tr. J. A. Crook, Norman, University of Oklahoma Press, 1999, pp. 205-212. See also: Adriaan Lanni, "Judicial Review and the Athenian Constitution", en Mogens Hansen (ed.), *Demokratia—Ancient and Modern* (Entretiens sur l' Antiquité Classique LVI, Fondation Hardt, Vandoeuvres-Genève, 2010).

[10] Jon Elster, *Ulysses Unbound*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 125-129

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

principios constitucionales procedimentales – por ejemplo, del principio según el cual ninguna ley nueva puede contradecir una ley vigente sin una derogación explícita previa o simultánea. Mientras que las audiencias del tribunal del pueblo eran públicas, la votación era mediante urnas (secreta) y el debate era dirigido de acuerdo con un método de *marco argumentativo limitado*. Los argumentos a ser considerados estaban limitados a aquellos propuestos por las dos partes: el acusador (cualquier ciudadano) y el acusado (el ciudadano que propuso la ley cuestionada).[11] Así, los miembros del jurado ateniense no participaban en una deliberación colectiva, multilateral, y no hacían públicos ni sus razonamientos ni sus votos individuales. El veredicto era obviamente público. En Atenas, el típico *graphe paranom* tenía 501 miembros.[12]

El *Common Law* ha utilizado al jurado como un sistema para resolver disputas criminales y civiles. Aunque en la visión tradicional el jurado sólo establece cuestiones de hechos, y no de derecho, una concepción democrática de los jurados los concibe como organismos que pueden decidir también sobre cuestiones de derecho. Por ejemplo, Hobbes dice que: "De igual manera, en los juicios ordinarios de derechos, doce hombres del pueblo común son los jueces y dictan sentencia, no sólo de los hechos, sino también del derecho."[13] Según Edward Andrew, "Hobbes compartía la confianza de los Niveladores (*Levellers*) en la conciencia del hombre común- desde el momento en que la conciencia estaba institucionalizada dentro del derecho como parte del juicio por jurado- y desconfiaba de las razones artificiales de los jueces del common law."[14] Lysander Spooner también defendía la doctrina de anulación de jurado (*jury nullification*), que les da a los miembros del jurado el poder de rehusarse a aplicar una ley que consideran ilegítima. En esta visión, los jurados también deben atender cuestiones de derecho. De hecho, Spooner proclamó enfáticamente: "Por más de seiscientos años- esto es, desde la Carta Magna en 1215- no ha habido un principio más claro del derecho constitucional inglés o americano que aquel según el cual en los casos penales, no es sólo el derecho y deber de los jurados juzgar cuáles son los hechos, cuál es el derecho, y cuál fue la intención moral del acusado; *sino que ese es su derecho, y su deber primordial y fundamental, el de juzgar la justicia del derecho, y tener por inválidas todas las leyes que, en su opinión, sean injustas u opresivas,*

[11] Hansen, *op. cit.*, 209.

[12] *Ibid.*, 237.

[13] Thomas Hobbes, *Leviathan*, R. Tuck (ed), Cambridge Cambridge University Press, 1996, p. 195.

[14] Edward G. Andrew, "Hobbes on Conscience Within the Law and Without", *Canandian Journal of Political Science*, vol. 22, 1999, p. 208.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

y como inocentes a todas las personas que violen o resistan la ejecución de tales leyes."[15] Mientras Hobbes valoraba al jurado porque encarnaba la conciencia del hombre común dentro del derecho, en lugar de la razón artificial, Spooner lo elogiaba por su rol en resistir la opresión del gobierno. Notablemente, el constitucionalismo americano contemporáneo, incluso en sus variantes populistas, omite considerar la significativa función que un jurado de ciudadanos podría cumplir en el control de constitucionalidad. Para mi asombro, un jurado constitucional no había sido propuesto en los tiempos modernos.[16] Sin embargo, la práctica real de los jurados muchas veces se asemeja a esta idea. De hecho, algunos jurados han anulado leyes sobre la base de su inconstitucionalidad. Tanto los jurados del siglo diecisiete en Inglaterra, como los del siglo dieciocho en los Estados Unidos, han absuelto a revolucionarios autores de libelos sediciosos, actuando de este modo como bastiones de las libertades civiles. Para dar un ejemplo reciente, en Canadá un jurado anuló las instrucciones judiciales que indicaban que los médicos que establecieron una clínica para realizar abortos eran culpables de conspiración, y la absolución fue confirmada por la Corte Suprema de Canadá.[17] Estos ejemplos muestran que la idea de un jurado constitucional se acerca mucho a la práctica histórica y contemporánea.

Un jurado constitucional se encarga de controlar la constitucionalidad de las leyes dictadas por el legislativo. Más específicamente, el jurado constitucional controlaría si las leyes respetan los derechos constitucionales, y derogaría aquellas leyes que no satisfagan el test basado en derechos. En la medida que los titulares de derechos sean capaces de expresar sus agravios y presentar sus argumentos frente a los miembros del jurado, la faceta de reclamo de los poderes morales asociados con derechos va a ser adecuadamente realizada. Así como la anulación de los jurados anula las normas legales que los miembros del jurado consideran injustas o ilegitimas, la anulación por parte de los jurados constitucionales anularía leyes que los miem-

[15] Lysander Spooner, "Trial by Jury", en GH Smith (ed), *The Lysander Spooner Reader*, San Francisco, Fox and Wilkes, 1992, p. 121. Eric Mack llamó mi atención sobre este ensayo.

[16] Inicialmente yo había propuesto el jurado constitucional como un experimento teórico para enfrentar la crítica contramayoritaria. Más tarde, cuando advertí que la propuesta podía ser implementada prácticamente, la defendí para su consideración pública en una revista europea. Ver: Spector, "Judicial Review, Rights, Democracy", op. cit., pp. 331-333; "The Right to a Constitutional Jury", *Legisprudence* III/1 (edición especial), 2009. Eric Ghosh analizó mi idea en el siguiente trabajo: Eric Ghosh, "Deliberative Democracy and the Countermajoritarian Difficulty: Considering Constitutional Juries", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, núm. 2, 2010.

[17] *R v Morgentaler,* [1988] 1 SCR 30.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

bros del jurado consideran contrarias a la Constitución. Como es habitual, la nulidad procedería caso por caso. Asumo que los jurados, al igual que los tribunales en el modelo americano, operan en casos particulares.

Es importante notar que los jurados constitucionales no deberían tener un monopolio en las decisiones constitucionales. El sistema de control judicial estándar debería continuar, dada su función fundamental en proteger los derechos de las minorías frente a las decisiones de las mayorías en el poder (disputas constitucionales del tipo a). En consecuencia, el jurado constitucional debería ser establecido como un *derecho opcional* para cuando el demandante no confía en la corte suprema o en el tribunal constitucional por su supuesta lealtad al poder político.

En lo que queda de este trabajo voy a discutir cuatros aspectos de la propuesta de establecer jurados constitucionales. Imagino un escenario en el que los jurados constitucionales funcionan junto con la suprema corte o tribunal constitucional para lograr una interpretación constitucional imparcial. Específicamente, voy a concentrarme en las siguientes preguntas sobre los jurados constitucionales: (a) si estos organismos pueden funcionar en la práctica, (b) si su ejercicio es consistente con la igual libertad política, (c) si pueden otorgar una respuesta imparcial, y (d) si pueden otorgar una respuesta razonada. Mi respuesta a todas estas preguntas va a ser afirmativa.

1. *Los jurados constitucionales pueden funcionar en la práctica*

Me apresuro a decir que no estoy pensando en un jurado de 12 miembros, sino en uno compuesto por un mayor número de miembros, digamos más de 500 miembros, para aumentar la probabilidad de que los miembros del jurado representen una gran diversidad de puntos de vista en toda la comunidad política. ¿Son los jurados grandes instituciones factibles? Funcionaron bien en la antigua Atenas y en los últimos años hemos visto experiencias similares a los grandes jurados en Canadá. De hecho, las provincias de la Columbia Británica y Ontario han organizado asambleas ciudadanas que funcionaron para estudiar los sistemas electorales y para presentar propuestas de reformas electorales. Los miembros de estas asambleas fueron elegidos al azar en cada distrito electoral, procurando mantener una distribución igualitaria entre mujeres y hombres.[18] Mientras que la asamblea de

[18] La información sobre las dos Asambleas Ciudadanas canadienses puede ser encontrada en: www.citizenassembly.bc.ca/public y en www.citizenassembly.gov.on.ca (última vez visitado el 4 de marzo del 2000). Estoy agradecido con Jason Clemens por haberme advertido

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Columbia Británica tenía 160 miembros, la asamblea de Ontario tenía 103 miembros. Ambas asambleas, por lo demás, incluían un número mínimo de ciudadanos aborígenes. Las asambleas estudiaron distintos sistemas electorales, realizaron audiencias públicas, y escribieron dos informes detallados. A pesar de que las dos recomendaciones fueron finalmente rechazadas por referéndum, la experiencia de las asambleas ciudadanas canadienses muestra que grandes organismos de ciudadanos elegidos al azar pueden ser organizados y puestos en práctica, y que estos organismos pueden discutir y decidir seriamente sobre cuestiones normativas complejas, como la elección de un sistema electoral para su distrito.

2. *Los jurados constitucionales respetan plenamente la igual libertad política*

Los críticos del control judicial generalmente argumentan que viola la igual libertad política. Ellos están en lo cierto. Sin embargo, generalmente ignoran que la democracia representativa *no* es un régimen de igualdad política. Como dijo Montesquieu, "el sufragio por *sorteo* está en la naturaleza de la democracia; el sufragio por *elección* en la naturaleza de la aristocracia"[19] En la democracia ateniense varias responsabilidades públicas y judiciales eran asignadas a través de sorteos. La selección mediante sorteos asegura una igualdad completa de oportunidades políticas para trabajar en el poder y tomar decisiones políticas.[20] Por lo tanto, como claramente muestra el caso del *graphe paranom*, los jurados constitucionales satisfacen por completo el ideal de igual libertad política en relación con derechos procedimentales morales. De hecho, los ciudadanos tienen una oportunidad matemáticamente idéntica de participar directamente, sin representantes, en el procedimiento de decisión que va a establecer la interpretación constitucional. La selección de miembros del jurado al azar asegura que todos los ciudadanos tengan igual oportunidad de formar parte de la decisión constitucional, sin los sesgos que afectan a un sistema de jueces designados.

---

en el año 2000 sobre esta experiencia deliberativa. Ver también: Mark E. Warren y Hilary Pearse (comps.), *Designing Deliberative Democracy: The British Columbia Citizens' Assembly* (New York: Cambridge University Press, 2008).

[19] Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, Bk. 2, Chap 2, 13.

[20] Bernard Manin, *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, 1997, pp. 38-41

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

3. *Los jurados constitucionales pueden otorgar respuestas imparciales*

Es una crítica común al sistema de control judicial la de que no puede cumplir con el principio de imparcialidad porque cinco, nueve o una docena de magistrados provenientes de la elite jurídica difícilmente van a representar los puntos de vista de todo el electorado. Algunos han propuesto mejorar el sistema asegurando que el personal judicial represente a los grupos étnicos o ideológicos prevalecientes en la comunidad política. Creo que todas estas propuestas representan meros remiendos. Ellas no resuelven el verdadero problema, porque el marco institucional constriñe severamente las opciones disponibles. Por el contrario, parece obvio que 500 miembros del jurado seleccionados al azar pueden ser *más representativos* de la variedad de puntos de vista en la comunidad política que un puñado de jueces designados. Es probable que el jurado constitucional sea más imparcial que un tribunal constitucional. A diferencia del control judicial de constitucionalidad, que establece una diferencia antidemocrática entre los jueces y los ciudadanos comunes en relación con la interpretación de la constitución del pueblo, el sistema de jurado constitucional asigna la función de interpretar la constitución del pueblo al pueblo. En particular, los jurados constitucionales parecen especialmente aptos para tratar transgresiones de derechos que los miembros de la elite judicial raramente deben sobrellevar, y, por lo tanto, no están preparados para tener en cuenta o entender del todo. Por ejemplo, si la mayoría de los jueces son hombres, y el tribunal debe decidir sobre el derecho al aborto, una demandante femenina puede creer razonablemente que un jurado constitucional con igual representación de género puede darle una respuesta más imparcial porque los miembros femeninos del jurado (al menos donde la intolerancia no se encuentre extendida) van a simpatizar más fácilmente con su difícil situación que los jueces.

4. *Los jurados constitucionales pueden otorgar respuestas razonadas*

En la visión que presenté más arriba el tribunal constitucional debe dar una respuesta razonada a los titulares de derecho cuando presentan una demanda de violación de derechos. Dado que los tribunales superiores constitucionales son generalmente tribunales colegiados, la posibilidad de una respuesta razonada se ve afectada por un dilema en la suma de las senten-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

cias llamada la *paradoja doctrinal/discursiva*.[21] El problema es que la votación basada en las premisas y la votación basada en la conclusión pueden generar resultados contradictorios. Los tribunales colegiados típicamente evitan este problema al llegar a un consenso superpuesto en los fundamentos de la decisión que consigue el apoyo mayoritario. Ahora los jurados no tienen el problema de la suma de sentencias porque emiten veredictos que no expresan fundamentos. Sin embargo, yo creo que, a diferencia del *graphe paranom*, un jurado constitucional de tipo deliberativo debería dar respuestas razonadas a los demandantes. En lugar de veredictos, el jurado constitucional debería emitir *sentencias razonadas*. Ahora bien, ¿cómo puede un organismo tan numeroso producir el tipo de decisiones razonadas que caracteriza a los pequeños tribunales colegiados? ¿Cómo puede tal organismo evitar la paradoja doctrinal/discursiva *cuando deben enfrentar altos costos de deliberación*? La respuesta a estas preguntas es ver a las sentencias como un razonamiento o argumento, y no meramente como una decisión.[22] Un argumento es un conjunto de proposiciones que incluye tanto las premisas como la conclusión. De acuerdo con el modo estándar de razonamiento judicial, las premisas del razonamiento constitucional deben incluir afirmaciones constitucionales, afirmaciones interpretativas, y afirmaciones sobre hechos. La relación entre los fundamentos y la conclusión debería ser deductiva. El jurado debería formar un pequeño comité (compuesto de, digamos, 30 miembros) que estaría a cargo de proponer distintas sentencias borradores que resuelvan la disputa. Otros argumentos propuestos podrían también ser presentados en la sesión plenaria del juzgado. La votación del jurado no debería ser un procedimiento escalonado, ni aplicado a cada premisa ni aplicado a la de-

[21] Esta paradoja fue descubierta por Roberto Vacca en 1921 y redescubierta en 1986 por Lewis Kornhauser y Larry Sager: Roberto Vacca, "Opinioni individuali e Deliberazioni collettive" en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 1, 1921, pp. 52-9; Lewis A. Kornhauser y Lawrence G. Sager, "Unpacking the Court" en *Yale Law Journal*, vol. 96, 1986, pp. 82-117; Lewis A. Kornhauser y Lawrence G. Sager, "The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts" en *California Law Review*, vol. 81, 1993, pp. 1-51. Geoff Brennan y Philip Pettit han llamado a la paradoja "dilema discursivo"; ver Philip Pettit, "Deliberative Democracy and the Discursive Dilemma", *Philosophical Issues*, vol. 11, 2001, pp. 268-99; Geoffrey Brennan, "Collective Coherence?" en *International Review of Law and Economics*, vol. 21, 1998, pp. 197-211. Ver también: Bruce Chapman, "More Easily Done than Said: Rules, Reason and Rational Social Choice", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, 1998, pp. 293-329; Christian List, "The Discursive Dilemma and Public Reason", *Ethics* vol. 116, 2006, pp. 362–402; Christian List and Philip Pettit, *Group Agency: The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents*, Oxford, Oxford University Press, 2011; Jon Elster, *Securities against Misrule, Juries, Assemblies, Elections*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

[22] Eugenio Bulygin, "Sentencia judicial y creación del derecho", *La Ley*, Tomo 124, 1966, pp. 1307-1315.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

cisión. Por el contrario, el jurado debería votar sobre todo el razonamiento. La pregunta es si el razonamiento es aprobado o rechazado. En un escenario típico de paradoja doctrinal o dilema discursivo, ningún razonamiento obtiene la mayoría y se evita la antinomia decisional meramente porque el resultado queda indeterminado. (En la práctica este procedimiento conduce a las mismas decisiones que la votación basada en las premisas si se presume la constitucionalidad de la ley o medida cuestionada en ausencia de una decisión contraria, mayoritaria o unánime, del tribunal colegiado.) Si un razonamiento es finalmente aprobado, se considera como la respuesta razonada del jurado constitucional.

IV. Conclusiones

Todos los derechos morales sustantivos reconocidos por las constituciones incluyen derechos morales procedimentales. Esos derechos procedimentales tienen dos dimensiones: una dimensión de reclamo y una dimensión de respuesta. Dentro de la dimensión de reclamo, incluyo el derecho a expresar agravios por violaciones de derechos y a presentar la demanda dentro de un arreglo institucional adecuado. Dentro de la dimensión de respuesta, incluyo el deber del destinatario de dar una respuesta imparcial y razonada al demandante. Dado que los derechos procedimentales constituyen un sistema de justicia procedimental puro, no hay ningún estándar de resultados deseados al que podamos hacer referencia para evaluar si las instituciones jurídicas existentes cumplen adecuadamente con los derechos procedimentales. Por lo tanto, no hay ninguna justificación instrumental posible del control judicial en términos de derechos morales procedimentales. Más bien, la evaluación de las prácticas constitucionales existentes en relación con los derechos morales procedimentales debe ser hecha desde el punto de vista de si esos derechos están adecuadamente incorporados o encarnados en esas prácticas. He argumentado que el control constitucional por un tribunal supremo o tribunal constitucional es un arreglo adecuado para incorporar esos derechos morales procedimentales. Sin embargo, también he dado a conocer mi inquietud en relación con el hecho de que los tribunales supremos y constitucionales no satisfacen la igual libertad política y además pueden presentar en la práctica disfunciones cuando son sensibles a las demandas del Estado que integran o cuando son susceptibles a las influencias de elites o grupos de interés particulares. Por esta razón he explorado un arreglo institucional híbrido o bimodal que permita incorporar los derechos morales procedimentales de una manera más satisfactoria. Este arreglo incluye un jurado constitucional como

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

alternativa institucional a disposición de los reclamantes por la violación de derechos constitucionales. Mientras que el jurado constitucional es una institución practicable y puede dar respuestas imparciales y razonadas al menos tan bien como sus contrapartes judiciales, sus mayores ventajas son que respeta más plenamente la igual libertad política y que ofrece a los ciudadanos una alternativa de defensa de sus derechos cuando la judicatura es deferente a los intereses del poder político o económico. En realidad, es difícil imaginar qué objeción podría plantear un demócrata a un arreglo institucional que fortalezca los derechos morales dialógicos asociados a los derechos constitucionales.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas