

CONRADO HÜBNER MENDES

**CORTES  
CONSTITUCIONALES  
Y DEMOCRACIA  
DELIBERATIVA**

Traducción de  
Diego Andrés González Medina

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

# ÍNDICE

<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	13
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	17
1. El imaginario de las Cortes Constitucionales.....	17
2. Aproximación metodológica: ganancias y pérdidas del nivel de abstracción medio .....	21
3. Hoja de ruta del argumento .....	26
<b>CAPÍTULO I. DELIBERACIÓN POLÍTICA Y TOMA DE DECISIONES COLECTIVAS</b> .....	31
1. Introducción .....	31
2. El marco conceptual de la deliberación política.....	33
3. Los valores de la deliberación política .....	39
4. Las promesas y los peligros de la deliberación política.....	42
5. Las circunstancias de la deliberación política .....	56
6. Los lugares de la deliberación política.....	63
7. Las aspiraciones realistas de la deliberación política .....	70
<b>CAPÍTULO II. DELIBERACIÓN POLÍTICA Y TOMA DE DECISIONES LEGALES</b> .....	75
1. Introducción .....	75
2. Deliberación y decisión judicial: ¿politización del Derecho?.....	76
3. Decisiones judiciales individuales y colectivas.....	84
4. Conclusión .....	94
<b>CAPÍTULO III. DELIBERACIÓN POLÍTICA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD</b> .....	95
1. Introducción .....	95
2. La singularidad del control de constitucionalidad .....	96
3. La concepción de las Cortes Constitucionales como instituciones deliberativas.....	106

3.1. Las Cortes Constitucionales como «guardianas» de la deliberación pública.....	109
3.2. Las Cortes Constitucionales como razonadoras públicas e interlocutores.....	111
3.3. Las Cortes Constitucionales como «deliberadoras»....	116
4. Conclusión.....	124
<b>CAPÍTULO IV. LA DELIBERACIÓN DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES.....</b>	<b>127</b>
1. Introducción.....	127
2. El modelo de tres niveles de la deliberación.....	129
3. El significado básico de la deliberación.....	131
3.1. Discusión pública.....	134
3.2. Compromiso colegiado.....	135
3.3. Decisión escrita deliberativa.....	136
4. Deliberación interna y externa: una reconfiguración.....	140
5. Prólogo a los siguientes capítulos.....	145
<b>CAPÍTULO V. LA ÉTICA DE LA DELIBERACIÓN POLÍTICA.....</b>	<b>149</b>
1. Introducción.....	149
2. La naturaleza de la ética de la deliberación.....	150
3. Fase predecisional y discusión pública.....	154
3.1. Curiosidad respetuosa.....	154
4. Fase decisional y el compromiso colegial.....	156
4.1. Colegialidad.....	156
4.2. Modestia cognitiva.....	162
4.3. Ambición cognitiva.....	162
4.4. Empatía.....	163
5. Fase posdecisional y las decisiones deliberativas escritas....	164
5.1. La capacidad de respuesta.....	165
5.2. Claridad.....	166
5.3. Sentido de falibilidad y provisionalidad.....	167
6. Conclusión.....	168
<b>CAPÍTULO VI. DISEÑO INSTITUCIONAL: AUMENTO DEL POTENCIAL DELIBERATIVO.....</b>	<b>171</b>
1. Introducción.....	171
2. Diseño institucional como facilitador de la deliberación.....	174
3. Dispositivos constitutivos.....	178
3.1. Ubicación institucional.....	178
3.2. Número de agentes que toman decisiones.....	180

3.3. Naturaleza de los agentes de toma de decisiones.....	182
3.4. Modo de nombramiento.....	186
3.5. Permanencia .....	188
4. Dispositivos predecisionales: promoción de la discusión pública y preparación del compromiso colegial.....	190
4.1. Selección de asuntos .....	190
4.2. Agenda de los asuntos.....	191
4.3. Carácter de los interlocutores.....	192
4.4. Modo de interacción entre los tomadores de decisiones y los interlocutores.....	193
5. Dispositivos decisionales: promoción del compromiso colectivo .....	195
5.1. Sesiones: entre públicas y secretas .....	195
5.2. Modo de interacción: oral y escrito, formal e informal.....	197
5.3. Decisión: entre unanimidad, mayoría simple y mayoría cualificada .....	198
6. Dispositivos posdecisionales: elaboración de decisiones deliberativas escritas .....	200
6.1. Exhibición pública de la división interna .....	200
6.2. Proceso de redacción de las decisiones .....	203
6.3. Comunicado .....	204
7. Conclusión .....	205
<b>CAPÍTULO VII. EL CONTEXTO LEGAL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD .....</b>	<b>207</b>
1. Introducción .....	207
2. Deliberando sobre la Constitución.....	208
2.1. La calidad moral del lenguaje constitucional.....	209
2.2. Profundidad histórica: precedentes.....	212
2.3. Coordinación intrajudicial.....	214
2.4. Deliberación de poderes.....	216
2.5. Repercusiones cosmopolitas .....	221
3. Respondiendo al Derecho: deliberación exotérica por medio de razones públicas.....	227
<b>CAPÍTULO VIII. LAS CIRCUNSTANCIAS POLÍTICAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD .....</b>	<b>229</b>
1. Introducción .....	229
2. Divisando estrategias políticas.....	231
2.1. Calendario: agenda y duración.....	232

2.2. Dimensión, profundidad y tono .....	234
2.3. Grado de cohesión.....	237
2.4. Cooperación de poderes.....	240
2.5. Opinión publica .....	241
3. Sobre los límites políticos: instinto político esotérico.....	243
4. Entre la prudencia y el coraje: una Corte deliberativa como acróbata .....	246
5. Conclusión.....	254
<b>CAPÍTULO IX. CONCLUSIONES.....</b>	<b>255</b>
No Cortes heroicas, no jueces heroicos .....	255
¿Qué hay de nuevo? .....	258
¿Qué sigue? .....	259
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>263</b>

## AGRADECIMIENTOS\*

Este libro contiene la tesis doctoral en Derecho constitucional que presenté en la Facultad de Derecho de la Universidad de Edimburgo. Su objeto es indagar en qué medida la deliberación colegiada impacta el proceso de toma de decisiones en las Cortes constitucionales. Con tal propósito se plantea que el proceso deliberativo proporciona una suerte de estándar contextual y empírico para evaluar el fundamento y la legitimidad democrática del control de constitucionalidad.

Tengo profunda gratitud con muchas personas e instituciones que durante años me apoyaron para la elaboración de este libro. Tuve el privilegio de trabajar con tres excepcionales supervisores. Neil MacCormick, quien falleció antes de que esta disertación estuviere finalizada, fue un verdadero modelo de virtudes académicas, entre las cuales resaltaban su apertura y curiosidad intelectuales, su muy ponderada calidad argumentativa y, sobre todo, su excepcional compañerismo y camaradería. Neil Walker, quien formuló profundas y creativas sugerencias a este trabajo con su inigualable capacidad para dimensionar los interrogantes y cuestionamientos en horizontes más amplios y evidenciar suposiciones e implicaciones de algunas premisas generalmente inadvertidas. Finalmente, Zenon Bankowski, quien siempre ha contribuido a resaltar conexiones y analogías entre mi investigación y profundas problemáticas éticas que probablemente aún permanezcan sin respuesta. Siempre les estaré agradecido por su amistad y tutoría colectiva.

Especial gratitud también extendiendo a otras tres personas que desempeñaron un rol fundamental en la elaboración y en el desarrollo de la estructura y los argumentos de este libro. Virgilio Afonso Da Silva, con quien sostuve un invaluable y constante diálogo y cuyo trabajo en Derecho constitucional y comentarios a mis artículos influenciaron la formulación y el desarrollo de mi disertación. Cláudio Michelon, quien compartió sus comentarios sobre varios de mis artículos y fue mi interlocutor más cercano durante mis años en Edimburgo. Fi-

---

\* La presente traducción se ha beneficiado de las contribuciones de Jenny Alejandra Jaramillo Lalton y Juana Valentina Ochoa Bernal.

nalmente, Mattias Kumm, quien ha sido un gran patrocinador de mis visitas de investigación a la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, al Wissenschaftszentrum Berlin (WZB) y a la Universidad Humboldt de Berlín.

Agradezco especialmente a Stephen Tierney y Gianluigi Palombella, integrantes del exigente panel de examen de mi disertación, por sus consejos siempre amigables sobre el trabajo adicional. También estoy agradecido con los revisores anónimos de la Oxford University Press, quienes presentaron sugerencias considerables e incisivas para la mejoría de este trabajo.

Por las muy útiles y amigables conversaciones en momentos y lugares diferentes, en formas que no puedo expresar y reconocer de manera cabal en este breve espacio, también me gustaría agradecer a Álvaro de Vita, Barry Friedman, Carlos Ari Sundfeld, Cícero Araújo, Cormac MacAmlaigh, Daniel Augenstein, Daniel Bonilla, David Garland, Diego López, Dieter Grimm, Dimitri Dimoulis, Diogo Coutinho, Edras Costa, Fernando Atria, Fernando Limongi, Grainne De Burca, Fred Zaumseil, Guilherme Leite Gonçalves, Henk Botha, Jean Paul Veiga da Rocha, Joxerramon Bengoetxea, John Ferejohn, José Garcez Ghirardi, José Rodrigo Rodríguez, Juan González Bertomeu, Lewis Kornhauser, Marcos Paulo Verissimo, María Paula Saffon, Matthew Taylor, Niamh Nic Shuibhne, Octavio Motta Ferraz, Oscar Vilhena Vieira, Pasquale Pasquino, Paula Gaido, Rafael Bellem, Richard Stewart, Roberto Gargarella, Roni Mann, Siri Gloppe, Theunis Roux, y Vlad Perju. Un especial agradecimiento también a Wil Waluchow, sus estudiantes y los otros integrantes del estu-  
pendo seminario de graduación del Departamento de Filosofía de la Universidad McMaster.

Por el apoyo institucional durante la investigación doctoral, agradezco a la Universidad de Edimburgo y al Ministerio de Educación de Brasil [Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)] por las becas de doctorado que me fueron concedidas. Por el apoyo para el desarrollo y la finalización de la etapa posdoctoral, también agradezco a la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, dado el otorgamiento de la beca de investigación Hauser, y al Instituto de Estudios Avanzados en Humanidades de Edimburgo. También doy las gracias al Consejo de Investigación de Noruega por concederme la beca de investigación posdoctoral Yggdrasil, que hizo posible la visita de investigación al Instituto Cristiano Michelsen en Bergen, y a la Fundación Alexander von Humboldt por concederme la beca de investigación posdoctoral Georg Foster en Wissenschaftszentrum Berlín (WZB) y en la Universidad Humboldt de Berlín.

Finalmente, expreso mis agradecimientos a mis colegas de doctorado, quienes propiciaron un ambiente activo de investigación en la Facultad de Derecho. A Francisco Saffie le debo un afectuoso agrade-

cimiento por su compromiso entusiasta con cada idea que le describí y por su lectura meticulosa e inteligente. Agradezco también a Maksymilian Del Mar, Oche Onazi, Haris Psarras, Katri Löhmus y Danielle Rached por nuestras agradables conversaciones en el grupo de investigación de teoría jurídica. Su compañerismo contribuyó a que la experiencia de doctorado resultara mucho más placentera de lo que hubiera podido ser.

Conrado HÜBNER MENDES



# INTRODUCCIÓN

## 1. EL IMAGINARIO DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES

La cultura política contemporánea de las democracias tiene su propio imaginario acerca de los jueces y las Cortes. Las metáforas que componen dicho imaginario no coinciden con las de otros servidores públicos: raramente la representación de los jueces es mundana. Mientras que los legisladores están encargados de la muy humana tarea de representar intereses y negociar acuerdos en nombre del autogobierno colectivo, los jueces cargan sobre sus hombros una idea política más misteriosa, esto es, «*rule of law, not of men*». Tal representación está aún más presente y se torna incluso hiperbólica tratándose de las Cortes Constitucionales: al estar a cargo de garantizar la supremacía constitucional y de la revisión última de la constitucionalidad de las decisiones políticas ordinarias, las Cortes Constitucionales son vistas como el bastión de los derechos y las guardianas en contra de los peligros de la opresión de la mayoría. Contra la desconfianza en la política electoral, las Cortes Constitucionales se han convertido en vedetes dentro de algunos círculos y movimientos de liberación o luchas de emancipación<sup>1</sup>. Este rol se explica no solo por lo que tales Cortes han hecho, sino frecuentemente por las expectativas sobre su actuar.

Las imágenes no solo necesitan ser ráfagas retóricas que distraen la audiencia acerca de los aspectos intangibles de la actividad judicial, tras los cuales están presentes conceptos y argumentos. Estos conceptos prescriben funciones, generan expectativas y delimitan los límites del quehacer judicial. Si bien los teóricos del Derecho han intentado entender y explicar la tarea del juez constitucional en todos sus aspectos, para efectos de introducir este libro me concentraré en cinco influyentes imágenes ampliamente usadas en el debate acerca de las Cortes Constitucionales: el poder de veto, la guardiana, la razonadora pública, la interlocutora institucional y la deliberadora. Tales imágenes no son excluyentes entre sí; cada una enfatiza en un aspecto particular de las Cortes Constitucionales<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. EPP, 1998.

<sup>2</sup> Por tanto, en esta introducción me referiré a las «Cortes Constitucionales» o las «Cortes» indistintamente, a menos que especifique lo contrario.

Este libro se propone explorar la última imagen, esto es, la que entiende la Corte Constitucional como un órgano deliberador. Sin embargo, dado que esta última imagen encapsula aspectos de las otras imágenes, brevemente me referiré a cada una de ellas. El veto es un dispositivo mecánico para contener las acciones de alguna fuerza de contrapeso. El veto es una parte de la lógica formal de la separación de poderes, así como de su dinámica interna «de frenos y contrapesos», erigida supuestamente al servicio de la libertad<sup>3</sup>. Las Constituciones modernas han otorgado a las Cortes la función de sopesar las decisiones de los Parlamentos y Ejecutivos. El veto es justamente uno de los instrumentos mediante los cuales el constitucionalismo intenta moderar los diferentes poderes y de institucionalizar los límites a la autoridad: *un dispositivo para evitar la tiranía y la arbitrariedad*. Bajo tal andamiaje institucional, los Parlamentos y los Gobiernos no son todopoderosos. Por su parte, las Cortes son un bloqueo negativo que deben respetar las decisiones parlamentarias para que se reputen constitucionalmente válidas y efectivas<sup>4</sup>.

Una representación más colorida de las Cortes Constitucionales es aquella que las concibe como guardianas de la Constitución. Un guardián sería un juez apolítico a cargo de evaluar la constitucionalidad de las decisiones legislativas ordinarias. Dicho guardián no tendría un elemento creador o volitivo en el desarrollo de tal tarea, solo estaría guiado por una aplicación desinteresada y tecnocrática del Derecho. Contrario a la imagen de las Cortes como órganos de veto, en la cual se resalta la tarea de equilibrio entre fuerzas contrarias, la imagen de las Cortes como guardianas tiene un mayor contenido. La Corte es un agente o garante que actúa en nombre del Constituyente para salvaguardar su voluntad. La imagen de la Corte Constitucional como guardiana es conforme con el entendimiento práctico de la Constitución como norma suprema del Estado<sup>5</sup>. Esta idea básica de alguna manera evoca, en el quehacer del juez constitucional, la clásica acepción de los jueces como la boca de la ley (*bouche de la loi*)<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> La referencia clásica se encuentra en Alexander HAMILTON, *El Federalista*, núm. 51. Puede verse también en la distinción entre los dos modelos de Constitución, como máquina y como norma, propuesta por TROPER, 1999.

<sup>4</sup> El lenguaje de «veto» también ha recibido cierta sofisticación conceptual por parte de otros autores y no necesariamente para referirse a las Cortes. Podría ciertamente perfeccionarse distinguiendo entre tipos de veto: obstructivos y constructivos, etc. Sin embargo, una distinción conocida es entre «*veto-point*», una institución neutral que los actores políticos usan como instrumento para alcanzar sus objetivos, y «*veto-player*», una institución que tiene una intención identificable y negocia con los demás para lograr un resultado final. Lo primero sería periférico, mientras que lo último se integraría al proceso político. Según Mary VOLCANSEK: «La Corte se convierte en un *veto player* si puede decir lo que significa la Constitución e invalidar las acciones del ejecutivo y del legislativo» (VOLCANSEK, 2001: 352). Se puede referenciar también al autor TSEBELLIS, 2002: 328.

<sup>5</sup> Esta fue la formulación de *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), que estableció la necesidad lógica del control de constitucionalidad en aras de la supremacía de la Constitución (necesidad posteriormente construida y criticada por autores como NINO, 1996: 186).

<sup>6</sup> «*Bouche de la Loi*» y «*pouvoir nul*» son expresiones clásicas de MONTESQUIEU para referirse a la administración de justicia subordinada. El capítulo II desarrollará más este punto.

Las imágenes restantes están íntimamente relacionadas y parten de los esfuerzos teóricos por resaltar y defender a las Cortes Constitucionales sobre la base de su robusta capacidad argumentativa y perspectiva privilegiada. Cada una, sin embargo, trae consigo un matiz distinto. Una tercera imagen asociada a las Cortes Constitucionales es aquella que las presenta como razonadores públicos de la democracia o, en términos populares, «foros de principio»<sup>7</sup>. Debido a su aislamiento del entorno institucional, así como a sus deberes y cargas argumentativas, las Cortes Constitucionales estarían en la capacidad de decidir por medio de un tipo de razón cualitativamente único. Esta línea teórica señala que el control de constitucionalidad permite que las democracias transmitan un discurso político de principios erigido en la dignidad y la fuerza vinculante de la Constitución. Esta contribución singular aseguraría que los derechos sean ejercidos y protegidos en el marco de una «cultura de la justificación» (*culture of justification*)<sup>8</sup>.

Las anteriores imágenes comparten la premisa tradicional de la supremacía judicial. En este sentido, las Cortes tendrían la última palabra en materia de interpretación constitucional. La cuarta imagen asociada a las Cortes Constitucionales, si bien rechaza esa premisa tradicional, las define como interlocutores institucionales. El control de constitucionalidad sería una parte de la duradera y extendida conversación con el legislador y la amplia esfera pública. Así, entender el control de constitucionalidad como la última palabra sería empíricamente impreciso y normativamente poco atractivo: impreciso, porque tal idea pierde de vista el escenario más amplio de interacción sin fin entre las instituciones, y poco atractivo, porque, lejos de un monólogo supremacista, la Corte Constitucional debe operar como un compañero o socio dialógico que desafía a las otras ramas del poder público a responder y replicar las cualificadas razones presentadas por la Corte. En este sentido, no debería haber una última autoridad en materia de interpretación constitucional, sino una permanente interacción institucional al respecto. La Corte, así, aún conservaría su rol de razonadora pública. No obstante, no sería un órgano que habla solo, sino que responde a los argumentos que le son presentados<sup>9</sup>.

Por último, la Corte Constitucional también es presentada como un órgano deliberador. Esta imagen se funda en un aspecto interno de

<sup>7</sup> DWORKIN visualiza la Corte como «el foro de principio» y RAWLS como «el ejemplo de la razón pública» en medio de muchos otros académicos estadounidenses con argumentos similares. Pero esto está lejos de ser un rasgo exclusivo de Estados Unidos. Esta función atribuida a la Corte está generalizada en el discurso constitucional de otros países. Ejemplos importantes incluyen a Alemania, Sudáfrica, España y Colombia, entre otros. El capítulo III regresará sobre esto.

<sup>8</sup> Esto es comúnmente aceptado, por ejemplo, en el discurso constitucional de Sudáfrica. Albie SACHS resume esta tendencia así: «Pasamos de una cultura de sumisión al Derecho a una única justificación de derechos bajo el Derecho» (SACHS, 2009: 33). Para una visión más general y extensa puede revisarse además a STU WOOLMAN y MICHAEL BISHOP.

<sup>9</sup> Para un mapa de esta literatura puede verse a MENDES, 2009, y BATEUP, 2006.

las Cortes que las otras imágenes pasan por alto: están compuestas por un grupo pequeño de jueces individuales que se relacionan entre sí de forma argumentativa para proferir sentencias. Este proceso interno constituye una ventaja comparativa de las Cortes en relación con otras instituciones. Las Cortes ostensiblemente se benefician de las virtudes propias de la deliberación colegiada y, gracias a sus particulares condiciones de toma de decisiones, son escenarios más propicios para alcanzar buenas respuestas en términos de interpretación constitucional. Así, además de ser un órgano catalizador de la deliberación interinstitucional y social, como lo sugirió la imagen de las Cortes como interlocutores institucionales, las Cortes, por sí mismas, también promoverían buena deliberación intrainstitucional <sup>10</sup>.

Todas las anteriores imágenes proyectan ideas optimistas acerca de lo que es, o lo que debería ser, el quehacer de las Cortes Constitucionales. Los detractores del control de constitucionalidad responden en el mismo tono metafórico y plantean valiosas contracaras de cada una de las imágenes señaladas. Lejos de un mero veto, las Cortes serían animales políticos portadores de auténticas agendas ideológicas; en lugar de guardianes, las Cortes encarnan oráculos con armaduras inaccesibles que fingen ser meros fonógrafos y se ocultan detrás de un desconcertante disfraz <sup>11</sup>; lejos de razonadoras públicas, las Cortes serían retóricas cortinas de intereses ocultos o, en el mejor de los casos, aristócratas paternalistas; lejos de interlocutores dialógicos o deliberativos, las Cortes serían órganos estratégicos de diseño de políticas. Estos son los crudos contrargumentos que confrontan las imágenes normativas asociadas a las Cortes Constitucionales. En conjunto, las imágenes y sus contrapartes conforman el imaginario que la teoría constitucional ha desarrollado, ora para defender, ora para controvertir, el control de constitucionalidad.

Tal como se señaló, este libro evalúa la última imagen o idea, según la cual las Cortes pueden y deben ser órganos deliberadores especiales, esto es, que pueden y deben desarrollar cualidades deliberativas significativas, sin las cuales las democracias constitucionales resultarían empobrecidas. A mi parecer, esta imagen de las Cortes Constitucionales y sus funciones es más perspicaz que las alternati-

<sup>10</sup> Hay numerosos artículos sobre la colegialidad judicial, usualmente escritos por los propios jueces. Un buen punto de partida es EDWARDS, 2003. Específicamente sobre la Corte Constitucional puede revisarse a FEREJHON y PASQUINO, 2002.

<sup>11</sup> La Corte sería solo una estampilla para el Parlamento. Morris COHEN acuñó y atacó la teoría del fonógrafo, a lo cual volveré en el capítulo II. Aquí hay una buena muestra adicional de expresiones peyorativas: «grupo de guardianes platónicos» o «reyes filósofos» (Learned HAND); «oráculos de la ley» (Christopher DAWSON); «oráculos constitucionales» (Stephen PERRY); «censores morales de elección democrática» (SCALIA); «consejo sabio de tutores en la verdad moral» (Christopher ZURN); «profetas morales» (Rainer KNOPF). A veces también se pueden escuchar expresiones aún más fuertes como «tiranía judicial» o «imperialismo judicial», entre otros. Este mal uso retórico del vocabulario político y la propagación de un léxico antijudicial y oscurantista ha estado engañando al público sobre la naturaleza de la decisión constitucional durante décadas.

vas expuestas, a pesar de carecer de un tratamiento sistemático que justamente se pretende elaborar en este libro<sup>12</sup>. Las otras imágenes están presentes en el texto y me permiten explicar, por contraste, la imagen de las Cortes como órganos deliberadores; por tanto, es importante que el lector no las pierda de vista. Los siguientes epígrafes esclarecen el punto de partida metodológico del libro y sintetizan su estructura.

## 2. APROXIMACIÓN METODOLÓGICA: GANANCIAS Y PÉRDIDAS DEL NIVEL DE ABSTRACCIÓN MEDIO

Este es un libro de teoría normativa que versa sobre la forma en que las Cortes Constitucionales deben comportarse en «democracias constitucionales bien ordenadas», tomando la muy conocida expresión de Rawls<sup>13</sup>. En el epígrafe anterior se presentó un análisis general acerca de cómo las Cortes Constitucionales son concebidas en las democracias contemporáneas, sin que hubiere ofrecido explicación alguna sobre mi concepto de Cortes Constitucionales. Estos órganos no son una categoría homogénea; por el contrario, existen muchos diseños de Cortes Constitucionales que son implementados en disímiles culturas legales, tradiciones argumentativas, textos constitucionales y escenarios políticos.

Lo anterior plantea legítimas preguntas metodológicas, a saber: ¿La teoría normativa puede ofrecer prescripciones y lineamientos igualmente aplicables para cualquier Corte Constitucional? ¿Dicha teoría normativa no necesariamente debe estar circunscrita a una jurisdicción en particular? ¿Tienen todas las Cortes Constitucionales variables y elementos comunes que permiten generalizaciones?

---

<sup>12</sup> Es oportuno agregar una nota biográfica rápida. Este problema tiene una historia intelectual y personal. Para ello, resumir mi camino de investigación puede ayudar a dar sentido al proyecto desde una perspectiva más amplia. Yo condense ese camino de investigación en tres pasos. El primero fue interpretar el debate entre DWORKIN y WALDRON con respecto al control constitucional. Son modelos de una determinante referencia que abogan por la supremacía del Parlamento o de la Corte. He aplicado sus argumentos al régimen constitucional brasileño, y aunque no acogí completamente las afirmaciones de WALDRON, mostré cómo sus preocupaciones son relevantes para problematizar una Constitución extremadamente rígida como la brasileña, que faculta a los tribunales para anular incluso las enmiendas constitucionales (véase MENDES, 2008). El segundo paso relativizó mi posición anterior y encontró que la polarización tradicional se equivoca. Un debate tan miope que la autoridad suprema pasa por alto el aspecto interactivo a largo plazo de la política y una visión binaria de quién debería tener la última palabra, dejando de lado la variabilidad de la legitimidad política. Las teorías del diálogo, sin ignorar la cuestión de la última palabra, serían más hábiles para forjar un enfoque gradualista hacia la legitimidad (véase MENDES, 2009). Finalmente, estoy tratando de desarrollar una medida del resultado que pueda permitir un debate gradual sobre la legitimidad de manera más productiva. Hay tribunales más o menos legítimos y es de esperar que los criterios ideados aquí ayuden a percibirlo. Ese es el horizonte de este libro.

<sup>13</sup> RAWLS, 1997a. Esta expresión es una variación de la «sociedad bien ordenada» basada en la teoría de la justicia de RAWLS, 1971.

¿Tales generalizaciones o abstracciones son útiles? ¿Existe una teoría constitucional no doméstica? ¿En qué medida la teoría constitucional puede ser aplicada a diversos regímenes constitucionales? Al respecto, lo cierto es que cualquier persona relacionada con la literatura sobre teoría constitucional se ha familiarizado fácilmente con frases introductorias como: «esta es una teoría para la Corte Suprema de Estados Unidos» o «estos argumentos aplican para la Constitución alemana»<sup>14</sup>. Pues bien, este libro pretende tematizar si esta aproximación doméstica a las cuestiones de teoría constitucional es la única productiva o útil.

Desde cierta perspectiva, cada Corte solo puede ser explicada y analizada dentro de su contexto específico. Los contextos, por lo demás, nunca son idénticos dentro de las distintas jurisdicciones. Por su parte, los jueces también son criaturas distintas en diferentes escenarios (no solamente por razones relacionadas con las tradiciones legales o de diseño institucional). Así, el Derecho y la política serían fenómenos singulares y los límites entre uno y otro son también diversos en cada lugar. En este sentido nunca podrían entenderse las instituciones enteramente fuera de dichos contextos y, por tanto, mucho menos formular recomendaciones a tales instituciones.

Esta precaución metodológica no es infundada; sin embargo, debe ser tomada con un grano de sal. En efecto, tal formulación metodológica no excluye —*sino que, por el contrario, presupone*— una suerte de «espacio lógico complementario» que, aunque limitado, debería ser ocupado por lo que denominaré «teoría normativa de nivel medio». Este libro justamente permea ese espacio (tal como lo hacen muchos trabajos teóricos que, aunque de manera implícita, abordan temas como cuáles son las instituciones democráticas más interesantes o el rol de las Cortes Constitucionales, entre otros)<sup>15</sup>. Explicaré brevemente esta idea.

La función principal de la teoría normativa es prescribir, con base en principios y valores, ideales o deseables estados de cosas, o, mejor, prescribir el deber ser. La teoría normativa ostenta una posición privilegiada para establecer qué arreglos institucionales o sociales son atractivos y comparativamente mejor que otros. Esta teoría trae consigo una suerte de lentes de crítica con los cuales es posible evaluar un objeto o un proceso en particular.

En la esfera de la política, las prescripciones propias de la teoría normativa pueden estar presentes en distintos niveles. En el nivel de mayor abstracción, tales prescripciones determinan los profundos va-

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, DWORKIN, 1996, y ALEXY, 2010. Varios autores afirman que están haciendo una teoría de jurisdicción limitada, pero no pueden evitar entrar en consideraciones más abstractas para esculpir bases más sólidas para sus proyectos normativos. El hecho de que hayan sido usualmente apropiados por otras culturas legales también indica una cierta comunidad en todas las jurisdicciones.

<sup>15</sup> WALDRON, 2006.



lores que deben regular la vida en sociedad. La adecuada articulación de valores como la dignidad, la autonomía, la igualdad o la solidaridad, entre otros, es justamente el objeto de la teoría normativa en su mayor nivel de abstracción. A menores niveles de abstracción, la teoría normativa analiza los principios secundarios y las instituciones que traducen de mejor manera los valores definidos en el mayor nivel de abstracción. La democracia y sus procedimientos se encuentran justamente en este nivel medio. Por último, en los niveles más bajos de abstracción, cada comunidad política toma sus propias decisiones terciarias a la luz de sus propios contextos y particulares dilemas. Pues bien, estas son las tres partes del árbol de la argumentación: las raíces sostienen el equilibrio y balance adecuado de los valores y principios abstractos, el tronco contiene las instituciones, y la copa está representada en los arreglos y las decisiones concretas. Si bien cada una de estas partes puede ser subdividida y descompuesta, esta idea no pierde utilidad.

El ideal moderno de la democracia constitucional está definido por un marco procedimental elemental que no es sorprendentemente heterogéneo: entre otros, una justa competencia electoral, los Parlamentos representativos y la protección de las libertades básicas son elementos sin los cuales, en mayor o menor medida, el régimen constitucional democrático se desnaturalizaría. En este contexto, las Cortes Constitucionales son muy frecuentemente parte de dicho proyecto o, para utilizar la jerga antropológica, dichas Cortes son «casi universales»<sup>16</sup> dentro de las democracias constitucionales<sup>17</sup>.

Si bien algunas Cortes Constitucionales son producto de particulares narrativas históricas, es innegable que dichas Cortes están completamente imbuidas en el discurso político de las democracias constitucionales. Las Cortes Constitucionales son conceptualizadas a la luz de una vasta gama de principios y referencias simbólicas de dicho régimen constitucional. En tales términos, el proyecto de las Cortes Constitucionales trasciende los límites propios de las distintas jurisdicciones y, en la medida en que tales Cortes comparten un grupo nuclear de dispositivos, algunas teorías normativas también trascienden dichos límites.

Los argumentos normativos que este libro contiene pretenden ser aplicables a cualquier Corte Constitucional. En este libro se entiende por Corte Constitucional un órgano con tres denominadores, a saber: *i*) varios integrantes no elegidos por voto popular<sup>18</sup>, que *ii*) responden

<sup>16</sup> Donald BROWN proporciona una definición casi universal: «Una para la cual hay algunas excepciones conocidas o para las cuales hay razones para pensar que podría haber algunas excepciones», a diferencia de universales absolutos, que se encuentran entre todas las personas conocidas por la historia (BROWN, 2004: 48).

<sup>17</sup> Por ejemplo, es algo del contraste que Joseph RAZ dibuja entre la filosofía y la sociología del Derecho: «La última se ocupa de lo contingente y lo particular, la primera de lo necesario y lo universal» (RAZ, 1979: 104).

<sup>18</sup> Algunos preferirían el concepto general de «independencia judicial». Sin embargo, lo

a las demandas de actores externos<sup>19</sup>, y que *iii*) puede desafiar<sup>20</sup> la legislación proferida por el Parlamento representativo mediante el ejercicio de control de constitucionalidad. Este cuerpo así formulado debe rendir cuentas por sus argumentos y las razones en las que se fundan sus decisiones, que no por la satisfacción periódica de los electores. Esta es mi premisa de partida. Cualquier elemento restante está a la suerte de la imaginación institucional adicional.

Sin embargo, se asume que dicha imaginación institucional adicional debe rastrear la específica misión o función de tal institución. La deliberación, en su naturaleza multifacética desarrollada más adelante, es justamente el norte de este libro. El concepto de democracia deliberativa le otorga a este estudio su norte, sin que constituya una camisa de fuerza. Este libro presenta algunas razones para defender que este tipo de Cortes deben ser deliberativas y analiza las implicaciones normativas de tal condición. Al respecto, si bien existen múltiples alternativas válidas para defender esta postura, sus obstáculos y sus facilidades dependen del contexto.

Tal como lo hemos conocido a lo largo de la historia, si bien las Cortes Constitucionales comparten los tres denominadores mencionados, su estructura es más compleja y supera tales elementos<sup>21</sup>. El Derecho comparado frecuentemente emplea y aplica una definición técnica del vocablo Cortes Constitucionales. Una teoría de nivel medio de abstracción no ofrece soluciones detalladas para las múltiples variables analizadas ni tampoco determina, con todo la minucia, cuál es la mejor Corte Constitucional en todo tiempo y lugar. Dicha teoría aporta luces en relación con aquello que está en juego en los diferentes dilemas institucionales. Tal teoría se abstiene de presentar fórmulas acabadas y totalizantes en relación con cada dilema o inconveniente que se presenta en cada contexto. De la misma manera, esta teoría es consciente de dichos dilemas o inconvenientes y puede, en aquellos casos en que se conoce el contexto, aportar a la ponderación de intereses y principios y a su solución. En términos coloquiales, dicha teoría es una teoría al por mayor, que no al detal. Las teorías domésticas o limitadas a una jurisdicción completarán la tarea normativa general al rellenar los espacios que la teoría de nivel medio de abstracción deja abiertos.

---

evitan no solo porque tiende a sugerir una noción insostenible de «separación» total de las ramas políticas, sino también porque ya se compromete con otras variables institucionales que prefiero dejar abiertas.

<sup>19</sup> «Inercia» es otra característica que promovería independencia e imparcialidad. Los tribunales no pueden actuar *ex officio* para tener su propia iniciativa o para presentar sus propias causas.

<sup>20</sup> «Desafío» es un término más flexible que comprende no solo el poder real para anular o invalidar la legislación, sino también formas de autoridad más débiles como la competencia para «declarar la incompatibilidad», introducida por la Ley de Derechos Humanos del Reino Unido (1998).

<sup>21</sup> Véase CAPPELLETTI, 1984.



En tales términos, una teoría de nivel medio de abstracción resulta más plausible cuando reconoce sus propios límites. En efecto, dicha teoría no debe prometer aquello que no puede cumplir. Esta teoría debe cumplir con dos requisitos que sin lugar a dudas determinan su validez. Primero, debe ser lo suficientemente maleable y adaptable a las múltiples especificidades y diferentes circunstancias. Su versatilidad la resguarda de ser capturada por las particularidades de una jurisdicción en concreto y, al mismo tiempo, le permite servir de modelo en diferentes contextos normativos. Segundo, y como consecuencia de lo anterior, esta teoría necesita identificar y hacer explícitas sus propias limitaciones, es decir, adoptar una estrategia de autocontención.

La teoría política de nivel medio de abstracción se aleja de la mera imaginación normativa, a partir de la cual se construye el edificio de lo político desde cero. Dicha teoría se imagina aquello que una Corte Constitucional puede ser, habida cuenta de las pocas características consolidadas que pueden ser identificadas en todas las Cortes. Pese a estar limitada por mínimos denominadores, esta teoría no está atada a ninguna Corte Constitucional existente. Aquello que esta teoría abarca horizontalmente, lo pierde de manera inevitable en el plano vertical: esta teoría «cubre más diciendo menos», como señala Sartori<sup>22</sup>. Ello no implica que, por un pretendido purismo metodológico, me abstenga de ascender o descender, cuando resulte apropiado, en la «escalera de la abstracción»<sup>23</sup>. Por el contrario, en algunos apartes este texto da cuenta de formulaciones teóricas ideales con ejemplos contextuales. Siempre que asciende o descende en el nivel de abstracción, y con ello cruza los límites del nivel medio, las formulaciones pierden, bien en especificidad o en generalidad. En mi opinión, siempre que tales pérdidas sean puestas de presente, enriquecen las inestables fronteras del nivel medio de abstracción<sup>24</sup>.

Este libro formula una defensa pragmática de la Corte Constitucional deliberativa o, más generalmente, una defensa de una institución principalmente deliberativa que está a salvo de presiones o intenciones de legitimación política o electoral<sup>25</sup>. Una defensa pragmática y basada en principios es quizá la única defensa normativa que se pueda esbozar a favor de una institución. Este libro no formula una defensa desde un punto de vista histórico. Existe una suerte de genealogía contingente de esta institución, la cual se ha expandido a lo largo de los países democráticos durante los últimos sesenta años. Las diferencias entre las Cortes Constitucionales son significativas, pero en ningún caso se pueden desconocer sus aspectos en común. Todas las Cortes Constitucionales son *proxys* de un ideal, no accidentes de mera coincidencia.

<sup>22</sup> SARTORI, 1970: 1033.

<sup>23</sup> *Ibid.*: 1053.

<sup>24</sup> Un agradecimiento a la Universidad de Oxford por esta aclaración.

<sup>25</sup> ES un recurso similar al caso de PETTIT, 2005, para una democracia dual, que incluye tanto los ejercicios de votación como de discusión.

Este libro intenta arribar a conclusiones aplicables a todos los contextos que comparten dichos denominadores institucionales mínimos. Por la misma razón, trato de evitar la formulación de sugerencias o recomendaciones, las cuales no podrían edificarse sobre la base de tales denominadores comunes. Tampoco se pretende derivar conceptos demasiado esencialistas acerca de las funciones, la estructura y la capacidad de las Cortes. Este texto deja espacio para factores contextuales y contingentes, los cuales no pueden ser tratados en este nivel de abstracción.

Considero que el fino límite entre la teoría de nivel medio de abstracción y una teoría limitada a una jurisdicción en particular puede y debe ser definido<sup>26</sup>. La virtud de sus propios vacíos permite restringir las aproximaciones particularistas<sup>27</sup>. Será el lector quien evalúe si este libro alcanza éxito en este propósito. Estas precisiones metodológicas le aportan elementos al lector para que juzgue si este libro consigue su objetivo.

### 3. HOJA DE RUTA DEL ARGUMENTO

Este libro tiene nueve capítulos. En el primer capítulo se identifica, en el marco de la literatura contemporánea, la discusión general acerca del ideal de deliberación política como medio para tomar decisiones colectivas. Además de una definición abstracta de deliberación, este capítulo sistematiza las razones intrínsecas e instrumentales que justifican la deliberación, aporta criterios para reconocer las circunstancias en las cuales la deliberación puede ser o no deseable, y, finalmente, devela las especificidades de los diferentes escenarios de deliberación. El segundo capítulo examina de qué manera la deliberación puede estar relacionada con el Derecho conceptualmente, por medio del razonamiento jurídico, e institucionalmente, por medio de la toma de decisiones colegiada. El tercer capítulo disecciona la singularidad de las decisiones de las Cortes Constitucionales en contraposición con aquellas de los Parlamentos y de las Cortes ordinarias, describe la forma en que son defendidas por su carácter deliberativo, y, finalmente, diagnostica las lagunas en este enfoque general.

<sup>26</sup> No es metodológicamente original la idea de la teoría de «nivel medio». Podría enumerar autores importantes que han desarrollado un trabajo sobre ello. Un ejemplo reciente es WALDRON, 2006, particularmente en su intento de ubicar un «núcleo» abstracto contra el control constitucional. La idea de un «núcleo» es precisamente la definición de condiciones hipotéticas bajo las cuales, para este autor, el control constitucional no sería ni necesario ni deseable. Afirma que, en un «nivel medio», estas condiciones se obtienen en la mayoría de las democracias contemporáneas, de ahí la ilegitimidad de dicha institución en todos esos escenarios.

<sup>27</sup> Michael WALZER señala la tradición filosófica que adopta el enfoque opuesto: «La plenitud significa un sistema cerrado, una descripción de un régimen único, un “todo” que puede ser racionalmente descubierto o creado, pero no cuestionado o revisado racionalmente» (WALZER, 1990: 225).

El cuarto capítulo presenta el argumento central del libro y desarrolla el significado central de la actividad deliberativa. Este capítulo básicamente aplica las categorías analíticas del primer capítulo a los distintos escenarios deliberativos de las Cortes Constitucionales y describe ciertos estándares de desarrollo. El quinto capítulo analiza los puntos de referencia éticos que los jueces deben seguir para promover el desarrollo deliberativo. Estos estándares son virtudes judiciales que sobresalen en cada escenario de deliberación. El sexto capítulo se enfoca en el diseño institucional, principal facilitador del desarrollo deliberativo. Más específicamente, este capítulo estudiará el grupo de dispositivos que están más relacionados con la capacidad deliberativa de las Cortes y evidencia las principales virtudes y dilemas detrás de cada dispositivo.

El séptimo capítulo presenta el contexto legal en el cual las Cortes Constitucionales desarrollan justificaciones públicas para decidir. Estos límites comprenden el propio carácter del lenguaje o léxico constitucional, la carga del precedente, los deberes argumentativos en relación con las otras Cortes y jueces inferiores, así como en relación con las otras ramas, y el eco o los reflejos que la jurisprudencia comparada puedan tener en un determinado contexto.

El octavo capítulo estudia las restricciones políticas de la toma de decisiones de las Cortes Constitucionales. Tales restricciones abarcan las tensiones propias de la fijación de la agenda y la selección de los casos; la definición del grado de cohesión de las decisiones escritas (tomadas por uno o varios jueces); la medición de la amplitud, profundidad y tono de las decisiones; la anticipación del grado de cooperación o resistencia de las otras ramas del poder público, y el direccionamiento de la opinión pública. Este capítulo, además, sugiere que las virtudes de prudencia y coraje son determinantes para que las Cortes Constitucionales enfrenten las presiones políticas. El noveno y último capítulo plantea algunas conclusiones sobre las repercusiones que podría tener el argumento central de este libro en relación con la teoría democrática.

Se puede concordar o discordar con este libro en varios de sus puntos. En primer lugar, se puede dudar de la importancia general de la deliberación en la política y en la toma de decisiones colectivas. En segundo lugar, se puede tener suspicacias sobre si las Cortes son escenarios deliberativos plausibles. Finalmente, incluso si se comparte la importancia de la deliberación y la contribución de una Corte Constitucional en esta materia, podría rechazarse el modelo de desarrollo deliberativo aquí presentado, bien en su estructura (fundada en términos como «significado central», «setos» y «facilitadores») o en sus componentes internos.

Pues bien, estos son los pasos necesarios para presentar una Corte como escenario deliberativo. Este libro proporciona un argumento normativo que evidencia aquello que está en juego si una Corte quiere

hacerse acreedora de los beneficios y las cargas de la deliberación. En este contexto se analiza en qué medida una Corte Constitucional puede y debe ser una institución deliberadora y por qué una Corte no deliberadora es inferior a aquella que sí lo es. En otros términos, este libro plantea algunos patrones y el potencial distintivo de las decisiones de las Cortes Constitucionales en relación con su capacidad para deliberar y activar la deliberación externa sobre la interpretación constitucional, junto con sus fallas y logros<sup>28</sup>.

Este trabajo contribuye a evaluar la legitimidad política del control de constitucionalidad de manera gradualista, adaptativa y sensible al contexto. Además, tiene amplio alcance y activa múltiples campañas en el marco de la teoría política en general, a la vez que contribuye en diferentes áreas de la literatura sobre esta materia. De la misma manera, este libro plantea algunos retos teóricos a diferentes temáticas de la teoría democrática que no le asignan rol alguno a la deliberación, como, por ejemplo, aquellos sectores de la teoría democrática deliberativa que conciben las Cortes como meras distracciones legalistas o desviaciones que se apartan de profundos razonamientos morales, o aquellos sectores de la teoría constitucional que no prestan atención a las implicaciones de una Corte deliberativa o a la política de las decisiones judiciales, o, desde otro extremo, que simplemente las conciben como cuestiones meramente políticas. En suma, este libro formula un método experimental para evaluar las Cortes Constitucionales.

Esta obra no describe el tipo de foro deliberativo que las Cortes son en la actualidad. En su lugar, se ocupa del tipo de foro deliberativo que dichas Cortes pueden llegar a ser. Sin presentar un listado exhaustivo de respuestas, este libro contiene un razonable, comprensivo y sistemático mapa de preguntas relevantes al respecto. Sus respuestas dependerán de las diferentes circunstancias. No obstante, aporta una particular perspectiva desde la cual es posible comparar las Cortes Constitucionales reales.

El texto que tenemos en las manos no solo intenta diseñar una suerte de «deliberómetro», es decir, un prototipo de dispositivo crítico que las democracias constitucionales deben implementar para mantener la decisión judicial del control de constitucionalidad sujeta al escrutinio público. Por el contrario, el propósito básico del mismo es justificar que las Cortes Constitucionales son escenarios óptimos para la deliberación. Esta última premisa se prueba en este texto y se avizoran algunas de sus prometedoras consecuencias.

Finalmente, la siguiente advertencia resulta necesaria. El término «deliberación» es utilizado en más de un significado a lo largo del li-

---

<sup>28</sup> Este ejercicio se puede considerar análogo al realizado por Lon FULLER en su libro clásico *The Morality of Law* (1968). Allí diseñó los principios de excelencia en la elaboración de leyes y examinó cómo gestionarlos juntos para construir y mantener el Estado de Derecho, equilibrando esos estándares caso por caso.

bro. La definición desarrollada en el capítulo I, que constituye mi referencia esencial para abordar el concepto de desarrollo deliberativo, se refiere a la deliberación como un compromiso interpersonal argumentativo. El término «deliberación», sin embargo, ha sido usado en la literatura con significados que, aunque relacionados, son diferentes. En ocasiones, la deliberación es entendida como un simple proceso de intercambio de razones o de ponderación de razones, o como la exposición de una idea a las razones, o como una mera conversación que conlleva a una decisión.

Deliberación, en consecuencia, es un término con una amplia gama de significados en la tradición de la filosofía política y también en la literatura contemporánea de teoría constitucional. La inestabilidad o variabilidad de sus diversos significados puede ser vista como un problema o como una cualidad de este libro. Puede ser un problema en la medida en que se corre el riesgo de generar incertidumbre conceptual y tornar borroso el mismo objeto de análisis. Este riesgo fue evitado o, al menos, mitigado en la medida en que tales diferencias son puestas de presente. De otro lado, la ventaja de dicho tratamiento maleable es que se logra capturar diferentes aspectos de la deliberación que, pese a ser relevantes en el desarrollo deliberativo, se perderían en el marco de un estricto análisis conceptual.

## CAPÍTULO I

# DELIBERACIÓN POLÍTICA Y TOMA DE DECISIONES COLECTIVAS

### 1. INTRODUCCIÓN

Se cree que la deliberación es una suerte de ideal para la política. Sin embargo, los precisos beneficios o los potenciales riesgos de la deliberación no son fácilmente discernibles. El diálogo y la conversación, el debate y la justificación, la benevolencia y el compromiso, la publicidad y la racionalidad, la persuasión y la apertura, la transparencia y la sinceridad, el respeto y la caridad, la mutualidad y la modestia propia, el consenso y el bien común, no serían más que unos cuantos indicios que apuntarían al ideal de la deliberación. El interés propio y cerrado, las preferencias propias y los deseos prepolíticos, al contrario, podrían indicar negativamente lo que está por debajo de la deliberación. Por esta vía, la aproximación al concepto de deliberación se convertiría en un caricaturesco debate de contraste fácil entre blanco y negro, lo cual nos alejaría de la comprensión, la evaluación y el descubrimiento de posibles caminos para el mejoramiento de la política contemporánea.

No obstante, la deliberación, tal como se describe tradicionalmente, es de naturaleza variada y de difícil comprensión. Esta aproximación, más que una estrategia didáctica, es una forma inevitable de capturar este fenómeno problemático. En el lado divino, la política es elogiada como un modo de vida —o, al menos, como un escenario legítimo para manejar las tensiones del pluralismo de una manera sabia y respetuosa—. En el lado mundano, la política es vista como un medio para amalgamar y acomodar intereses privados, para encuestar las opiniones formadas en nuestras vidas individuales. Uno es reflexivo y emancipador, y el otro, irreflexivo, subjetivo, divisivo y perturbador, ya que el primero opera al canalizar las voces y las razones de peso de cada uno de los asociados, y el otro, por el contrario, simplemente cuenta los principales ganadores y perdedores como regla básica del *modus vivendi*. De un lado, la decisión colectiva es producto de un vigoroso ejercicio intelectual y cooperativo. Del otro, la decisión colec-

tiva solo es un inventario de voluntades individuales bastante negociadas. Las diferencias entre una y otra vía son numerosas. Si bien la primera postura parece *prima facie* más atractiva, resultaría demasiado apresurado optar por ella en este momento.

El punto de partida de un libro sobre la deliberación política debe ser descomponer este concepto en cada una de sus partes. Ello es relevante no solo en aras de la claridad, sino también para evidenciar las variables que lo componen y sus distintas conexiones de una manera coherente. Tanto la defensa como el ataque a la deliberación política se erigen sobre razones intrínsecas e instrumentales. Fundados en premisas normativas, algunos defensores de la deliberación piensan que esta es un bien político independientemente de sus resultados; a su vez, fundados en premisas empíricas, algunos defensores de la deliberación resaltan los efectos positivos que probablemente se alcanzan con la misma. Fundados en premisas normativas, algunos críticos de la deliberación simplemente rechazan el presunto atractivo de la misma; con fundamentos empíricos, algunos escépticos señalan que el nexo de causalidad entre la deliberación y sus presuntos efectos positivos es infundado o está aún por demostrar.

Este capítulo, en su primera sección, proporciona algunas categorías analíticas que conducen la presente disertación y describe los elementos cardinales de la deliberación política. La segunda sección presenta el marco conceptual de la deliberación. La tercera sección explica las razones y los medios que se utilizan para defender y atacar la deliberación política. La cuarta sección reseña el debate instrumental sobre la deliberación política, así como los efectos positivos que los defensores empíricos imaginan y los efectos negativos que los escépticos postulan. Las siguientes secciones, quinta y sexta, ayudan a comprender la separación entre los fundamentos de los defensores y los antagonistas de la deliberación política de una manera más contextualizada a partir de dos categorías: las circunstancias y los lugares de la deliberación. En suma, el capítulo se desarrolla en tres pasos consecutivos: *definición, justificación y contextualización*.

La literatura contemporánea, abundante por definición, no ha consolidado todavía un marco integral para abordar la deliberación política. Ante esta carencia, resulta difícil dar sentido a las controversias en torno a la deliberación y a los objetivos exactos en los que se apuntan las objeciones en su contra. Este capítulo trata de presentar una suerte de trabajo conceptual preparatorio para, con posterioridad, contextualizar de manera significativa y productiva los diversos ángulos de la deliberación política. Con tal propósito, se presenta una posible matriz de análisis como carta de navegación dentro de esta suerte de literatura caleidoscópica<sup>1</sup>. En este contexto, este capí-

<sup>1</sup> Una parte relevante de la literatura mencionada en este capítulo se enmarca en la línea contemporánea de las teorías de la «democracia deliberativa». Para los propósitos ac-



tulo es un intento de reconstruir una parte relevante de la bibliografía sobre la materia y de juntar las piezas conceptuales para lograr un cuadro comprensivo sobre la deliberación política. Esta empresa, más allá de una simple descripción conceptual sobre la deliberación, presenta posturas en relación con sus distintas controversias y conforma la base teórica para el libro.

## 2. EL MARCO CONCEPTUAL DE LA DELIBERACIÓN POLÍTICA

La teoría democrática ha revivido recientemente la deliberación como un componente valioso para la toma de decisiones colectivas. La deliberación no encierra sino una práctica respetuosa e inclusiva de razonar juntos mientras se buscan continuamente soluciones para demandas decisionales por medio del intercambio de razones en aras de un consenso sobre el bien común. Así, los participantes de la deliberación, antes de contar los votos, están llamados a mostrar sus preferencias a la luz de argumentos razonables y persuasivos. Pese a múltiples variaciones conceptuales y terminológicas dentro de la literatura de la democracia deliberativa, tales elementos pueden ser considerados como el mínimo común denominador de la deliberación<sup>2</sup>.

El párrafo anterior presentó un intrincado conjunto de elementos. Cualquier proceso de decisión política que no se enmarque dentro de estas características podría ser una suerte de *proxy*, pero no merecería ser llamado deliberación. A continuación ahondaré en los elementos de la definición de deliberación. Son siete aspectos los que conforman el encuentro deliberativo. Primero, presupone la necesidad de tomar una decisión colectiva que afectará directamente a los que deliberan o, indirectamente, a los que están ausentes. Segundo, la decisión no es considerada como el final del ejercicio, sino que es un punto de llegada provisional que podrá ser reemplazado por nuevas rondas deliberativas. Tercero, deliberación es una práctica de razonar juntos y de justificar la posición de los participantes en el encuentro. Cuarto, es un intercambio de razones imparcial y traducible al bien común. Quinto, los participantes asumen que las deliberaciones están abiertas a revisión y tienen el potencial de transformar sus opiniones a la luz de los argumentos; esto constituye una suerte de «ética del consenso». Sexto, la deliberación implica un elemento ético de respeto. Séptimo, la deli-

---

tuales, desvinculamos la democracia de la deliberación y nos concentramos en la segunda. El intento de conceptualizar la deliberación, independientemente de que sea democrática, ha sido menos común en los últimos tiempos, ya que, a menudo, ambos conceptos son combinados. No obstante, para un análisis de los dos componentes por separado podría revisarse PETTIT, 2006: 156-157, y CHAMBERS, 2009, que también distingue entre «democracia deliberativa» y «deliberación democrática».

<sup>2</sup> Varias publicaciones recientes coinciden en la existencia de un denominador común consolidado dentro de la literatura y generalmente lo anuncian desde el principio. Cfr. DRYZEK, 1994 y 2000; GUTMANN y THOMPSON, 1996; CHAMBERS, 2003; MANIN, 2005; GOODIN, 2003, y BOHMAN, 1998.



beración comprende un compromiso político de inclusividad, empatía y capacidad de respuesta a todos los puntos de vista.

Cada uno de estos elementos amerita mayor desarrollo. Primero, el elemento decisional. Al respecto es importante precisar que se trata de una deliberación de carácter político y no de otro tipo<sup>3</sup>. La política exige decisiones autoritarias que ordenen obediencia. Las decisiones conllevan deliberación sobre un curso práctico de acción que un grupo o una comunidad debe adoptar. Esta es una decisión importante que se enfrenta a limitaciones de tiempo y de recursos. Por tanto, este tipo de deliberación se distingue de otros tipos de conversación o investigación que no están comprometidos con una carga tan drástica, como la ciencia, la filosofía o la conversación cotidiana. En estas últimas deliberaciones, los elementos de autoridad coercitiva y legitimación no están en cuestión, lo que no significa que las preguntas científicas o filosóficas no puedan estar implicadas en decisiones políticas. De hecho, esto sucede con frecuencia. Sin embargo, cuando los dilemas políticos están enmarcados en discusiones científicas o filosóficas, las elecciones coercitivas tendrán que tomarse independientemente de la existencia de una respuesta correcta en dichas áreas no políticas. En el momento en que estas preguntas entran en el campo de la política, se convierten en una lógica operativa diferente. Por una parte, la deliberación política tiene un grado de urgencia que se enfrenta a una escala temporal peculiar y, por la otra, los efectos de tal decisión afectan directamente las vidas de los deliberadores, así como, posiblemente, según se conforme el foro deliberativo, de las personas que están fuera de ella.

Segundo, la deliberación política sobrepasa la decisión misma y puede reavivarse en nuevas rondas de debate. Los participantes en la deliberación no ignoran que las decisiones son trascendentales, pues acarrearán efectos concretos en la vida en comunidad y son de naturaleza continua<sup>4</sup>. La deliberación puede reanudarse y continuarse con el proceso argumentativo después de la decisión. En la práctica se pueden requerir nuevas decisiones colectivas, que tendrán siempre vocación de provisionalidad. Esta tensión entre la necesidad de decidir y las disputas posteriores a la toma de decisiones no es un rasgo singular de la deliberación, sino un hecho constatable de la política en general, sin importar cómo se practica y concibe. Esta observación, por más acertada que sea, pasa por alto cómo la continuidad tiene un pa-

---

<sup>3</sup> A partir de ahora usaré «deliberación» y «deliberación política» indistintamente, a menos que se indique expresamente lo contrario.

<sup>4</sup> Philippe SCHMITTER puntualiza acertadamente que la «provisionalidad» no puede hacer todo el trabajo para eximir a la deliberación de fallas ocasionales: las decisiones políticas están marcadas por cierta mancha de irreversibilidad y una ruta independiente, lo cual acarrea que los errores del pasado no sean del todo corregidos, queriendo contrarrestar una especie de «punto de vista para sentirse bien» de la deliberación, que se basa en la continuidad de esta para corregir sus propios errores (una posición que, supuestamente, GUTMANN y THOMPSON adoptan). «Seguir deliberando», por tanto, no es necesariamente una respuesta satisfactoria para las deficiencias decisionales (SCHMITTER, 2005: 431).

pel relevante para explicar el valor de la deliberación. La continuidad, para los teóricos deliberativos, no es un hecho fortuito de la política, sino una parte integral de la política legítima. Esta destaca una perspectiva a largo plazo que la justificación por medio de otros procedimientos no consigue realizar. Esto resulta bastante consistente con el dicho popular según el cual «el debate no termina hasta que termine». Los siguientes cinco elementos ayudan a configurar la deliberación más meticulosamente.

Tercero, la deliberación trasciende el mero acto de reunirse para tomar una decisión; requiere que los participantes develen las razones por las que apoyan una postura en particular; comprende un ejercicio de justificación mutua que permite un tipo completo de diálogo antes de tomar una decisión colectiva. La deliberación supone, entonces, que los participantes emprendan un proceso de intercambio de razones y, posteriormente, articulen una combinación adecuada de esas razones como el motivo justificativo de la decisión. El silencio no es aceptable ni durante ni después del proceso.

Cuarto, las razones para decidir pueden ser de variada naturaleza y surgir de diferentes fuentes. No todos los tipos de razones y sus fuentes son aceptables en los foros políticos deliberativos; la naturaleza colectiva de la decisión implica que serán compatibles con la deliberación solo las razones que todos los miembros del foro podrían concebiblemente compartir. Este requisito excluye los argumentos fundados en intereses exclusivamente privados, los cuales no son traducibles a un lenguaje del bien común. Los deliberadores deben ponerse dentro de esta cadena de restricciones argumentativas y salir de ellas con argumentos consistentes<sup>5</sup>.

Quinto, la deliberación exige aún más. No se limita simplemente a formular razones relacionadas con una noción plausible del bien común. El intercambio de razones está, en realidad, destinado a desencadenar un compromiso interactivo en el marco del cual los deliberadores traten de persuadirse mutuamente. Tal proceso de persuasión parte de tres presupuestos: *i*) que sus participantes estén dispuestos o abiertos a escuchar y a revisar sus puntos de vista iniciales; *ii*) que la ética

---

<sup>5</sup> Este es uno de los campos más controvertidos de la teoría deliberativa. RAWLS, 1997, toma prestada la noción kantiana de «razón pública» para su concepción liberal de la justicia. Esta ha sido criticada en varios aspectos porque excluye las doctrinas integrales de la buena vida y es formalmente rígida. Para una distinción relevante entre razón pública inclusiva y exclusiva se puede revisar RAWLS, 1997: 119, y su noción de condición. Este debate ha llevado a expansiones y contracciones de lo que es aceptable en este proceso comunicativo. Muchos ahora defienden las formas de expresión no racionales y no cognitivas, siempre que puedan traducirse en el bien común y puedan usarse. Véase CHAMBERS, 2003: 322. Para John DRYZEK, en lugar de una concepción estricta de la razón pública, un filtro más tolerante incluiría: argumento, teoría, emoción, testimonio y narrativa. Esto sería compatible con la deliberación en la medida en que «induzca a una desviación sobre las preferencias de manera no coercitiva» (DRYZEK, 2000). MANSBRIDGE, 2010, comparte esta visión expansiva y piensa que la «justificación mutua» puede lograrse por medio de patrones de razonamiento menos estrictos.